

İSLAM EŞYA VE BORÇLAR HUKUKU

BİRİNCİ BÖLÜM EŞYA HUKUKU

1.Eşya hukukunun konusu ve insan eşya ilişkisinden Doğan haklar

1.1.Eşya hukukunun konusu

Klasik İslam hukukunda eşya hukukunun esasını oluşturan ayni haklar, Senhuri'nin ifadesiyle "şahsi haklardan daha açıktır." İslam hukukçuları hukuk geleneğinin tasnifini esas almayı tercih etmişlerdir.Örneğin:Senhuri, İslam eşya hukukunu temel ayni haklar ve fer'i/ikincil ayni haklar şeklinde tasnif etmeyi tercih etmiştir. Eşya hukukunun konusu insanın eşya üzerindeki hakkını tespit etmek ve düzenlemektir. Hukukçular tarafından Hak kavramı, yetki, maslahat ve irade kavramları ekseninde tartışılarak birçok tanımı yapılmıştır. Geniş anlamda hakkı,"Maddi veya manevi maslahatın inhisar oluşturacak bir yetki ile hukuk (şâri) tarafından süjeye tanınması" şeklinde tanımlamak mümkündür. Eşya hukuku açısından hakkı, " hukuk'un himaye ettiği mali bir değere sahip menfaat " şeklinde tanımlamak mümkündür.

1.2. insan-eşya ilişkisinden doğan haklar

Modern hukuk, eşya ile kurulan ilişkinin dayandığı yetkinin niteliğini göz önüne alarak ruhsat/izin ve mülkiyet hakkı şeklinde iki hak türü düzenlemiştir. Klasik dönem İslam hukuk'unda kişinin eşya üzerindeki etkisini inceleyen 2 taksim dikkat çekmektedir. Taksimlerden ilki Maliki hukukçulardan Karâfi'ye aittir. Karâfi zayıftan kuvvetli ye göre üçtür yetkiye işaret etmektedir. Bunlardan ilki "mülk edinme yetkisidir". ikinci yetki, " mülk edinmeye (temlik) talep sebebinin oluşmasıdır.Bu ara hak formuna savaştan sonra ganimetleri ele geçiren Mücahitler için paylaşma ve temlik talep sebebinin doğuşunu örnek vermektedir. Böyle bir durumda Şafii, mutlak ele geçirme ile mücahitlerin ganimete mâlik olduklarını, Mâlik ise ancak ganimetin paylaşılması ile ganimete hak sahibi olabileceklerini savunduklarını kaydetmektedir. Bütün bu örnekleri değerlendiren Karâfi, bu kişilerin için yalnızca "temlik sebebinin meydana geldiğini" kabul etmektedir. Üçüncü yetki ise milk hakkıdır ki islam hukukunda eşya üzerindeki en güçlü yetkiyi ifade etmektedir.Milk modern hukuktaki ayni hak ve sınırlı hakları içerisine almakta ve **mülkiyet hakkı,intifa hakkı,irtifâk hakları,rehin hakkını** kapsamaktadır.

1.3.Temel Kavramlar

islam hukukunda insanın eşya üzerindeki yetkisi zayıftan güçlüye doğru ibâha, hukûk, ve milk şeklinde sıralanan kavramlarla ifade edilmiştir.

1.3.1 ibâha

ibâha şer'i/hukuki izinden ibaret bir yetkidir. Fıkıh literatüründe ibâha kavramı iki anlamda kullanılmıştır. ilki, bir ayni tüketmek veya menfaatinden yararlanmak hususunda mülk sahibinin verdiği izin/yetkidir. Bu kullanımıyla ibâha, özel mülkiyete konu olmuş mülk hususunda verilen izni ifade etmektedir. Milk niteliğinde olmaksızın nesne sahibinin diğer şahıslara tanıdığı, ayn (eşya) üzerinde yararlanma ve tüketme hakkıdır. Bir şahsın evinde kalmasına, yatağında yatmasına, yemeğinden yemesine izin vermesi veya kamuya ait bir ayndan herkesin yaralandığı ölçüde yararlanma hakkıdır.

ibâha'nın ikinci kullanımı ise, özel mülke konu olmamış tabiatla herkesin sahip olabileceği veya

yararlanabileceği mal (mal-ı mubâh) ile herkesin başkasına zarar vermeme, eşitlik ve serbestlik prensipleri

çerçevesinde yararlanabileceği (ibâha-i âmme) mallar anlamındadır. Mal-ı mubâh hukuki kurallar içerisinde ele

geçirmek ile özel mülk haline gelebilir.Üzerinde mülkiyrt ilişkisi kurulmamış olan denizdeki balık, av

hayvanları, ormandaki mantar gibi şeylerle çayır ve otlaklardaki otlar şer'i/hukuki usllere göre el geçirme ile

özel mülkiyete konu olurlar. Bu mallardan yararlanma iznine sahip kişiye mülkiyet hakkı doğurmayan bir

yararlanma hakkı (hakkı'l-intifa) tesis eder.

1.3.2 Hukuk

Babanın çocuğunun malı üzerindeki hakkı ve ortağın Şuf'a yoluyla sahip olabileceği mal üzerindeki hakk gibi. Karâfi'nin "mülk edinmeyi (temlik) talep sebebinin oluşması" olarak adlandırdığı şey ile aynıdır. Savaş'a katılan askerlerin ele geçirilen ganimetleri paylaşma ve temlik talep sebebinin doğuşu örnek verilebilir. Şafii'ye göre mutlak ele geçirme ile mücahitler ganimete maliki olurlar. Mâlik'e göre ise ancak ganimetin paylaşılması ile ganimete hak sahibi olabilirler. Bu noktada malikilere göre paylaşmayı talep hakkı oluşturmaktadır ki buna hukuk adı verilmektedir Emek sermaye ortaklığı yapmış kişilerden girişimci (müdarib) olan taraf için işin sonunda oluşan kârın paylaşılmasını ve payının verilmesini talep hakkı hukuk cinsindendir. Müdarib'in elde edilen kâra maliyetinin ancak paylaşımdan sonra olabileceğini kabul eden hukukçulara göre kârın paylaşılmasını talep şeklinde oluşan hak hukuktur.

1.3.3 Mîlk

Bu en güçlü hak türü " engelleyici tahsis" ifadesi ile belirgin kılınmaktadır.

2. Mülkiyet:

2.1 Mülkiyet kavramı ve tanımı

Mülkiyet, bir mâni olmadıkça sahibine tasarruf yetkisi veren hukuken tanınmış engelleyici özel kılmadır. Mülkiyet yetkisinin kullanımının bir engelin bulunma işine bağlanması ise iki hususu içerir. Bu engellerin ilki Malik kişi ile ilgilidir ki ehliyet kısıtlılığını içerir. Çocukluk hali ve hacr altında olma hali mülkiyet üzerindeki tasarruf'un mâniidir. Diğer tasarruf engeli ise mal ile ilgilidir. Bu engel mal üzerinde birden fazla mülkiyetin oluşması veya mal üzerinde başkasına ait hukuki bir hakkın tesis edilmiş olmasıdır. Birden fazla kişiye ait mülkiyet hakkı ortaklık yolu ile oluşur ve tasarruf ortağın iznine bağlı olur. Başkasının hakkı ise borç karşılığında rehin bırakılan mal üzerinde rehin bırakanın(râhin) mülkiyet hakkı devam etmesine karşın rehin alanine (mürtehin) alacağını güvenceye bağlama hakkı nedeniyle oluşan hakkıdır. Bu durumda da rehin veren malı üzerinde mürtehin izni olmadan tasarrufta bulunamaz.

2.2 Mülkiyetin konusu:

2.2.1 Mal kavramı

Hanefilere göre "mal" insanlar arasında değeri olan maddi varlıklara özgüdür. Bu yaklaşımı esas alan Mecelle malı, insan tabiatının eğilim gösterdiği ve ihtiyaç vakti için biriktirilebilen menkul ve gayr-ı menkuller şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım, malı iki unsuru dikkate alarak tanımlamaktadır. Bunların ilki insan doğasının eğilim gösterdiği şey oluşudur ki, iktisadi değeri olanı kapsar. İkincisi ise biriktirilebilen şeydir ki, fiziki varlığı olan'a karşılık gelir.

Klasik Hanefi içtihadına göre menfaat ve haklar mal değildir. Hanefilere göre menfaatler ancak akit ile mütekavvim hale gelirler. Diğer bir ifade ile bir ayna tabi olarak bir akde konu oldukları zaman mal gibi değer kazanırlar. Bu şekilde bir akde konu olarak mütekavvim hale gelmemiş menfaat ve hakların gasp ve haksız fiile maruz kalmaları halinde tazmini gerekli değildir. Gasb fiilinde ise herhangi bir akit söz konusu değildir.

Klasik Hanefi içtihadına göre alacak hakkı, sükna hakkı, telif hakkı, telefon hattı, ticari plaka gibi menfaatler mal sayılmadığı için satım akdinin konusu olmaz ve haksız fiil halinde tazmin edilmezler. Bu haklar "ferâğ" olarak adlandırılan özel bir muamele ile başkasına devredilebilirler.

Maliki, Şafii ve Hanbelilere ait olan ikinci yaklaşıma göre mal, dinen ve hukuken yararlanılmasını izin verilen iktisadi değeri olan şeylerdir. Bu yaklaşım biçimi menfaat ve hakları da mal kapsamında görmektedir. Esasen eşyaya sahip olmanın asıl amacı da menfaatine sahip olmaktır. Bu nedenle Mâliki ve Şafiiiler, yararlar(menâfi) ile eşya(ayn) arasında fark görmez ve yararları da eşya gibi mal kabul ederler.

Hanefilerin zaruret ve örf gereği yaptıkları istihsan ile vardıkları sonuç ile Mâliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerinin görüşleri birbiri ile örtüşmektedir. Bu gelişmelerin sonucunda İslam hukukuna göre mal, iktisadi değeri hukuken /şer'an tanınan eşya, menfaat ve haklardan oluşmaktadır.

2.2.2. Mal Çeşitleri

2.2.2.1.Şer'i/hukuki değeri bakımından mallar

Şer'i/ hukuki değeri bakımından mallar Hanefi hukukçular tarafından'' mütekavvim'' ve'' gayri mütekavvim'' mallar şeklinde ikiye ayrılır. Mütekavvim, değer atfedilen mal anlamına gelir. Genel olarak mütekavvim mal, İslam dininin mülk edinmeye ve yararlanmaya elverişli görüp mübah kıldığı malları ifade eder. Daha teknik bir tanımla mütekavvim mal, dinin yararlanmayı meşru(mübah) gördüğü, mülk edinme amacıyla ele geçirilmiş (müfrez) ve iktisadi değeri olan şeylerdir.

Gayri mütekavvim mal ise, dinin yararlanmayı mübah kılmayarak değer atfetmeği mallardır. Bu mallara leş, domuz, akıtılmış kan vs. gibi şeyler örnek olarak verilebilir. Hanefi ve Mâliklere göre bu mallar İslam ülkesi olan zimmiler için mütekavvim mal kabul edilir.Bu nedenle zimmilere ait böyle bir malın telef edilmesi halinde Hanefilere göre kıymetinin tazmin edilmesi gerekir.

Bir malın mütekavvim olması için iktisadi bir değerinin de olması gerekir.Örneğin: Bir buğday tanesi tek başına iktisadi bir değere sahip olmadığı için mütekavvim değildir.

2.2.2.2. Birimleri arasında ekonomik değer farklılığının oluşu bakımından mallar

Bu bakımdan mallar misli ve kıyemi mallar şeklinde ikiye ayrılır. Ekonomik yarar bakımından aralarında dikkate değer bir farklılık bulunmayan benzerleri/ denkleri piyasada bulunan mallara misli mallar adı verilir. Nitelik ve fiyat bakımından benzeri bulunan mallardır. Fabrika ve tezgahta üretilip hacim, ağırlık ve uzunluk ölçüleri ile alınıp satılan standart mallar misli kabul edilir. Yumurta gibi sayı ile satılan malların aynı büyüklükte olanları da misli kabul edilir.

Ekonomik yarar bakımından aralarında dikkate değer bir farklılık bulunan ve piyasada benzeri/ dengi bulunmayan mallara ise kıyemi mallar denir. Bir malın kıyemi oluşunda, standart üretiminin olmayışı belirleyicidir. Alan ölçüsü ile satılan alınan arazi, arsa veya el dokuması kumaş, halı ve elbise, ev ,dükkan, hayvan ,yazma eser, antika kitap, irili ufaklı karpuz kıyemi mallardandır.

2.2.2.3. Taşınırılığına göre mallar

Bu açıdan da mallar iki gruba ayrılır. Temel bir zarar verilmeden başka bir yere taşınabilen mallara menkul mallar, taşınamayan mallara ise gayr-i menkul mallar adı verilir. Klasik Hanefi doktrininde, şekli değişerek de olsa başka bir yere nakli mümkün olmayan arazi gayrimenkul kabul edilir ve akar olarak adlandırılır. Mâlikî mezhebi akar üzerindeki ağaç ve binaları gayrimenkul kabul etmiştir.

Menkul ve gayrimenkul ayrımının bir kısım hukuki sonuçları vardır: İrtifak, Şu'fa ve komşuluk (câr lâsik) hukuku gayrimenkuller üzerinde kurulur. Cebri icra işleminde öncelikle menkul mallar satılarak borç tahsil edilir. Gayrimenkul malın satışında müşteri teslimden önce mal da tasarrufta bulunabilir. Menkul mal da ise müşteri teslim almadıkça tasarrufta bulunamaz.

2.2.2.4. Ölçülerine göre mallar

İslam fıkhiinde ölçülerine göre mallar dört grupta değerlendirilir:

a.Nukûd: Altın ve gümüş darp edilmiş sirkeli olsun olmasın nukûd'dur.

b.Urûz: Nakit para hayvan ve vezni mallardan başka menkul olan kıyemi mallara urûz denir.

c.Hayvan: Tezkiye ile kendisinden yararlanmak mümkün olan veya belirli işleri gördürmek için ticari bir değer kazanan hayvanlardır

d.Mukadderât: Ölçülebilen mallara verilen isimdir. Bu tür mallar, tâbi oldukları ölçü birimine göre, **vezni** (ağırlık ölçüsü ile satılan), **keyli** (hacim ölçüsü ile satılan), **mesahi** (yüzey ölçümü ile satılan) **mezrûi**(uzunluk ölçüsü ile satılan), **adedi** (sayılarak satılan) mallar şeklinde beş gruba ayrılır.

Altın ve gümüş daima vezni mal (mevzun) kabul edilir. Buğday, arpa, hurma ve tuz daima keyli mal (mekîl) kabul edilir. Tartı(vezni) ile satışının yapılması onların keyli olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bunlar dışındaki mallarda örf ve bakılır. Ebu Yusuf'a göre buğday, arpa, hurma ve tuz satışlarında da örfle itibar edilir. Ağırlık ile satışları örf haline gelmişse ağırlıkla ölçüleceğini ifade etmiştir.

Ancak Hanefilerde altın ve gümüş'ün vezni, buğday, arpa, hurma ve tuzun keyli olduğu görüşü kabul edilmiştir. Arazi mesai kabul edilir. Yumurta gibi büyüklükleri birbirine yakın olanlarda adedi kabul edilip adet ile satılırlar.

2.2.2.5. Fiziki varlığının bulunmasına göre mallar

Bu açıdan mallar ayn ve deynl şeklinde ikiye ayrılır. Ayn sözlük anlamı bakımından cisim ve madde anlamındadır. Hukuk terimi olarak belirli maddi bir mal anlamında kullanılır. Misli malların hazır olup gösterilen bütünün ayrılmamış parçası ve hazır olmadığı halde benzerlerinde ayrı ve yalnız olarak bulunduğu yeri ve cinsi belirten mal ayn kabul edilir.

Deynl ise zimmette subut bulan nakit ve misli mallardır. Satım akdi, karz akdi veya başka bir sebeple oluşan bir alacaktır. Alış-verişte ise hazır olmayan ve bulunduğu yer ve cinsi belirlenmeyen her türlü mal ile hazır olsa dahi gösterilmeyen kıyemi malın parçası olan maldır.

2.2.2.6. Sahibine göre mallar

Bu açıdan mallar sahibi bulunmayan serbest (mübah) mallar ve sahipli mallar şeklinde ikiye ayrılır

2.2.2.7. Tükenme bakımından mallar

Bir maldan yararlanmak onun tüketilmesine(istihlak) bağlı ise, bu mallara müstehlek adı verilir. Altın, gümüş, buğday ve para tüketmeyle yararlanan malların örnekleridir. Tüketilmeden yararlanan mallara ise müstehlek olmayan mallar denir. Arazi, kitap, hayvan bu mal türünün örnekleridir.

2.1 Mülkiyet sebepleri

Muhammed Ebu-z Zehra mülkiyet sebeplerini, mübah malın ele geçirilmesi(ihraz), akit ve halefiyet şeklinde üçe ayırmaktadır. Zerkâ ise bu üç mülkiyet sebebine mevcut malın üremesi ile oluşan mülkiyeti dördüncü sebep olarak ilave etmektedir. Biz mülkiyeti asli mi yoksa nakil yolu ile mi oluştuğunu dikkate alarak aslen ve naklen/ devren şeklinde ikiye ayırıp bu dörtlü taksimi bu çerçeveye içerisine yerleştireceğiz.

2.1.1. Aslen iktisap

Aslen iktisap, istila ve ihraz ile mevcut malın üremesi yoluyla mülkiyet şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

2.1.1.1. istila ve ihraz

İslam hukukçuları, yeryüzünde var olan şeylerin esasen bütün insanlar için olduğunu(mübah mal); ancak engelleyici tarzda özel kılma ilk mülkiyetin oluştuğunu kabul etmektedir. Buna göre mübah mal, üzerinde mülkiyet oluşmamış ve şer'an mülk edinmeye engel bir durum bulunmayan maldır. Bu mallardan olan otlakta ki ot, dağlardaki sahipsiz ağaç, kara ve deniz av hayvanları mülk edinmek için ele getirildiğinde(ihraz) üzerinde mülkiyet oluşur.

Ele geçirmek(ihraz) yoluyla mülkiyet, hakiki ve hükmi ihraz şeklinde iki ol ile gerçekleşir. Üzerinde mülkiyet kurmak amacıyla mübah bir mala el koymaya hakiki ihraz adı verilir. Hükmi ihraz ise mübah mal üzerinde mülkiyet sebebini hazırlamaktadır. Yağmur suyunu toplamak için yağmurun önüne kap bırakmak ya da av şebekesini kurmak şeklindeki sebepleri hazırlamış olmak hükmi ihraz dır.

İhras yolu ile mübah mal üzerinde mülkiyetin oluşması için söz konusu malın başka bir kişi tarafından daha önceden ele geçirilmiş olmaması ve mülkiyet kastının bulunması gerekir. Mübah malda mülkiyet hususundaki temel ilke önceliktir. Biriken suya sahip olmak için yağmurun altında kap bırakan kişi bu işlem ile biriken suya sahip olur. Su mübah mal olmaktan çıkar. Ormandan odun toplayıp bir yere istifleyen kişi de bunun sahibi olur ve başkası onun izni olmadan onları alamaz.

2.1.1.2. Mevcut malın üremesi

Aslen iktisabın bu türü, ağacın meyve vermesi ve hayvanın yavru olması gibi yeni mülk niteliği taşıyan eldeki mülkün üremesi şeklinde ortaya çıkar.

2.1.2. Naklen iktisap

Naklen iktisap, üzerinde mülkiyet ilişkisi kurulmuş bir mülkü bir kişinin mülkiyetinden diğerinin mülkiyetine getiren sebepler ile oluşur. Bu sebepler akitler, miras ve tazminatlardır.

2.1.2.1. Akitler

Akit terimi, hususi hukuktaki şahısların bir hak ve vazifeyi gerektirecek şekilde irade beyanında bulunmaları için kullanıldığı gibi, kamu hukukunda siyasal ve idari yetki vermek üzere taraflar (âkid ve makûd-leh) arasında meydana gelen icap ve kabul için de kullanılmıştır.

İslam fıkhrında akit, önüne geçen herhangi başka bir yükümlülük(iltizam) olmaksızın mülkiyetin naklede. Bir eşyanın (ayn) kiralanması(icar), kiraya veren kişiyi(âcir), eşyanın menfaatini kiralayana(müste'cir) temlik ile yükümlü kılar. Müşteriye belirlenmiş bir malın (mebi) işlemini gerektiren satım akdi ile kiraya veren kişiyi (âcir) kira için belirlenmiş olan şeyi(me'cur) müste'cire teslim etmesini gerektiren icare akdi ayn borcu doğurur. Vedia akdi ise, emanet edilen kişiye emanet verilen aynı koruma yükümlülüğü (borcu) ile sorumlu kılar.

Cebri akit, yükümlülük sahibinin ödevini ifa etmemesi durumunda mahkemenin bu kişilere niyabet ile cebren yürüttü akitlerdir. Borcun ödenmesi için borçlunun malının cebren satışı, stokçuluk(ihtikâr) yapan kişinin malının, insanların bundan zarar görmesi durumunda, hâkim tarafından cebren satılması gibi...

Cebri akit ile mülkiyetin devri kapsamında değerlendirilen diğer husus ise, zorunlu mülkiyetin izalesidir. Yararlanıcının(maslahat sahibi) durumuna göre cebri mülkiyetin iki şekli bulunmaktadır. Bunlardan ilki şuf'adır. İslam hukukunda şuf'a, bir kişiye tanınan, satılan bir gayr-ı menkulü müşterinin ödediği bedeli ödeyerek cebren satın alma hakkıdır. Şuf'2a hakkına bir gayr-ı menkulde ortak olanlar(şerik) bu gayr-ı menkul üzerinde irtifak hakkı bulunanlar (halit) veya bitişik komşular (el- câru'l-mulâsik) sırasıyla sahip olurlar. Mülkiyetin izalesinin ikinci şekli ise, kamulaştırma. İslam tarihinde kamulaştırmanın ilk örnekleri Hazreti Ömer ve Osman tarafından Kâbe'nin sınırlarının genişletilmesinde uygulanmıştır. İslam hukukçuları, kamu yararının bulunması halinde, mescid duvarının yolla katılması da dahil olmak üzere, kamulaştırmaya cevaz vermişlerdir.

2.1.2.2. Halefîyet

Ebu-z Zerka ya göre halefîyet, önceki hakları ortadan kaldıracak şekilde yeni bir kişinin veya şeyin öncekinin yerine geçmesidir.

2.1.2.2.1. Miras

İlahi ve beşeri bütün hukuk sistemleri miras sistemini kabul etmişlerdir. Ancak veraset ile mülkiyet terikenin borca batık olmaması halindedir. Borca batık olan tehlikede öncelik hakkı alacaklılarıdır. Terike alacaklıların alacaklarını tahsile kâfi değilse varislerin mali bir sorumlulukları bulunmaz.

2.1.2.2.2. Tazminatlar

Gasp ve itlaf gibi hukuk davalarında esas hüküm, öldürme ve müessir fiil gibi ceza davalarında kısıstan diyete dönmek suretiyle tayin edilen veya aslı hüküm olarak belirlenen tazminatlar doğrudan veya tesebbuben yol açılan zararların karşılığı (ta'viz)dır.

2.2. Mülkiyet çeşitleri

2.2.1. Konusu bakımından mülkiyet çeşitleri

Mülkiyetin konusu eşya(ayn), menfaat veya zimmette sabit olan alacaktır. Buna göre üç çeşit mülkiyet oluşur. Bunlar ayn mülkiyeti, menfaat mülkiyeti ve deyn mülkiyetidir.

2.2.1.1. Ayn Mülkiyetin

Ayn mülkiyetine rakabe mülkiyeti adı verilir. Bu mülkiyet bir eşyanın kendisinin (zâtı) ve maddesinin mülk edinilmesidir. Menkul malların, hayvanların ve gayr-ı menkullerin mülkiyeti gibi. Ayn mülkiyeti kavramı eşyanın aynına malik olmayı ve onda tasarrufta bulunmayı içerir. Mülkiyet hakkının kuru mülkiyet ile sınırlanmış olmasına rakabe mülkiyeti adı verilir. Rakabe mülkiyeti çoğunlukla vasiyetler ile oluşur. Vasiyet eden kişinin, yabancı iki kişiden birine malın rakabesini diğerine menfaatini vasiyet etmesi de caizdir. Ancak kendisine yabancı olan bir kişiye bir aynın rakabesini vasiyet edip menfaatini kendi varislerine kalması için istisna etmesi caiz değildir. Bunun caiz olmayışının nedeni, menfaatin varislerin mülkiyetinde kalmaya devam etmesi, malın miras yolu ile onlara temlik anlamını taşımasıdır. Rakabe mâlikî'nin ayndan yararlanması ve menfaatinde tasarrufta bulunması caiz değildir. Çünkü menfaat başkasının mülkiyetindedir.

2.2.1.2. Menfaat mülkiyeti

Nakıs mülkiyetin bir türü olan menfaat mülkiyeti, eşyanın yalnızca menfaatine sahip olmaktır. Kadri Paşa menfaat mülkiyetini, "eşya mevcut hali üzerinde kaldığı sürece kuru mülkiyetine sahip olunmadan kullanma ve istiglal etme hakkı" şeklinde tanımlanmaktadır. Menfaat mülkiyeti iki hakkı kapsamaktadır. Bunlar "kullanma/ isti'mal" ve "istiğlal" dir. Yarar, kimi durumda doğrudan kişisel kullanma(isti'mal) niteliğindedir. Doğrudan yararlanmadan ibaret olan isti'mal bir mesken de ikamet etmekle sınırlı olup sükna hakkı olarak da adlandırılır. Kimi zaman da, kiralama işleminde olduğu üzere, gelirinden yararlanma şeklinde dolaylıdır ki, istiglal olarak adlandırılır. Menfaat mülkiyetinin üç sebebi bulunmaktadır: Bunlar akit, vasiyet ve vakıftır.

a. Menfaat mülkiyetinin sebebi olarak akit: Menfaat mülkiyetini doğuran akit satım akdi şeklinde ortaya çıkabilir. Mâlikin menfaati bir başkasına hayatı süresince veya belirli bir süre için satmasıdır. İslam fıkhında menfaatin temlik için yapılan akit âriyet akdi de olabilir. Hanefi ve Mâlikî hukukçulara göre ariyet akdi ile ödünç alan(müsteir) bedelsiz olarak menfaate malik olur. Hatta Mâlikîlere göre âriyet akdi, ödünç verenin(muir) vazgeçme(rucu) hakkı bulunmayan bağlayıcı (lazım) bir akittir. Bu nedenle ödünç alanın (müsteir) ayn üzerindeki yararlanma hakkı mülkiyet niteliğindedir. Ariyet akdinin menfaatin bedelsiz temlik olduğu hususunda Mâlikîler ile aynı görüşte olan Hanefiler, akdin bağlayıcılığı hususunda kendilerinden ayrılırlar. Şafii ve Hanbelilere göre de âriyet akdi bağlayıcı olmayan (gayr-i لازم) bir akittir. Bu nedenle ödünç verenin dilediği zaman vazgeçme hakkı vardır. Hanefilere göre bunun gerekçesi, âriyet akdinin menfaat üzerine kurulmuş olması ve menfaatlerin ise akit esnasında mevcut olmayışı nedeniyle akdin an ve an yenilenmesidir. Şafii ve Hanbelilere göre ise âriyet akdi nin bağlayıcı olmayışının sebebi ibâha/izin türünden olmasıdır. Ödünç alan ariyetten mülk olarak değil, yalnızca verilmiş izinin sağladığı ibâha ile yararlanmıştır. Bu yararlanma "milku'l-intifa" şeklinde adlandırılmış olsa da burada gerçek bir mülkiyet mevcut değildir.

İslam hukuk ekollerinin bu yaklaşımları göstermektedir ki, Mâlikî ve Hanefilere göre âriyet akdi ile menfaat mülkiyeti oluşmakta. Şafii ve Hanbelilere göre âriyet akdi ile menfaat mülkiyeti değil, yalnızca ibâha hakkı oluşmaktadır.

b. Menfaat mülkiyetinin sebebi olarak vasiyet ve vakıf

Vasiyet, mülkiyetin ölümden sonrasını izafe edilmesidir. Menfaat mülkiyeti bakımından ise vasiyet, vasiyet edenin (mûsi) bir menfaati ölümünden sonrasında yürürlük kazanmak üzere vasiyet ettiği kişiye(Musa leh) temlik etmesidir. Vakıf ise bir ayn hakkında meydana gelir ve aynın kuru mülkiyeti(rakabe) herhangi bir kişinin mülkü olmaksızın menfaati hak sahiplerine ait olur. Bu hak aşağıdaki şekilde sınırlandırılmıştır

1.Bu hak, hak sahibinin kendisinde tasarrufa malik olmadığı bir haktır.

2. Ölümünden sonra ardından gelen hak sahibine döner.

3.Hak sahibi onun idaresine malik değildir. Aksine onu idare eden vakfedilenin rekabesine sahip olan manevi/ hükmi kişiliğin temsilcisidir ki ona Vakıf mütevellisi (nâzır-ı vakf) denir.

Eşyanın rakabesine(zatına) sahip olmadan yalnızca ondan yararlanma(intifa) yetkisi **menfaat mülkiyeti ve intifa hakkı** şeklinde ifade edilen iki hakkı içerir. Özellikle Mâlîki ve Şafii kaynaklarında bu ayrıma yer verilir. Menfaat mülkiyeti, yukarıda ifade edildiği üzere, kişiye ayndan bizzat faydalanma veya bir bedel karşılığı kiraya vermek ya da bir bedel olmaksızın ödünç vermek (âriyet) suretiyle başkasını faydalandırma hakkı sağlayan bir kudrettir. Bir evi kiralayan kişinin başkasını kiralama veya iâre etme(ödünç verme) hakkının bulunması şeklinde ortaya çıkar.

Yararlanma şeklinde kullanılan ikinci yetki ise intifâ hakkıdır. İntifa hakkı ayn sahibinin kişiye özgü olarak verdiği doğrudan yararlanma yetkisidir. Mâlîki hukukçulardan Karâfî bunu’’ intifâ mülkiyeti’ (temlikü’l- intifâ) şeklinde ifade etmişse de buradaki yetki mülkiyet hakkından düşük olan i indir. Özel mülke konu olmuş bir maldan yararlanma izni veya kamu mülkü konumunda olan okul, cami ve sokaklarda oturma izni gibi izinler bu hak türünün örnekleridir.

Menfaat mülkiyeti ile intifâ hakkı arasında üç temel farkın bulunduğu ifade edilmiştir Bu farklar:

a. Menfaat mülkiyeti ile intifa hakkı kavramsal yapı bakımından birbirinden ayrılırlar. Menfaat mülkiyeti, mülkiyetin temel ölçütü olan’’ engelleyici tahsis’’ içerir. Örneğin: bir yeri kiralayan kişi kiraladığı şeyi meşru şekilde kullanma ve başkasından koruma hakkına sahiptir. Ancak intifa hakkında bu yetkilerin hepsi bulunmaz; Çünkü intifa yetkisi (hak) izin ile verilen şeyden yalnızca kişisel olarak yararlanma hakkını doğurur. Kamu malının ibâhası yoluyla ülke vatandaşlarına verilen mescid ve çarşılarda oturma hakkı gibi... Mülk sahibi tarafından izin verilen bir sofradan yemek gibi...

b. Menfaat mülkiyeti ve intifa hakkının kaynakları da birbirinden farklıdır. Menfaat mülkiyeti, yalnızca temlik edici, icâre,iâre, menfaati vasiyet ve vakıf akitleri ile oluşur.İntifa hakkının sebebi ise daha geneldir. Temlik edici bu akitlerin kapsamında oluşabildiği gibi mülk gerektirmeyen diğer iki nedenle de intifa hakkı kurulabilir. Bunlardan ilki genel olarak topluma veya belirli bir gruba verilen kamu mallarından yararlanmay etkisiyle (ibâha) oluşan intifa hakkıdır. Okul, hastane, yollar, nehirler, park ve bahçelerden yararlanma hakkı bunun örnekleridir. İkincisi ise, özel mülkün temlik doğurmayacak şekilde sahibi tarafından yararlanma izninin (ibâha) verilmesidir.

c. Menfaat mülkiyeti ile intifa hakkı sonuçları bakımından da birbirinden ayrılırlar. Menfaat mülkiyeti sahibine akit ile belirlenen çerçeve içerisinde menfaat üzerinde mülk sahibi gibi tasarrufta bulunma yetkisi verir. Mülkiyetine sahip olduğu menfaati başkasına temlik etme yetkisi bulunur. Bu nedenle fukaha, menfaat mülkiyetine sahip olan kişinin kiraladığı şeyi eğer sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kiraya vermek veya âriyet vermek hakkına sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Bir şeyi ariyet olarak alan kişinin bu malı, elbise ve hayvan gibi kullanıcıların farklılaşmasından etkilenen bir şey değilse, başkasına ödünç (iare) vermesi caizdir. Ancak ödünç(iare) alanın (müstair) bu malı kiraya (icâre) vermesi caiz değildir. Çünkü iare bağlayıcı olmayan (gayr-ı lazım) bir akitir. Ödünç verenin(mûir) her zaman iare verilerini isteme hakkı vardır. İcâre ise, bağlayıcı (lâzım) bir akitir.İntifa hakkı sahibi ise, yararlanmasına izin verilen malı kiraya verme veya ödünç (iare)

verme ya da başkasına kullanım izni verme(ibâha) yetkisi yoktur; çünkü bu maldan yalnızca kendisinin yararlanma hakkı bulunmaktadır. Bu çerçevede bir kişiye vakfın sükna(ikamet) hakkının vakfedilmesi ile vakfın istiğlal ve süknasının birlikte vakfedilmesiyle oluşan haklar birbirinden farklıdır. Birinci durumda kişi yalnızca vakfedilen yerde ikamet edebilir, onu başkasına kiraya veremez. Bu nedenle lehine vakfedilen kişi intifa hakkına sahip olmuş olur. İkinci durumda ise kişinin ikamet hakkı bulunduğu gibi kiraya verip gelirinden (ğalle) yararlanabilir. Çünkü bu kişi ise menfaat mülkiyetine sahiptir.

2.2.13. Deyn mülkiyeti

Konusu nakit para ve misli eşya kümesinden oluşan mülkiyettir. Yani bu mülkiyet türünde borçlu kişiliği ile sorumludur Örneğin, bir satım akdi sonunda müşteri için oluşan malın bedelini teslim yükümlülüğü(borcu), satıcı için bir deyn mülkiyeti oluşturur.Karz akdinde borç verenin(mukriz) borç alan (mustekriz) üzerindeki alacak hakkı deyn mülkiyeti türündendir. Telef edilen malın tazminiyle doğan mülkiyette deyn mülkiyeti türündendir.

Deyn mülkiyetinin /borcunun kaynakları:

a.Akit: Karz akdinde borç alanın(müstekriz) aldığı nakdi ve misli malı borç verene(mukriz) iade etmek ile (zimmeti) sorumlu olmasıdır.

b. Tek taraflı irade: Adak(Nezr), hibe ve vasiyet gibi hukuki işlemlerde işlemin konusu nakit veya misli mal olursa zimmet ile sorumluluk doğuran deyn borcu ortaya çıkar.

c.Haksız fiil:Gasb,hırsızlık veya itilaf gibi akit dışı/ haksız fiiller nedeniyle ortaya çıkan tazminatlar zimmeti sorumlu tutan deyn borçlarındandır. Gaspedilen veya çalınan mal eğer mevcut ise iadesi, değilse, kıymetinin tazmin edilmesi gerekir ki bu bedel ya nakit veya bir miktar misli maldır.

D. Kimi durumlarda sebepsiz zenginleşme(haksız iktisap):Borcu olduğu düşüncesiyle alacaklıya borcunu ödeyen kişi daha sonra borcunun bulunmadığını öğrenirse haksız olarak ödemeyi kabul eden kişiye geri dönüp iadeyi talep hakkı bulunur. Eğer bu şey nakit veya misli mallardan ise, zimmet ile sorumlu kılan bir deyn borcu ile rücu yapmış olur.

e.Kanun: Kimi durumlarda zimmet ile sorumluluk kanuni bir düzenlemeden kaynaklanır. Örneğin, nafaka ile sorumlu olmak.

Konusu bakımından mülkiyet hakkında yaptığımız değerlendirmelerden aşağıdaki ilkelerin çıkarılması mümkündür:

- 1.Ayn mülkiyeti ilkesel olarak menfaat mülkiyetini gerektirir. Aksi zorunlu değildir.
- 2.Daha önce mülkiyete konu olmamış bir şey üzerinde kurulan mülkiyet daima tam mülktür.
- 3.Ayn mülkiyeti vakit ile sınırlanmayı kabul etmez, menfaat mülkiyetinde ise asıl olan vakitle sınırlanmış olmasıdır.
4. Ayn mülkiyeti iskati, değil yalnızca mülkiyetin naklini kabul eder.
5. Ayn üzerindeki müşterek mülkiyette asıl olan, bir mani olmadıkça, tasarrufa elverişlilik bakımından Müstakil mülkiyet gibi olmasıdır
6. Zimmete taalluk eden müşterek deyn mülkiyeti(alacağından kabzından önce) taksimi kabul etmez.

2.2.2. Eşya üzerindeki yetkinin(hakkın) kapsamı bakımından mülkiyet

2.2.1.1.Tam mülkiyet

Ayn mülkiyetinde eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin menfaati kapsayıp kapsamamasına göre üçtür mülkiyete kaynaklık eder. Bunlar, eşyanın yalnızca kuru mülkiyetine sahip olma mülkiyeti(milku'r-l rakabe) eşyanın yalnızca menfaatine sahip olma(milku'l- menfaa) ve irtifak haklarıdır.

Ayn üzerindeki mülkiyet, rakabe ve menfaati birlikte içeriyorsa tam; içermiyorsa nakıs mülkiyet oluşur. Buna göre tam mülkiyet kişinin eşyanın (ayn) rekabeti ve menfaati üzerinde birlikte sahip olduğu kudrettir.

Mülkiyet eşya üzerinde üç temel yetkinin kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yetkiler, mülkün aynı üzerinde tasarrufta bulunmak, mülkün geliri, ürünü ve yavrularından yararlanmak ki buna istiğlal adı verilmektedir ve mülkün aynından yararlanmaktan ibarettir. Bu üç yetkinin bir mülk sahibinin elinde eş zamanlı olarak bulunması halinde tam mülkiyet oluşmaktadır.

2.2.1.2. Nakıs mülkiyet

Mâlikin, mülkiyetin üç unsurundan birine sahip olmaması halinde nakıs mülkiyet ortaya çıkar. Nakıs mülkiyetin iki şekli bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir mülkün aynına(rakabe) malik olmaksızın yalnızca yararlanma hakkına sahip olmaktır. Nakıs mülkiyetin ikinci şekli ise mülkün aynına (rakabe) sahip olunduğu halde yararına sahip olunmamasıdır. Rakabe mülkiyeti, varise miras yolu ile intikal eden bir malın menfaatinin muris tarafından başka bir şahsa vasiyet edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

2.2.3. Müstakillik bakımından mülkiyet çeşitleri

Tek kişiye veya ortaklı olması bakımından mülkiyet ikiye ayrılır.

2.2.3.1. Müstakil mülkiyet

Diğer mülklerden ayrılarak belirli hale gelmiş bir malın bütün cüzlerinin tek kişinin mülkiyetinde olması ile meydana gelen mülkiyettir. Bir kişinin belirlenmiş bir kitaba, tarlaya, arsaya, hayvana tek başına sahip olması gibi... Buna tek kişi mülkiyet adı da verilir.

2.2.3.2. Müşterek/birlikte mülkiyet

Büyük veya küçük bir eşya bütününün belirli olmayan bir hissesine sahip olmak şeklindeki mülkiyet türüdür.

Bir evin dörtte birine, atın yarısına veya bir arsa ve araziinin onda birine sahip olmak gibi... Bu şekilde sahip olunan hisseye'' müşterek/şâyi hisse'' adı verilir.Müşterek mülkiyet yalnızca ayn (eşya) üzerinde değil, nakit ve misli mallardan meydana gelen ''deyn'' üzerinde de olur. Ortak bir malın telef edilmesi ile ortaya çıkan tazmin borcu da mal sahiplerinin ortak oldukları müşterek bir mülkiyettir. Ayrı akitler içerisinde hisselerin satılması ile müşterek deyn mülkiyeti oluşmaz.

2.2.3.3. Ortak mülkiyetin izalesi

Müşterek mülkiyetin izalesinin yolu aksimdir.Ortak mülkiyetin izalesi için ortaya üç yöntem konulmuştur.Bunlar,"ifraz" "mübadele" ve "muhâyee" dir.

İfraz: Ölçü (mekil) ve tartı (mevzun) İle satılan mallar ile diğer misli mallar gibi aralarında farklılık bulunmayan malların taksimi için kullanılan bir yöntemdir. Bu mallar da her ortak diğer rtağın rızasını aranamaksızın hatta onun bulunmadığı bir ortamda kendi payını alıp kâr ile(murâbaha) veya yarı fiyatına zararına satma(tevliye) hakkı vardır.

Mübadele: Hayvan, akar ve misli olmayan diğer malların(kıyemi mallar) taksiminde kullanılan bir yöntemdir. Kıyemi malların taksiminde ortağın diğer ortağın gıyabından malları ayırma hakkı yoktur. Taksim ettiğinde bu ortağın murâbaha ile satma hakkı yoktur; çünkü aldığı ortağına terk ettiğinin misli/ dengi değildir. Bir malda başkasının hakkı oluştuğunda da mübadeleye zorlamak (icbar) caizdir. Örneğin, bir malın şuf'adarının(şefi) olması halinde müşteri, borcunu sona erdirilmesi için borçlu mülkünü satmaya zorlanır. Kıyemi mallarda cinsler farklı ise kıymet için mübadeleye zorlamak caiz değildir. Örneğin, akar, hayvan karşısında mübadele ile taksim edilmez. Sığır at karşısında mübadele ile taksim edilmez.

Klasik dönem İslam hukukçuları, taksim'e elverişli olmayan mallardaki ortaklığı gidermek için cebri satım yolunu gerekli kılmamışlardır.

Muhâyee: İfraz anlamı bulunan menfaatin mübadelesidir. Taksim'i ile zarar gören kütük ev, hamam gibi malların menfaatlerinden ortakların yararlanması için başvurulmuş bir yöntemdir. Muhayee menfaatin taksimidir. Muhayee zaman ve mekan bakımından yapılabilir. Örneğin, ortaklar ortak oldukları araziye her yıl birinin ekim yapması şeklinde anlaşılabilirler. Bu zaman ölçütüne göre Muhâyeyee yapmaktır. Ortak oldukları arazinin yarısına bir ortak, diğer yarısına diğerinin ekim yapması şeklinde bir menfaat paylaşımı da yapılabilir. Bu da mekan ölçüsüne göre muhâyee yapmak demektir.

Çağımız İslam hukukçuları taksim edilemeyen menkul ve gayr-ı menkul malların cebri taksim yolu ile ortaklığın izale edilmesinin cevabını ifade eden görüşler belirtmişlerdir.

2.2.5. Sahiplerine göre mülkiyet çeşitleri

Üzerinde mülkiyet oluşmuş mallar sahipleri göz önünde bulundurularak dört grupta ele alınmaktadır:

2.2.5.1.Özel mülkiyet

Müstakil veya müşterek mülkiyet şeklinde de olsa gerçek kişilerin veya kâr elde etmek için gerçek kişilerin kurduğu tüzel kişilerin sahip olduğu ayn(rakabe) ve menfaatinde toplumun(kamu) ortaklığı bulunmayan mülkiyettir.

Hanefîlere göre başkasının malını haksız yollardan almak haramlığı, aklen de bilinen haramlardanır. Hapis tehdidi altında dahi başkasının malını telef etmeye izin(ruhsat) verilmemiştir. Başkasının malını telef etmek ancak sana yönelmiş bir tehdit (İkrah) ile karşı karşıya bulunan kişi için ruhsatlandırılmıştır. Çünkü canın dokunulmazlığı(korunmuşluğu) maldan üstündür. İslam fıkhi başkasının malından izinsiz yararlanmanın caiz olmadığını temel bir kaide haline getirmiştir. “Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın ahar bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir.”

Mülkiyetin iç içe girmiş birçok malikiyet katmanına sahip oluşu, kimi Mâliki ve Hanbeli hukukçularının, eşyanın” aynı”na ancak Allah'ın Mâlik olabileceği, insanın eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin eşyaya mâlikiyet(mülku'l- ayn) niteliğinde olmayıp “yararlanma/ intifa mülkiyeti”nden ibret olduğu düşüncesinin ileri sürülmesine yol açmıştır.

Özel mülkiyeti kabul eden İslam hukukunun bu konudaki temel ilkeleri şöyle özetlenmiştir:

1. Mülkiyet, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf gibi en kapsamlı yetkileri verir.
2. Mülkiyet mutlak olmayıp dinin ve hukukun belirlediği kurallarla sınırlandırılmıştır.
3. Ayn mülkiyeti ıskat ve terk ile sakit olmaz, vakit ile sınırlanmayı kabul etmez. Bu mülkiyet yalnızca mülkiyetin naklini kabul eder. Menfaat mülkiyetinde ise asıl olan vakitle sınırlanmış olmasıdır.

4. Ayn Üzerindeki müşterek mülkiyette asıl olan bir mani olmadıkça tasarrufa elverişlilik bakımından müstakil mülkiyet gibi olmasıdır

2.2.5.2. Vakıf mülkiyeti

2.2.5.2.1. Vakfın tanımı ve meşruiyeti

Vakıf kelime olarak "hapsetmek, alıkoymak" anlamına gelir. Terim olarak vakıf, mülkün aynının(rakabe) kişi mülkiyetinden temlik ve temellükten alıkonulacak şekilde çıkarılıp Allah'ın mülkiyeti hükmünde olmak üzere hayır cihetine ebediyen tahsis edilmesi şeklinde tanımlanır. Vakfın meşruiyeti sünnet ile sabittir. Ümmet vakfın cevabı üzerinde icma etmiştir. Hazreti Peygamberin Medine'de yedi duvar tasadduk ettiği rivayet edilmiştir. Aynı şekilde sahabe de vakfetmiştir. Hz İbrahim günümüze kadar ulaşan vakıflar bırakmıştır. Hz Osman'ın Rume kuyusunu satın alıp Müslümanların kullanımına sunması da vakfın delilleri arasında yer almaktadır.

2.2.5.2.2. Mahiyeti ve kuruluşu

Ebu Hanife, Malikiler ve Hanbeliler vakfın mülkiyetinin vakfeden de kaldığını menfaatinin sadaka olduğunu savunmuşlardır. Bu grubun görüşünü yansıtmaları bakımından Ebu Hanife'ye göre vakıf, bir mülkün aynının (rakabe) vakfedenin mülkiyetinde kalması koşulu ile hapsedilip (tutuklu kılınıp) menfaatinin tasadduk edilmesidir. Ebu Hanife, kişi mülkiyetinden vakıf yolu ile mülkiyetin çıktığını kabul etmenin ıskat niteliğinde olduğunu, malı maliksiz kılmanın ise mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Ebu Hanife'nin delillerinden biri, sahabe'den Abdullah Bin Zeyd in gelir getirici bir arazisini tasadduk etmesine karşı çıkan babasının durumu Hz Peygamber'e şikayet etmesi üzerine Hz Peygamberin "sadaka geri dön" şeklindeki hadisidir.

İkinci grup ise vakfı mülkün aynının(rakabe) kişiyi mülkiyetinden temlik ve temellükten alıkonulacak şekilde çıkarılıp Allah'ın mülkiyeti hükmünde olmak üzere hayır cihetine ebediyen tahsis edilmesidir. Bu görüş, vakıf malının mülkiyetinin vakfedenenden çıkıp Allah'ın mülkü hükmüne girdiğini kabul etmiştir. Bu görüş yukarıda aktardığımız Hz Ömer rivayetini esas almıştır. Vakfın süreklilik vasfını sağlamaya daha elverişli olan ikinci görüş daha geniş bir kabule mazhar olmuştur.

Vakfın kuruluşu

Vakfın unsurları şunlardır: Vâkıf ,mevkûf ve irade beyanıdır.

a. Vakıf eden kişi(vâkıf): Vakıf kişinin mal varlığında mutlak azalmaya yol açan bir işlem olması sebebiyle vâkıfın akıllı, ergin ve reşit olması gerekir. Vakfı kuran kişinin bilinmeyen(cehalet) borç ve sefihlik sebebiyle hacr altında olmaması gerekir. Bununla birlikte sefihe ölüme bağlı tasarruf yani vasiyet suretiyle vakıf kurmasına izin verilmiştir. Ölümle sonuçlanan bir hastalığa yakalanan(maraz-ı mevt) kişinin vakfı borçlu ise alacaklıların, değilse vakfa tahsis ettikleri mal terikenin üçte birini aşırırsa mirasçıların onayına (icazet) bağlıdır. Bu şartlar yoksa kurduğu vakıf geçerlidir. Zimminin sonu miskinlere olmak üzere çocukları lehine kurduğu vakıf geçerlidir.

b. Irade beyanı: Vakfeden kişi niyetini "yoksullara vakfedilmiş bir sadaka olarak" örneğinde olduğu üzere, vakıf kelimesinin veya bu anlama gelen bir ifadenin yer aldığı bir irade beyanı ile ortaya koyması gerekir. Akitler hakkındaki genel yaklaşımına uygun olarak bu şekilde ortaya konan icab Hanefilere göre vakfın rüknüdür.

Vakfın kurulması için irade beyanına ta'liki iki şartı bağlanmamış olması gerekir. Örneğin, "oğlum gelirse evim yoksullara sadakadır" şeklindeki bir irade beyanından sonra oğul gelirse vakıf kurulmuş olmaz.

c. Vakfın mahalli: Vakıf olacak malların esasen gayr-i menkul(taşınmaz) olması gerektiği temel kaidedir. Bununla birlikte bazı şartlarla menkul malların vakfı'na da izin verilmiştir.

1. Bir gayrimenkul vakfedilirken ona bağlı bazı menkuller vakfedilebilir. Vakfedilen bir köşkün eşyalarıyla birlikte vakfı gibi... Bu istisnâ, vakfı caiz olmayanın tebeiyet (tabilik) yolu ile vakfı'nın caiz olmasının sonucudur. Vakfedilen bir arazinin üzerinde bulunan bina ağaçların vakfı'nın caiz olması da tebeiyet yolu ile olur.

2. Vakıf edilmesi örf ve adet haline gelen gayrimenkuller tek başına vakfedilebilir. Bu Muhammed eş-Şeybânî'nin menkulun vakfı hakkındaki şartıdır. Buna göre balta, keser, testere, kazan, tabut mushaf ve kitap, cenaze edevat vs. örf haline geldiği için vakfı caizdir.

Vakfedilen malın dini, hukuki ve iktisadi değeri bulunan(mütekavvim) bir mal olmalıdır. Muhammed eş-Şeybânî'ye göre taksim edilebilen müşterek malın bu haldeyken vakfı caiz değildir. Hamam gibi taksim'e elverişli olmayan müşterek malın vakfı'nın ise, mescit ve mezarlık dışında geçerli olduğu görüşündedir. Ebu Yusuf ve Şafii müşterek mülkiyetin taksime elverişli olsun olmasın vakfedilmesinin mutlak olarak geçerli olduğu görüşündedirler.

Vakfın bağlayıcı hale gelmesi

Hanefî fakihleri hakkında vakfı'nın kuruluşu ile ilgili ortaya çıkan görüş ayrılığı vakfın hangi şartlar altında bağlayıcı(لازم) bir akit olacağı ile ilgilidir. Ebu Hanife'ye göre Vakıf ancak hâkimin hükmü veya vakfedenin, "öldüğümde(bu) aynı vakfettim" demesiyle bağlayıcı olur. Muhammed eş -Şeybani'ye göre vakfın sıhhati için dört şart gerekir:

1. Mütevellîye teslim.
2. Vakıf malının ayrılmış olması (mührez) gerekir.
3. Vakfın yararlarından herhangi bir şeyi kendisi için şart koşmamış olması.
4. Sonuna fakirler için kılmakla ebedi kılınmış olması gerekir.

Ebu Yusuf'a göre bunlardan hiçbir şart değildir. Çünkü vakıf köle azadı (i'tak) gibi iskattır. Yani tek taraflı irade ile gerçekleşmektedir. Şafii, Mâlik, Ahmed b. Hanbel'in içtihatları da Ebu Yusuf'un içtihadı gibidir.

2.2.5.2.3. idaresi

Vakfı kuran kendisini ilk mütevellî olarak atayabilecek gibi başkasını da bu göreve getirebilir. Mütevellî'nin daha sonra nasıl seçileceği de genellikle vakıf senetlerinde yer alır.

Mütevellî'nin mali hususlarda tam eda ehliyetine sahip olması gerekir. Bu şartın yanı sıra güvenilir olması da zorunludur. Mütevellî vakıf senedine göre vakfı yönetir. Senedin dışına çıkarsa verdiği zararı tazmin ile sorumlu tutulmanın yanı sıra görevden de en çektilerilebilir. Senedin kaybolması halinde önceki uygulamalara göre hareket eder.

2.2.5.2.4. Değişmesi (istibdali)

Vakıf ilke olarak ebedilik üzere kurulur. Bu ilke kimi fakirlere göre vakıf kurulurken" ebediyet" lafzının zikredilmesi veya doğrudan vakıf lafzının kendisinden anlaşılır. Bu itibarla bir vakfın sona ermesi prensip olarak kabul edilmez. Vakfın ebediliğini korumak için vakfı'nın gelirleri gelirin öncelikle vakfın imarına harcanması gerekir.

Vakfın bir binasının enkazı ve sökülmüş parçaları(tuğla, ahşap, katran ve taşlar gibi)vakfın ebedi olması için yine vakfın tamirine harcanır. Eğer bunlara ihtiyaç yoksa ihtiyaç zamanına kadar saklanır.

Vakıf mal yarar sağlamaz hale gelince satılıp gelir getiren başka bir mal ile değiştirilmesine istibdâl adı verilir. Vâkıf, mütevellî'nin vakfı satarak parasıyla başka bir arazi satın alabilmesini şart koşmuşsa, Ebu Yusuf'a göre bu, bir defaya mahsus olmak üzere istihsan yolu ile geçerlidir.

2.2.5.2.2.5. Çeşitleri

Gaye lerine göre vakıflar

a. Hayri vakıflar: Fakirlerin yararlanması için oluşturulan vakıflardır. Esasında vakıf' ın tanımı yapılırken bu vakıflar dikkate alınır.

b. Aile vakıfları (zürri vakıflar): Vâkıfın, vakfın gelirlerinden soyundan gelen kimselerin yararlanmasını şart koştuğu vakıflardır. Bu vakıfları birçok fakih geçerli kabul etmemekle birlikte Ebu Yusuf'un azınlıkta olan

görüşü geniş tatbikat alanı bulmuş ve birçok aile vakfı kurulmuştur. Aile vakıflarının sahih olması için sonunun fakirlere olacak şekilde kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

Gerçek anlamda Vakıf olup olmayışlarına göre vakıflar:

a. Sahih Vakıf: Çıplak(rakabe) mülkiyeti ile tasarruf hakkı birlikte devredilen vakıflara , gerçek vakıf anlamında sahih vakıf adı verilir. Hayri vakıflar ile aile vakıfları sahih vakfın örnekleridir.

b. Gayri sahih vakıflar: Devlete ait miri arazinin tasarruf veya vergi gelirinin ya da her ikisinin devletin yerine getirmesi gereken bir kamu hizmetini görmek için kurulan bir vakfa devredilmesidir.

Gelir getiren malın statüsüne göre vakıflar:

a. Tek kirali Vakıflar (icâre-i Vâhideli vakıflar)

Vakfın gelir getiren bir malını en fazla üç yıllığına kiraya vermek suretiyle işletilen vakıflardır. Vakıf malı müste’cirin elinde ömür boyu kalmaz ve ölünce hak mirasçılara intikal etmez.

b. iki kirali vakıflar (icâreteynli vakıflar)

Tek kirali vakıfların zamanla veya bir afet sonucunda tahrip olması ve kiracıların bu halde kiralamayı rzu etmemeleri üzerine vakıf malını ve şehri imar için zarurete dayalı olarak geçerli sayılmış bir kiralama şekline dayanan vakıflardır. Müste’cir den vakfın bedeline yakın bir ücret alınarak vakıf imar edildikten sonra cüz’i bir miktar kira bedeli ile kendisine kiralanmasıdır. Bu şekilde müste’cirden biri peşin diğeri aylık olarak alınan iki kira alınmış olur.Bu vakıf statüsünde arazi, arsa ve üzerindeki bina ve ağaçlar vakfın malıdır. Ancak müste’cir bu vakıf mallarında hayat boyu tasarrufta bulunur, başkasına devredebilir, (ferağ) ve öldüğünde mirasçılara intikal eder.

c. Mukataalı vakıflar

Vakıf mülklerinin zamanla veya bir afet sonucu tahrip olup vakfı'nın gelirleri ile imar edilmemesi halinde başvurulmuş bir yoldur. Bu vakıf türünün en belirgin özelliği arsa ve arazinin mülkiyeti vakıfta kalmaya devam etmesine karşın yapılan binanın veya dikilen ağacın mülkiyeti mukataalı vakfın mutasarrıfına ait olmasıdır. Mutasarrıf arsa ve arazi kirası olarak her yıl belirli bir miktar ücret öder. Bu ücrete icare-i zemin adı verilir.

2.2.5.3. Devlet mülkiyeti

Beytülmal'e ait malların harcamaları’’ Müslümanların maslahatları’’ ile sınırlanmış ve her bir kalem malın harcanacağı yerler tespit edilmiştir. Devlet başkanının rolü ise, kendisine verilen yetki çerçevesinde bu malı hak sahiplerine ulaştırmasından ibaret kabul edilmiştir.

Devletin sahip olduğu menkul ve gayr-i menkul malları dört gruba ayırmak mümkündür.

a. Mali mâmelek

Bu mallar para, kıymetli evrak ve diğer menkul mallardan oluşur. Bu mallar, kimi sabit kimi zaman ve şartlara göre değişen çeşitli vergi kalemlerinden oluşur.

b. Araziler

Sahipsiz olan, gazilere paylaştırılmayan veya haraç ödemesi karşılığında eski sahiplerinin mülkiyetinde bırakılan araziler dışında kalan araziler beytülmal'e ait kabul edilir. Devletin mülkiyetinde kalan bu arazilere, memleket arazisi, havz arazisi adı verilmiştir. Osmanlı döneminde ise, bu araziye miri arazi ve sultani arazi adı verilmiştir.

c. Devlete ait sanayi Tesisleri ve ticari işletmeler

Sermaye birikiminin yeterli olmadığı veya kârlılık oranının yüksek olmayışı sebebiyle özel teşebbüsün ilgi göstermediği sahalarda devletin iktisadi teşekküller kurması mümkündür. Bu iktisadi teşekküller devlet mülkiyetinin diğer bir çeşidini oluşturur.

d. Hizmet malları

Devletin fonksiyonlarını yerine getirebilmek için ihtiyaç duyduğu malları kapsar. Hizmet malları ihtiyaca göre sayı ve çeşit olarak değişime açık mallardır. Günümüzde hükümet, belediye, adliye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane vs. gibi sağlık tesisleri hizmet malına örneklerdir.

2.2.5.4. Kamu mülkiyeti

Yollar, akarsular, meydanlar, mezarlıklar, çarşı- pazar yerleri, yaylaklar, kışlıklar ,çeşmeler, mabedler, hanlar, kervansaraylar gibi mülkler kamu mülkiyetini oluşturur. Kamu mülkiyeti toplumun bütün fertlerinin eşitlik ve zarar vermeme esasına göre yararlanma hakkına sahip olduğu mallardır. Bu mallar da hakim olan başlıca ilkeler, genellik, eşitlik, serbestlik, zarar vermeme ve ücretsizliktir. Devlet malları ile kamu malları arasında kamunun yararlanma şekli ve tabi oldukları hukuki rejim bakımından farklılık vardır. Devlet mülkü statüsünden olan mallardan yararlanma onların gelirlerinden yararlanma şeklinde dolaylı iken, kamu mallarından yararlanma şekli doğrudandır. Kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejimi bakımından ise bu mallar, devir ve ferağ'ın caiz olmayışı, haczedilmeyişleri, zamanaşımının işlememesi, bu mallar ile ilgili davalarda sulh ve ibra'nın caiz olmayışı, teberra hükümlerinin uygulanamayışı haksız inşaat hükümlerinin uygulanamayışı gibi imtiyazlara sahiptir.

2.3. Sınırlı/fer'i aynî hakları

Sınırlı ayni haklar, sahibine mülkiyet yetkilerinden yalnızca bir kısmını tanıyan yetkililerdir. Bu haklar, irtifak hakları ile bir eşyayı kullanmak (intifa hakkı), bir deyn borcunu güvencelemek için tanınmış haklardan oluşmaktadır.

2.3.1. İrtifak hakları

Sadece'' hukuk'' olarak da adlandırılır. Murşidu'l-hayerân irtifak haklarını, ''bir akar üzerinde başka bir kişinin akar'ı lehine oluşmuş hak'' şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre gayr-i menkullerden biri diğeri üzerinde bir hakka sahip kılınmakta ve bu hakkın sahibi hakkını kullanırken diğer mülkün sahibi buna katlanma ödevi ile yükümlü olmaktadır Bu şekilde irtifak hakkı sahibine kullanma ve yararlanma hakkı verirken malik'e katlanma ve kaçınma ödevi yüklemektedir.

İslam fıkhiında kabul gören başlıca irtifak hakları şunlardır;

Su içme hakkı: Zarar vermemek kaydıyla su içmek ve hayvanına içirme hakkıdır.

Sulama(şirb)hakkı: Toprağı, ağaçları veya ekin sulamak için sudan yararlanma sırasıdır.

Mecra hakkı: Suyun araziye ulaşması için komşunun arazisinden su kanalı geçişi hakkıdır.

Mesil hakkı: İhtiyaç fazlası veya kirli suyun tahliyesi için komşunun arazisinden atık su kanalı geçişi hakkıdır.

Mürür hakkı: Başkasının mülkündeki özel bir yoldan kendi mülküne insan geçişi hakkıdır.

Tealli/Yükseltme hakkı: Kişinin binasını başkasının binası üzerinde yükseltme yani kat çıkma hakkıdır. Bu hak çok katlı yapılardaki mal sahipleri arasındaki hak ilişkisini ifade etmektedir.

Komşu hakkı: Komşunun komşuya fahiş bir zarar vermemesidir. Hanefilerde irtifak hakları bu sayılanlarla sınırlıdır. Malikilerde ise bunlarla sınırlı değildir. Bu nedenle akit yoluyla ittifaka dayalı irtifakların kurulması caizdir. Buna göre binayı belli bir yükseklikten fazla yükseltmemek üzere irtifak anlaşması yapmak veya belirli bir alanda yapı yapma irtifakı kurmak caizdir.

2.3.2. Rehin hakkı

İslam fikhı, batı hukukundaki taşınmaz ipoteğini de içerecek şekilde taşınır ve taşınmazlar üzerine rehin konulmasını kabul etmiştir. Rehin hakkı ''rehin akdi''nden doğar. Rehin akdi, alacaklının borcun teminatı olarak borçlunun bir miktar malını hissetmesidir. Rehin hakkı, borcun teminatı olarak oluşan bir hak olması sebebiyle sınırlı bir haktır, ayn üzerinde kurulduğu için de ayni bir haktır,

İslam fikhında sınırlı ayni haklar hakkı Batı hukukundan daha güçlüdür. Öyle ki rehin veren(râhin) rehnedilmiş malından mürtehinin izni olmadan tasarrufta bulunamaz. Eğer mürtehin izin vermezse rehin verenin (râhin) tasarrufu geçerli değildir. Batı fikhında ise râhinin rehin verdiği mal üzerinde tasarrufu geçerlidir.

Rehin üzerinde mürtehinin öncelik hakkı, borcun ifâsının rehinin aynından yapılması halinde belirginlik kazanır. Borcun ifası için rehnedilmiş mal satıldığında rehin hakkına sahip kişi bu hakka sahip olmayan sıradan alacaklılardan önce alacağını tahsil eder. Rehin akdinin de alacaklının(mürtehin) hakkı, aynın bizzat kendisine değil, mâli değeri üzerinde kurulur. Bu sebeple merhun mal, kasıt ve tecavüzü olmaksızın(teammüd ve teaddi) mürtehinin elinde telef olması halinde, rehnin kabz zamanındaki en düşük değeri kadar borçtan düşülür. Merhûnun borcun kıymetinden fazla olan değeri ise, mürtehinin elinde emanet hükmündedir ve tazmin etmesi gerekmez.

2.3.3. Hapis hakkı

Alacağı garanti etmek için akdin konusunu testinden kaçınarak elinde tutmak şeklinde belirginleşen akit veya kanundan doğan bir yetkidir.

Bu hak akit'ten doğabilir. Bu bağlamda satıcının malın bedelini almadan malı teslim etmeyerek hapsedme hakkı vardır. Kiracı(müste'cir), kira akdi fesholdüğünde peşin verdiği ücret kendisine iade edilmediği sürece kiralanan yeri hapsedme hakkı vardır. Vedia akdi ile emanet yanında bulunan şahsın emaneti korumak için mahkeme kararıyla yaptığı harcamalar kendisine ödenmeden vediayi hapsedme hakkı vardır. Eşya(ayn) üzerinde yaptığı işin tesiri bulunan ecir-i müşterekin ücreti ödenene kadar eşyayı hapsedip müste'cire teslim etmeme hakkı vardır. Satın aldığı malın ücreti müvekkil tarafından ödenmedikçe satın alma vekilinin malı teslim etmeyip hapsedme hakkı vardır.

Hapis hakkı herhangi bir akit olmaksızın kanundan(şer') da doğabilir. Kaçak köleyi yakalanan kişi köle sahibi kendisine hak ettiği ücreti vermediği sürece köleyi hapsedebilir. Lukatayı bulan(mültekit) mahkemenin izniyle lukatayı korumak için yaptığı harcamayı alana kadar lukatayı hapsedme hakkına sahiptir.Gâsabın, meydana gelen ziyade-i muttasılının kıymetini sahibi tarafından kendisine ödenene kadar gasp edilmiş malı hapsedme hakkı vardır.

İKİNCİ BÖLÜM BORÇLAR HUKUKU

1. Borç kavramı ve unsurları

1.1. Borç (Ayn borcu-deyn borcu)

4 Ekim 1926 tarihinde İsviçre BK.nun Fransızca metni esas alınarak yapılan tercüme ile oluşturulan Türk BK. kaynak metindeki obligation, prestation ve dette kelimelerini yalnızca borç kelimesi ile karşılamıştır. Bu tercüme sebebiyle borç kelimesine, teknik olarak ayırt edilmesi gereken üç anlam yüklenmiştir. Bunlardan ilki "borç ilişkisi" anlamındadır ki alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki bağı ifade etmektedir. İkinci anlam," borç ilişkisinin taraflarından yalnızca birinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu şeyi" ifade etmektedir. Yani borç ilişkisinden doğan yükümlülük ve edim anlamındadır. üçüncü anlam ise" yerine getirilmesi gereken edim"dir. Buna günlük dilde para borcu adı da verilmektedir.

Borç ilişkisi teknik anlamda borçtan farklıdır. Borç ilişkisi bu ilişki ile kurulan çeşitli hak ve yükümlülükleri barındırır, borç ve alacaklara kaynaklık eder. Borç ise borç ilişkisinden moğan münferit bir yükümlülüğü "edimi" ifade eder. Diğer taraftan borç ve borç ilişkisini sona erdiren sebepler de birbirinden farklıdır. Borç ifa, takas, ibra, yenileme, borçlu ve alacaklı sıfatının birleşmesi ve ifanın sonradan kusursuz olarak imkânsızlaşması sebepleri ile sona erer. Buna karşılık borç ilişkisi, ikâle, taraflardan birinin ölümü, iflas, fesih ve dönme(rücu) gibi sebeplerle sona erer.

İslam hukuk literatüründe borç ilişkisi kavramı yer almaz. Bununla birlikte İslam hukuk düşüncesinde borç ilişkisi ve borç kavramı ile paralellik kurulabilecek bazı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlardan ilki, sözlükte bağlamak anlamına gelen, fıkıh literatüründe ise" hukuki işlemten doğan borç ilişkisi" karşılığında kullanılan" iltizam" kavramıdır. Bu kavram hukuki işlem dışındaki kaynaklardan doğan borçları kapsamaz. ikinci kavram "damân"dır. Damân, Mâliki ,Hanbeli Şafii ve Zeydi hukuk doktrininde kefâlet anlamında kullanılır. Haksız fiilden doğan borçlar ile kusursuz imkânsızlık hallerindeki hasar kavramını ifade eder. Akdin fer'i (tebei) olarak doğurduğu mükellefiyetleri de" hukuk" kavramıyla ifade etmişlerdir. Klasik fıkıh kaynaklarında daha çok kullanılan kavramlar ise ayn ve deyn kavramlarıdır.

Arapça göz anlamına gelen "ayn" kelimesi, görme eyleminin objesini içerecek şekilde anlam genişlemesi yaşayarak gözle görülen her şeyi ifade eder hale gelmiştir. Bu şekilde dış âlemde görülebilen fiziki bir varlığı bulunan eşyaya ayn denilmiştir. Fıkıh doktrininde ayn, maddi varlığı bulunan mallara hasredilmiştir. Mevcut, hazır ve belirlenmiş (tayin edilmiş) malların tamamına ayn denilmiştir. Bu kullanımda kıyemi ve misli ayrımı dikkate alınmaksızın bütün mevcut, hazır veya belirlenmiş mallara ayn adı verilmektedir. Ayn kelimesinin

ikinci anlamı, kullanma ile tükenmeyen eşyanın menfaatinden soyutlanmış çıplak/ kuru halini ifade etmek için kullanılmıştır. Bu kullanımların borç ilişkisi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Ayn kelimesinin fıkıh literatüründe kazandığı üç anlam borç ilişkisine, aynı hak konusu olacak şekilde konu olmuş şey için kullanılmasıdır. Bu kullanımda ayn, bir borç ilişkisine konu olan kiyemi malların yanı sıra belirlenmiş (tayin edilmiş) misli malları da kapsar. Bu şekilde günümüz hukukunda parça borcu veya ferden muayyen borç olarak adlandırılan belirli bir eşya üzerinde kurulan borç ilişkisini ifade etmektedir.

Zimmete ayn/ parça borcu oluşmaz. Çünkü ayn mevcut ve hazırır. Yükümlülük dış âlemde mevcut olan maddi varlığa taalluk eder. Mal varlığının pasifinde ise deyin borcu oluşur.

Borç ilişkisi içerisinde kullanıldığında ayn kavramının karşısında’’ deyn’’ kavramı yer alır. En geniş anlamda ‘’zimmette sabit olan şey’’ anlamında kullanılan deyn kavramı, ayn kavramının karşısına konumlandığında ayna taalluk etmeyen borçları kapsar. Borç ilişkisi bakımından bunlar, cins para ve yapma borçlarıdır. Deyn kavramı mutlak olarak kullanıldığında ise yukarıda ifade edilen borçların yanı sıra dini ve ahlaki anlamdaki borçları da kapsar. Deyn kavramı, borçlunun zimmetine taalluk eden borçlar ile ilgilidir. Deyn borcunda kiş zimmetiyle yani hukuki kişiliği ile borçlu kabul edilir. Deyn fizik âlemde somut ve muayyen hale gelmediği için zimmet kavramı bu borcun mekânı olarak tasavvur edilir. En dar anlamda deyn, akit veya itlaf sebebiyle (hukuki işlem veya olay) zimmette sabit olan maldır.

1.2. Borcun unsurları

Borç ilişkisi, borçlu, alacaklı ve edim şeklinde ifade edilen üç unsurdan oluşan bir bağıdır.

1.2.1. Alacaklı

Alacaklı bir borç ilişkisinde yer alan aktif taraftır. Borçludan bir şey talep etme hakkının sahibidirB bu itibarla kişi olması gerekir. Gerçek kişinin yanı sıra tüzel kişilikte borç ilişkisinin aktif tarafını oluşturabilir. İslam hukuk doktrininde borcun türüne göre alacaklı için "tâlib", "ğarim", "dâin", "sâhibu'l-hakk", sâhibu'd-deyn", ve "rabbu'd-deyn" gibi terimler kullanılmıştır.

1.2.2. Borçlu

Borçlu borç ilişkisinde pasif süze/taraftır. Talep hakkına konu olan şeyi yerine getirmekle yükümlü olan taraftır İstanbul hukuk kaynaklarında borçlu için "medin", "medyun", "ğârim", "matlûb", "mültezim" gibi terimler kullanılmıştır.

1.2.3. Edim

Edim alacaklının talep hakkına; borçlunun ifa ile yükümlü olduğu konudur. Borç ilişkisinin sonucu olan dedim, "verme", "yapma", ve "yapmama" edimi şeklinde üç şekildedir.

Mülkiyeti nakleden yolların başında gelen akitler, haksız fiillerde ki tazminatlar verme borcunu/ edimini oluşturur, Verme borçluları, konusu bakımından parça borçları, cins borçları ve para borçları şeklinde üç gruba ayrılır.

Borçluyu belirli bir tarzda hareket etme yükümlülüğü altına koyan’’ yapma edimi’’ ise iş görme sözleşmelerinde belirginleşir. Borçluyu kaçınma yükümlülüğü altına koyan borçlulara ise ‘’yapmama borcu/ edimi’’ adı verilir. İslam hukukunda ayn ve deyn kavramları verme edimine; fiil kavramı ise yapma edimine karşılık gelir.

2. Borcun kaynağı

İslam hukukunun gelişim sürecinde borçlar hukuku özel borç ilişkileri şeklinde ele alındığından genel bir borç teorisi oluşturma yoluna gidilmemiştir. Modern hukukta ise iki yöntem izlenmiştir. Birinci yöntem nispeten daha kazuistik bir yöntemdir. Bu yöntemde göre borcun kaynakları, tek taraflı hukuki işlem, akit, haksız fiil, haksız iktisap ve kanundan oluşmaktadır. Diğer yöntem ise borcun kaynaklarını iradi olup olmayışına göre ikiye ayırarak inceler. Borcun iradi kaynağına hukuku fiil adını verir. Hukuki fiiller ise tek taraflı hukuki işlem ile iradelerin karşılıklı uyuşmasını gerektiren akitlerden ibarettir. Borç ilişkisinin ikinci kaynağı ise, insan

iradesinden bağımsız olarak hukukun kendisine hüküm bağladığı bir olaydır. Hukukun hüküm bağladığı bu olaya hukuki olay adı verilmiştir. Bu tasnife göre borcun kaynaklarından olan haksız fiil ve haksız iktisap hukuki olay kapsamına girmektedir. İnsanların hükmedemedikleri, iradelerinin dışında meydana gelen ve hukuki sonuç doğuran doğal olaylarda hukuki olay kapsamına dahildir. Doğum, ölüm, bir cephaneliğin kendiliğinden infilak etmesi gibi...

İslam hukukçuları borcun kaynağını sözlü ve fiili tasarruflar şeklinde ikiye ayırarak incelemeyi tercih etmişlerdir. Tasarruf, bir kişinin iradesiyle meydana gelen ve kanun koyucunun hukuki sonuçlar bağladığı her şeydir. Diğer bir ifade ile hukuki işlemler sözlü ve fiili tasarruflar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Fiili işlemler, teslim ve ifa veya el koyma, koruma itlaf etme şeklinde ortaya çıkan tasarruflardır. Sattığı malı teslim eden satıcı veya zimmetinde sübut bulmuş bir borcu (deyn borcu) ödeyen kimse teslim ve ifâ işlemini; sahipsiz bir araziye mülkiyet tesis etmek için çevreleyen ile haksız fiil ile bir malı gasp eden kişi hukuki sonuçları farklı olsada el koyma işlemini; sahip olduğu bir malı koruyan veya tüketen ve imha eden kişi koruma ve itilaf işlemini gerçekleştirmiştir .Bu fiiller sözlüğü bir ifade ile teyit edilmemiş olsalar dahi hukuki sonuç doğururlar.

Sözlü ve yazılı tasarruflar ise hukuki işlem tesis etmenin diğer bir şeklidir. Bu tasarruflar akdi işlemler ve akdi olmayan işlemler şeklinde ikiye ayrılır. Akdi olmayan yani tek kişinin iradesinin yeterli oldu işlemlere **tek taraflı hukuki işlem** adı verilir. Bu işlem türü kendi arasında iki grupta değerlendirilir. Tek taraflı hukuki işlemlerin **ilk türü**, bir kişinin hak inşa etmek, bir hakkı sonlandırmak veya düşürmek amacı taşıyan iradesinin içerdiği tasarruflar şeklindedir. Bu tasarruf türünün örnekleri; vakıf talak, itâk, ibra, şuf'a hakkından vazgeçmektir. Bu tür işlemler bir kısım fakirler tarafından akit olarak adlandırılır. Tek taraflı hukuki işlemlerin **ikinci ürü** ise, bir hak inşa etmeye ve düşürmeye yönelmiş bir irade taşımamakla birlikte hukuki sonuç doğuran başka türden sözlerdir. Bunun örnekleri, mahkeme önünde bir hakkı talep etmek olan dava,(iddia) etmektir. Davacının davasını reddetmek için yapılan yemin ve inkâr sözü ile iddiayı kabul anlamına gelen ikrar bu tür sözlerdendir.

2.1. Tek taraflı irade

Bir kişinin hak inşa etmek, bir hakkı sonlandırmak veya düşürmek amacı aşyan iradesinin sonucunda doğan borç ve yükümlülüklerdir. Batı hukukunda 19. Yüzyıla kadar Roma hukukunun etkisiyle tek taraflı iradenin borç doğurmayacağı kabul edilmiştir. Bu yüzyıldan sonra batılı hukukçular tek taraflı iradenin borç doğuracağını kabul etmişlerdir.

Tek taraflı irade ile borç doğuran hukuki işlemlerin akit olarak adlandırılıp adlandırılmaması hususunda görüş ayrılıkları vardır. Batı hukukunda tek taraflı irade ile kurulan işlemler akit kapsamında sayılmıştır. İslam hukukunda bu işlemler, başta Hanefiler olmak üzere genel olarak akit sayılmamışlardır. Hanefi kaynaklarında vakıf ile ilgili akit ifadesini rastlansada bu kullanım yaygınlığının sonucudur. Hanefiler bu işlemleri akit olarak adlandırmayı kabul etmezler. Hanefilerin yerleşik içtihatlarında hibe, ariyet, kefalet gibi hukuki işlemler icâp ve kabul ile in'ikad ettiği kabul edilmiştir. Bu bakımdan Hanefi fıkhiinde tek taraflı irade dayanan hukuki işlemler sınırlıdır.

Tek taraflı irade ile tamamlandığı kabul edilen tasarruflar taahhüt, vaad nezrdir. Taahhüt tek taraflı irade ile bir borç yükümlülüğünün altına girmektir. İltizam kavramı ile de ifade edilir. İslam hukukçuları taahhüdü, söz söyleme zamanındaki borçlanma anlamında alırlar. Hanefi, Şafii ve Hanbeliler taahhüdün teberru(karşılıksız temlik) niteliğinde olduğunu ve bağlayıcı olmadığını kabul etmişlerdir. Mâlikilere göre ise, taahhüt bağlayıcıdır ve taahhüt ile borçlanan ölmedikçe veya iflas etmedikçe borçlu olmaya devam eder. Ölüm ve iflas halinde taahhüt edilenin hakkı sona erer, terike veyai iflas masasından bir hakkı bulunmaz.

İslam hukukçuları, kelime olarak söz vermek anlamına gelen vaadi, bir kişinin söz verme zamanında değil, ileri bir zamanda bir kişiye bir şeyi vermeyi veya onun için bir işi yapmayı kabul etmesidir şeklinde tanımlamışlardır. Hanefi, Şafii ve Hanbelilere göre mücerret vaad şeklindeki tek taraflı iradeler bağlayıcı değildir. Hiçbir şarta bağlanmamış'' senin borcunu öderim'' şeklindeki söz'' mücerret vaad''in tipik bir örneğini oluşturur. Bu söz hukuki değil, ahlaki bakımdan değerlendirmeye alınır. Mâliklerden vaadin taahhüt

gibi olduğu, bağlayıcı olmadığı, sebebe dayanıyorsa bağlayıcı ve sebebe dayanıyor ve bu vaade dayanarak sebebe teşebbüs edilmişse bağlayıcıdır şeklinde dört görüş gelmiştir.

Hanefiler şarta bağlanmış(ta'lik) edilmiş vadin bağlayıcı olduğu görüşündedirler.'' Sen sat, o ödemezse ben öderim'' şeklindeki bir vadin borçlunun ödeme yapmaması halinde bağlayıcı hale geldiğini kabul etmişlerdir. Muallâk vaad kabul edilen bu vaad ile müşterinin ödemeyi yapmaması halinde kefalet akdi kurulmuş olur. Meşru bir mazeret ile vadin yerine getirilmemesi bütün mezheplere göre caiz olmakla birlikte, eğer bir vaade dayanarak vaad edilen kişi bir hukuki işlem tesis etmiş ve borç altına girmişse vadin bağlayıcı olduğuna hükmetme eğilimi İstanbul hukukçuları arasında yaygınlaşmıştır.

Tek taraflı irade ile tamamlanan üçüncü husus ise nezirdir. Adamak anlamına gelen nezr, ibadet anlamı taşıyan bir borçlanmadır. Hanefilere göre nezri yerine getirmek vaciptir. Ölümü halinde borç düşer. Maliki ve Şafiilere göre ise, iyi bir şey nezr edilmişse ifâ vaciptir. İyi olmayan bir şey nezretmişse ifâ ile kefalet arasında muhayyerdir.

Tek taraflı irade ile sabit olan borçlar hakkında tartışılan konulardan biri de"cuâle" dir.Cuâle esasen sahibinden kaçan köleyi bulana verilen ödüldür. Mâlikiler, cuâleyi vaatte bulunan kişinin sözü nedeniyle bağlayıcı olduğu görüşündedirler.İster duysun ister duymasın kaçan (âbık) köleyi yakalayıp efendisine teslim edilen her kişi için bağlayıcı bir haktır. Şâfiiler Cuâle'nin vaadi duyan için bağlayıcı bir hak olduğunu kabul ederler. Mâlikiler, vaad sebebiyle bağlayıcı olduğunu kabul ettikleri cuâleyi genişleterek diğer vaatlerde teşmil etmişlerdir. Hanefiler ise Cuâle'nin yalnızca kaçan köleyi yakalayıp teslim etme hakkında kanun ile sabit bir hak olduğunu kabul etmişlerdir.

Tek taraflı irade ile borç niteliğinde olmayan kimi hukuki sonuçları da bulunmaktadır.

- a. Vasiyet ile vasiyet lehtarî mülkiyet kazanır.
- b. İbra ve vakıf örneklerinde olduğu gibi ıskat (borcu düşürme/ mülkiyetten çıkarma) sonucunu doğurur.
- c. Muhayyerlik hakkını kullanma, ikrar, vekili azil ve vasiyeti kabul gibi neticeler doğurur.

2.2. Akit

iki iradenin karşılıklı uyuşması ile ortaya çıkan borçlara akit ile doğan borçlar denir.

2.3. Haksız fiiller

2.3.1. Haksız fiil ve sorumluluk kavramları

Fiili tasarruflar olumlu ve olumsuz fiiller şeklinde ortaya çıkarlar. İnsan fiilleri genel olarakiki tür sorumluluk doğurur. Bunlardan ilki cezai sorumluluktur. Bir kişinin varlığına veya vücut bütünlüğüne yönelmiş müessir fiiller ceza hukuku kapsamında ile anılır. Şahsa yönelik olan bu fiiller klasik İslam hukuk doktrininde '' ukubat'' bölümünde yer alır. Kişi varlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen bu haksız fiiller eğer kasıtlı yapılmışsa, diğer unsurlarında gerçekleşmesi şartıyla, suçlu işlediği fiilin misliyle yani kısasla cezalandırılır. Bu durumda ceza tam misli ile verilmiş bulunduğundan failin ayrıca hukuki sorumluluğu cihetine gidilmemiştir. Failin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve ikrah gibi cezai ehliyeti ortadan kaldıran bir durumunun bulunması, kısasın tam olarak infaz edilememesi veya kısasın maddi konusunu oluşturan organın herhangi bir sebeple yok olması ile suçun unsurların da eksiklik oluşması ve mağdurun yahut yakınlarının kısasitan vaz geçmesi durumunda diyet ödenmesi söz konusu olur.

İnsan fiillerinin doğurduğu diğer sorumluluk ise hukuki/ medeni sorumluluktur. Hukuki sorumluluk kapsamına giren fiillerin verdiği zararın tazmin edilmesi gerekir. Zarar veren fiil, aralarında borç ilişkisi bulunan kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmeyişinden kaynaklanıyorsa akdi sorumluluktan söz edilir. Aralarında akdi bir bağ olmayan kişilerden birinin fiili diğerine zarar vermişse bu durumda'' cürmi'' sorumluluktan söz edilir.

Borçlar hukuku bakımından’’cürmi’’ sorumluluk doğuran fiiller haksız fiil kavramıyla ifade edilmektedir. Klasik dönem İslam fıkıhı, kaynağı bakımından haksız fiili, doğrudan(mübaşeret) veya dolaylı(tesebbüb) zarar veren fiili itlaf ile ziyetliğin izalesi demek olan gasp çerçevesinde incelemiştir.

2.3.2. Haksız fiilin sorumluluk (borç) doğurmasının şartları

Bir fiilin haksız fiil olarak değerlendirilmesi için bazı şartlar taşınması gereklidir. Öncelikle ortada bir fiil olmalıdır, bu fiil meşru bir haktan yani hukuki bir yetkinin kullanılmasını sonucu olmamalıdır. Fiil zarar verici nitelikte olmalı, zarar ile fiil arasında illiyet bağı olmalıdır. Kusur unsurunun yeri ve etkisi belirlenmelidir. Bir fiilin haksız fiil olarak nitelenip failini tazminat borcu ile yükümlü kılması için aşağıdaki şartları taşınması gerekir.

2.3.2.1. Fiil

Haksız fiil kavramı bakımından dikkate alınacak ilk husus fiilin gerçekleşmiş olmasıdır. Haksız fiili fail doğrudan meydana getirebileceği gibi herhangi bir araç kişi veya hayvan vasıtasıyla da meydana getirebilir.

Burada en geniş anlamda ele alınan fiil şu hususları kapsamaktadır:

1. Maddi organlarla bir şeyi yapmak, etmek ve yapmamak; dövmek, öldürmek, yakmak, ağaç kesmek gibi bütün eylemleri kapsar.
2. Sözel yollarla bir şey söylemek ve söyletmek; yalan şahitlik, iftira ve jurnal de bulunmak gibi.
3. Yapılması gereken bir şeyi yapmamak; Örneğin: yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarı yıkmamak veya tamir etmemek.
4. Zorlama, hile ve aldatma.

2.3.2.2. Zarar

Sözcük olarak yararın zıddı olan zarar, fıkıh usulünde, ‘’kalbin duyduğu elem’’ ile’ yararın yitirilmesi’’ şeklindeki iki temel anlam çerçevesinde tartışılmıştır. Dövme, küfretme, yararı yitirme, aşağılanma anlamlarının ortak paydasını’’ kalbin duyduğu acı’’ olduğunu söyleyerek kelimenin bütün bu anlamlar için müşterek olduğunu kabul etmişlerdir. Zarar terim olarak ise, şahıs veya mal varlığında haksız olarak meydana gelen azalma şeklinde tanımlanabilir. İslam hukukçuları zarar hakkındaki doktrinsel yaklaşımı külli kaideler şeklinde ifade etmişlerdir. Mecelle'nin de kanunlaştırdığı bu kaideler şunlardır:

- a. Zarar ve mukabele bir zarar yoktur
- b. Zarar bir kaderin imkan def olunur
- c. Zarar izale olunur
- d. Zarar kendi misliyle izale olunamaz
- e. Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur

İlke olarak haksız fiilden kaynaklanan zarar tazmin edilir. Tazminden maksat zarar vereni zarardan önceki durumuna geri döndürmektir. Bu bakımdan bir haksız fiil olan gasp fiili işlendiğinde esas hüküm mevcut ise, edileni iade etmektir. Zararın maddi bir bedel ile tazmininde ise, denk bedel tespiti esastır. Denk olmayan tazminat bedeli zararı karşılamazken fazla olan tazminat bedeli ise haksız iktisap yol açacaktır. Bu bakımdan tazminatın zarara eşit olması ana ilkedir.

Kişinin mal varlığı veya kişi varlığını etkilemesi dikkate alınarak zarar ikiye ayrılır.

a. Maddi zarar: İnsanın can ve vücut bütünlüğü ile malında eksilme yol açan zarardır. Hukuki ve iktisadi bakımdan değeri olan ve dokunulmazlık niteliğine sahip bir mala zarar, ya onu tamamen ortadan kaldırır veya kısmen değer kaybetmesine yol açar. Malın tamamen itlaf edilmesi tam zarar, değerinin eksiltilmesi ise kısmi zarardır. Tam zarara mülkiyete konu olmuş bir hayvanın öldürülmesi; kısmi zarara ise hayvanın sakatlanması örnek verilebilir.

Modern hukukta haksız fiil, ister şahıs varlığına; ister mal varlığına karşı işlenmiş olsun mal varlığında bir azalma meydana getirmişse maddi zarar kabul edilmiştir.

İslam ceza hukukunda müessir fiilin mağduruna ödenmek üzere miktarı hâkim tarafından belirlenen hükümet-i adl adı verilen bir teminat şekli daha bulunmaktadır. Hükûme-ti adlı diyet ve erşten ayıran temel fark, nass ile değil hâkim ve bilirkişi takdiri ile belirlenmiş olmasıdır.

Diyetin miktarı Hz. Peygamber tarafından ‘‘yüz deve’’ olarak belirlenmiştir. İslam hukukçularının dan bir kısmı bu ölçüyü yaşadıkları dönemdeki eş değerlerini uygulama kolaylığı için tespit etmişlerdir. Bu bağlamda Ebu Hanife, altın ve gümüşü(1000 dinar ve 10.000 dirhem) Ebu Yusuf ve Muhammed ise, büyük ve küçükbaş hayvanları(200 sığır, 2000 davar) elbiseyi (200 takım elbise) bu ölçüyü esas alarak diyet ölçüsü olarak tespit etmişlerdir. Hanefiler bu konuda Ebu Hanife'nin içtihadını esas almışlardır. Mâlik, Ebu Hanife'nin yaklaşımına sahip olmakla birlikte yalnızca gümüş'ün 12.000 dirhem olacağı kanaatindedir. Şafii ve Hanbeli mezhepleri ‘‘ yüz deve’’ ölçüsünü esas almakta, altın ve gümüşü de deve fiyatlarının çıkış ve inişine göre düzenlemektedirler.

b. Manevi zarar: Maddi bir zarar oluşmak sizin insan kişiliğinin tahkir edilmesi ve duygu dünyasının eksilmesi halinde ise manevi zarar ortaya çıkar. Küfür, hakaret, yaralamayacak ve iş görmesini engellemeyecek şekilde darp manevi zarar kabul edilir.

Moderin hukuk bakımından kişi varlığı ve vücut bütünlüğü dışındaki, onur, özel hayat ve özgürlükler türü kişilik haklarına yönelmiş zararlar manevi zararları oluşturur. Vücut bütünlüğüne yönelen haksız fiilden dolayı kişinin tıbbi müdahaleler sonucu çektiği acılar ve vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlar da manevi zarar arasında kabul edilmiştir. Kişilik haklarının zedelenmesi de manevi zarar kabul edilmiştir. Klasik fıkıh literature, manevi zararın maddi tazmini düşüncesine temel olabilecek’’ hükûme-ti elem’’ kavramını da geliştirmiştir.

Hanefi hukukçulardan Muhammed eş-Şeybani ile Mâlikilerden İbn Arafe, müessir fiilin kalıcı eser bırakmaksızın iyileşmesi durumunda dahi mağdura’’ hükümet-i adl’’ takdirinde bulunularak doctor, ilaç ve diğer tedavi giderleri ile iyileşinceye kadar ihtiyacı olan nafakasının tazmin edilmesi ‘‘maddi tazminat’’ gerektiğini kabul etmişlerdir. Hanefi hukukçulardan Ebu Yusuf ise, maddi zararın tazmini ile yetinen bu yaklaşımı aşan bir yaklaşım ortaya koyarak manevi zararın tazmini düşüncesine kaynaklık edecek bir görüş ortaya koymuştur. Ona göre, müessir fiilin kalıcı eser bırakmaksızın iyileşmesi durumunda dahi mağdurum duyduğu elem dikkate alınarak kendisine maddi bir bedel(hükümetü'l-elem/erşü'l-elem) ödenmesi gerekir.

Hükümetü'l-elem vurma, sövme, hakaret gibi yaralayıcı olmayan söz ve fiillerin mağdurun acı ve ıstırap duymasına neden olması halinde mahkemece takdir edilen bir tazminattır.

Zararın maddi ve manevi olarak ikiye ayrılması batılı hukukçuların tartışmaları ile gündeme girmiştir. Çağımız İslam hukukçuları batılı hukukçuların bu taksiminin de etkisiyle zararı maddi ve manevi zarar taksimi içerisinde işleme eğilimi göstermişlerdir. Senhuri, kişinin, şuur, duygu veya haysiyet ve şerefi gibi insanların korumaya düşkün oldukları değerlere yönelen zararı etik zarar kavramı(ed-dararu'l-eğebi) ile ifade etmiştir. Ali el-Hafif ise manevi zararı ikiye ayırmayı tercih etmiştir. İnsanın şeref ve haysiyetini aşağılayan söz ve fiilleri ‘‘ed-daru'l-eğebi’’ olarak adlandırılmıştır. Manevi zarar olarak adlandırdığı ikinci kısmı ise, yükümlü olunan mali olmayan bir maslahatın heder edilmesidir. Bir akdin yükümlüsünün akde bağlı yükümlülüğünü yerine getirmekten kasınması gibi... Örneğin, vedia akdinde kendisine emanet teslim edilen kişinin (vedi) vediayi sahibine teslim etmemesi gibi...

Klasik Hanefi fıkıhı, gasp edilen malın gâsıp tarafından kullanılması, kiralanın yerin kira süresi bitince kiralaayan tarafından teslim edilmeyip kullanılmaya devam edilmesi halinde bu malların sahibine tesliminden başka bir ifân'ın bulunmadığı görüşündedirler. Gasp edilmiş maldan veya kira süresi geçmiş akar'dan akit dışı yararlanma herhangi bir mali bedel ile tazmin edilmez. Sonraki hanefiler kira için hazırlanmış malı ,yetim ve vakıf malını bu kuraldan istisna etmişlerdir. Diğer İslam hukuk ekolleri gâbın ve akar'ı kira süresi geçtikten sonra kullanmaya devam edenlerin piyasa fiyatına göre(ecr-i misil) mal sahibine ödemedede bulunması gerektiği görüşünde oldukları için manevi tazminat takdirine ihtiyaç yoktur.

2.3.2.3. Hukuk'a aykırılık

Bir fiilin haksız olarak nitelenebilmesi için zararlı olmasının yanısıra hukuka aykırı olması da lazım gelir. Hukuki bir yetkiye dayalı bir tasarruftan kaynaklanan zarar, mali bir karşılık ile tazmin borcu doğurmaz. Çünkü bir fiilin işlemesi veya terki hususunda şahsa verilen hukuki yetki, kişiden sorumluluğun kalkmasını gerektirmektedir. Tazmin ise başkasına verilen zararın mali bir bedel ile karşılanması borcudur.

Hükümlüye tatbik edilen had, kısas ve ta'zir türü cezaları tatbik edenler hukukun gereğini uyguladıkları için haksız bir fiil işlemiş olmazlar. Bir tıbbi operasyonda hastanın yakınlarından müdahale izni alınmış bir cerrahın hastanın vücudu üzerindeki tasarrufları haksız fiil sayılmaz.

Yük taşımak için bir hayvan kiralayan kişi, hayvana normal ölçüleri açmayan bir yük yüklediği halde hayvan telef olmuş ise, tazmin etmesi gerekmez; çünkü bu fiili iznilidir. Mutat olandan fazla yük vurmuş ise, hayvanı tazmin etmesi gerekir. Özetle bir fiilin, haksız fiil sayılıp akit dışı sorumluluk doğurabilmesi için hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekmektedir.

Failin zarar veren fiilinin'' haksız fiil'' olma vasfını ortadan kaldıran dört temel sebep bulunmaktadır:

a. Hakkın kullanılması: Komşusunun gölgelik olarak yararlandığı bir ağacın sahibi ağacını kestiğinde komşuya karşı haksız bir fiil işlemekle sorumlu tutulamaz. Çünkü hukuk kişinin malından tasarrufta bulunma yetkisini kabul etmiştir.

b. Haksız fiilin hak sahibinin izniyle işlenmiş olması: Bu durumda fiil hak sahibinin rızası ve bazen emri ile gerçekleştiğinden dolayı fail haksız fiil işlemiş olmakla sorumlu tutulamaz .Ancak bu durumda iznin açık ifadeye dayanması gerekir. Bu durumda sükut izin kabul edilmez.

c. Yetkili kamu makamından izin alınmış olması: Gerekli izin ve güvenlik tedbirleri aldıktan sonra yolda çukur açan ya da kazı yapan kişi haksız fiil işlemiş olmaz. Örneğin, gerekli izin alındıktan sonra kazı yapılan bir sokaktan aracıyla geçemeyen kişi kazı sahibine tazminat davası açamaz.

d. Zaruret hali: Zaruret, "din, nefis, nesil, mal ve akl" kavramları ile ifade edilen temel maslahatlara yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ve meşru yoldan kurtuluş çaresi bulunmayan, kesin, mülci ve fiili tehdittir. Zaruret hali, haram iş ve fiil nedeniyle oluşacak günah ve bu nedenle gerekli olabilecek ceza (ikâb) hususunda mazerettir. Zaruret, leş yemek veya içki içmek nedeniyle sabit olan günahı düşüren bir mazerettir. İkrâh-ı mülci ise, başkasının malını telef veya gasp etmek nedeniyle oluşacak cezai yaptırımı düşürücüdür. Zaruret nedeniyle başkasının malından yiyen ve içen kişi bedelini tazmin etmek ve helallik almak zorundadır. Zaruret hali telef edilen ve gasp edilen bir mal üzerinde mal sahibinin hakkını ortadan kaldırmaz.

Meşru müdâfaa halinde kendini savunanın sorumluluğu da zaruret halinin diğer bir yönünü oluşturmaktadır. Bu durumda haksız bir fiil ile saldırıya uğrayan fail kendisini savunmak amacıyla saldırgana zarar vermiştir. Bu şartlarda meydana gelen bir eylemden dolayı cezai ve hukuki sorumluluk oluşmaz.

2.3.2.4. İlliyet bağı

2.3.2.4.1. İlliyet kavramı

İlliyet, fiil ile zarar arasında bağ bulunmasıdır. Haksız fiil ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle zararın haksız fiilin bir eseri olarak ortaya çıkmasıdır. Bir zararın ortaya çıkmasında uzak yakın bir çok sebebin tespit edilmesi mümkündür; en uygun illet ise en yakın sebeptir.

İslam hukuku, kusur unsurunu açıkladığımız da ifade edeceğimiz gibi, illiyet bağına kabul etmiş ve bunu ''mübaşeret'' ve ''tesebbüb'' kavramları çerçevesinde işlemiştir.

Mübaşeret, fiil ile zarar arasında doğrudan bağ bulunmasıdır. Zarar ile fiil arasına başka bir fiilin girmemiş olmasıdır. En yakın ve en uygun sebeptir. Haksız olarak başkasının eşyasını telef eden, hayvanı öldüren kişinin fiili arasında başkasının fiili bulunmadığından'' mübaşir'' fiildir.

Tesebbüb ise, sebebiyet vermek, neden olmak ve yol açmak anlamlarına gelmektedir. Fıkhi bir terim olarak ise, asıl zararı veren fiilin meydana gelmesine neden olan ve ona yol açan fiildir. Mecelle, tesebbübün zarar

vermeye avizenin zincirini kesmeyi örnek vermektedir. Örneğe göre avizenin zincirini kesen avizeyi doğrudan kırmamaktadır. Ancak faili olduğu zinciri kesme fiilinin zorunlu sonucu olarak avize düşüp parçalanmıştır.

2.3.2.4.2. İlliyet bağıni kesen sebepler

a. Zarara uğrayanın kusuru

Haksız fiilin doğurduğu sorumluluk esas olarak fiilin doğrudan sahibine aittir. Buna göre zararlı bir fiilin işlenebileceği bir aleti üreten veya satan kişi hukuku sınırlar içerisinde üretmiş ve ticaretini yapmışsa, bu aletlerin satın alınıp zararlı bir fiilde kullanılması halinde doğacak sorumluluk da pay sahibi olamaz. Zarara uğrayanın kusuru sebebiyle ilk fiilin failinin sorumlu olmayışının nedeni bu ikinci failin iradeli bir varlık olmasıdır. Bir kişi tarafından açılmış bir kuyuya kasten kendisini atıp zarar gören kişinin kusuru iradeli olduğu için illiyet bağıni kesmek de ve kuyu kazandan sorumluluğu kaldırmaktadır.

b. Üçüncü Şahsın kusuru

Birinci failin fiili ile zarar arasına iradeli ikinci bir şahsın fiili girip zarar meydana getirmiş ise, bu durumda zarar ile birinci failin fiil arasındaki illiyet bağı ortadan kalkmıştır. Bu sebeple birinci şahsın kusurdan kaynaklanan sorumluluğu bulunmaz. Zarar gören kişi ilk fiilin sahibine ikinci fiilin sahibine zararını tazmin ettirir. Örneğin, Ali, başkasına ait içerisinde donmuş bir nesne bulunan kabın kapağını açsa, Veli ise bu kabı yan yatırıp yanan sobanın yanına bırakarak kabın içindeki nesnenin eriyip dökülmesine neden olsa bu durumda oluşan zarar Veli'nin tazmin etmesi gerekir. Çünkü zararlı sonucu doğuran etkili fiil veliye aittir. Bu fiil Ali'nin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıni ortadan kaldırmaktadır. Veli'nin bu kusurlu fiili Ali'nin kusurunu ortadan kaldırmaktadır.

c. Mücbir sebep

Öngörülemeyen ve öngörülse dahi önlenmesi mümkün olmayan olay ve durumlara mücbir sebep adı verilmektedir. Bunlar genellikle deprem, heyelan, yıldırım düşmesi gibi tabii olaylardır.

Vedia akdin vedî'in evinde sakladığı emanetin evin yanması veya deprem ile yıkılması sonucu zarar görmesi halinde tazmin yükümlülüğü söz konusu olmaz.

2.3.2.4.3. Failin birden fazla olması halinde sorumluluk

Bir zarar doğuran fiilin birden fazla müşareketen ve tesebbüben faili bulunuyorsa, yani gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak birden fazla kişi zarar ile aynı nitelikte bir illiyet bağıni sahipse sorumluluğu ortak olarak ve eşit olarak paylaşacaklardır. Fıkıhta ana ilke zararın tazmininin doğrudan sebep olan fiile bağlanmasıdır. Bununla birlikte sebebiyet veren fiil ile doğrudan zarar veren fiil arasındaki özel bazı durumlar farklı hükümler verilmesini gerektirmiştir. Birinci durum, sebep olan fiilin doğrudan fiil kadar sonuç zararın ortaya çıkmasında etkisinin bulunması durumudur. Bu halde sorumluluk ortaktır. İkinci durum, zarara sebebiyet veren fiilin doğrudan zarar veren fiilden daha etkili olması durumudur. Bu durumda sorumluluk sebep fiilinin failine yüklenir.

2.3.2.5. Kusur unsuru

2.3.2.5.1. Kusur kavramı

Modern hukukta kusur, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanı şeklinde tanımlanır. Kasıt ve ihmal olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar.

Kasıt: Hukuka aykırı sonucun fail tarafından görülmesi ve istemesidir. Kasıt, tasarlama ve isteme unsurlardan oluşur. Kasıt vasıtasız kasıt ve vasıtalı kasıt şeklinde ikiye ayrılır. Failin fiili yaptığını bilerek ve sonucunu hedefleyerek yapması halinde vasıtasız kasıt oluşur. Vasıtalı kasıt ise, failin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen fiilin böyle bir sonuç doğurabileceğini ön görmesidir. Örneğin, hasmının evini yakmayı istemekte olan failin, hasmının da yangında ölebileceğini öngörerek evi yakmasıdır. Fail vasıtasız kasıta zarar vermeyi istemekte vasıtalı kasıta ise zarar vermeyi kabul etmektedir.

İhmal: Failin hukuka aykırı sonucu istemediği halde gerekli önlemi almaması, dikkat ve özen göstermeyerek zararın doğmasına sebep olmasıdır. İhmal ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İhmalin ağırlığı ortalama bir kişinin takınacağı tutum ve göstereceği özene göre belirlenir.

Ortalama örnek insanın davranışının esas alınması kusuru belirli ölçüde'' kusursuz sorumluluk'' kavramına yaklaştırmaktadır.

2.3.2.5.2. Doğrudan ve dolaylı zarar veren fiilde kusur

İslam hukuku doğrudan zarar veren fiili'' mübaşeret'', dolaylı zarar veren fiili' tesebbüb'' kavramları ile ifade etmiştir. Doğrudan zarar veren fiilde illiyet bağı ile yetinip kusur şartı aranmamıştır. Dolaylı zarar veren fiilde ise kusur şartını söz konusu etmiştir. Doğrudan zararın, kasıt ve ihmal söz konusu olmaksızın tazmini gerekli kıldığı'' mübaşir, müteammid olmasa da zâmin olur'' genel fıkıh kaidesi ile ifade edilmiştir.

Mübaşir, ortaya çıkan sonuç doğrudan fiiline bağlanan kişidir. Borçlar hukuku bakımından ise zarar veren fiilin sahibi olan kişidir. Mübaşir ister fiili zarar verme kastıyla yani'' müteammid'' olarak işlemiş olsun isterse ihmal'' hata'' ile yapmış olsun fiilinden dolayı sorumludur. Demirci dükkânından çıkan bir kıvılcımın bir kişinin elbisesini yakması halinde veya bir kişi bir duvarı yıkması için bir kişiyi kiralar(iste'cere) ve duvardan ayrılan bir taş bir kişiye isabet ederse yaralama diyetini çalışanın tazmin etmesi gerekir.

Tesebbüb kavramıyla ifade edilen dolaylı zararda ise sorumluluk kasıt (teammüd) ve yetki sınırını aşma (teaddi) şartlarına bağlanmıştır. Mütesebbib, fiilin oluşmasında doğrudan etkisi (mübaşeret) olmamakla birlikte ile sebebiyet veren şeyi yapan kişidir.

Mütesebbibin tazmin ile sorumlu olması için iki şartın bulunması gerekir. Bunlardan ilki;

- a. Mütesebbib kasıtlı (müteammid) olmalıdır.
- b. Mütesebbib, yetki sınırını aşmış (müteaddi) olmalıdır

Kastın tazmini gerektirmesi hususunda, bir fiile doğrudan sebep olmak (mübaşeret) ile dolaylı olarak sebep olmak (tesebbüb) arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de başkasına verilen zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Kasti sebebiyet başkasının zarar görmesine yol açacak hileyi ve tuzağı hazırlamak türündendir.

Yetki sınırını ve makul ölçüyü açmakla sebebiyet (teaddi) verme ise, kişinin kamuya açık bir yolda izin almaksızın ve koruma tedbirleri almaksızın kuyu kazması türünden bir fiil ile meydana gelir. Bu durumda kuyuya düşmesi sebebiyle bir zarar meydana gelirse tazmin etmesi gerekir. Buna mukabil kendi mülkünde başkasına zarar vermek kastı taşımaksızın açtığı su kuyusuna bir insan veya hayvan düşerse, meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmez. Teaddinin sınırlarını daha iyi kavramak için şu güzel bir örnektir: Bbir kişi arazisindeki kurumuş otları yakarken ateş sızarak başkasının bir şeyini yakarsa tazmin etmesi gerekmez. Ancak müteaddi olduğunda tazmin eder. Müteaddi olması ise, örneğin kuru otlarını şiddetli rüzgar bulunan bir günde yakmaya kalkması gibi makulu ve yetkiyi zorlayan fiiller ile gerçekleşmektedir.

Başkasına zarar veren ile doğrudan sebep olan (mübaşir) ile fiile sebebiyet veren şeyi hazırlan kişinin (mütesebbib) bir fiilin meydana gelmesinde birleşmeleri halinde hüküm bizzat fail olan mübaşire bağlanır. Bu husus'' mübaşir, yani bizzat fail ile mütesebbib müctemi olduğunda hüküm, faile muzaf kılınır'' ifadesi ile kaideleştirilmiştir. Mübaşir ile mütesebbibin bir fiilde birleşmesi, mütesebbibin ameli ile meydana gelen fiil arasına irade sahibi başka bir şahsın girmesi şeklinde olur. Bu durumda mütesebbibin ameli ile fiilin arasına giren şahıs fail olur ve fiil ona bağlanır. Çünkü bu kişi fiile mütesebbibden daha yakındır. Örneğin, bir kişi umuma açık yolda izinsiz olarak bir çukur kazar, akıllı ve irade sahibi bir kişi oraya başkasına ait bir hayvanı atarak telef ederse, hayvanı atan kişi zararı tazmin eder. Çünkü o mübaşirdir.

Sorumluluğun kusur şartına bağlı olduğu durumlarda kusurun bulunmaması halinde sorumluluk tamamen ortadan kalkar.

2.3.3. Haksız fiilin tazmini

İslam fıkıhı zararı önleyici tedbir almayı "zarar, bi kaderi'l-imkâm def olunur" kaidesi ile mevcut bir zararın ortadan kaldırılması gerektiğini ise "zarar izâle olunur" kaidesi ile ilkeleştirmiştir.

Bu bakımdan zarara tahammül edip katlanmak kabul edilmediği gibi zarara benzer bir zarar ile karşılık vermekte kabul görmemiş ve "zarar ve mukabele bir zarar yoktur" şekliyle kaideleştirilmiştir.

2.3.3.1. Tam itlafta tazmin

Tam itlaf da tazmin, itlaf edilen malın kıyemi ve misli oluşuna göre ele alınmıştır. Eğer tazmin edilen mal kıyami bir mal ise onun tazmini mevcut ise aynen iadesi, değilse kıymetinin ödenmesi şeklindedir. Misli malların tazmini ise mislinin eğer çarşı pazarda misli kalmamışsa kıymetinin ödemesi şeklindedir. Eğer itlaf gasp sonucu gerçekleşmişse gasp edilen malın gasp tarihindeki değeri, her gasp olmaksızın itlaf olmuşsa, itlaf tarihindeki değeri esas alınarak tazmin edilir.

2.3.3.2. Kısmi itlafta Tazmin

Kısmi, itlaf malın sakatlayarak değerinin düşmesine yol açmaktır. Kısmi itlafa uğrayan mal az zarar görmüş ise, malın sağlam haldeki değeri ile kısmi itlafa uğradığı haldeki değerleri tespit edilerek aradaki farkın ödenmesi yoluyla tazmin edilir. Eğer kısmi itlafa uğrayan mal çok zarar görmüşse bu durumda mağdura iki seçenek verilmiştir. Birinci seçenek malın eksilen değerini tazmin ettirmektir. İkincisi ise malını zarar verene bırakıp bedelini almaktır.

2.3.4. Başkasının haksız fiil nedeniyle sorumluluk (dolaylı sorumluluk)

2.3.4.1. Velayet nedeniyle dolaylı sorumluluk

Doğrudan sebebiyet halinde, daha önce geçtiği üzere kusur aranmamakta, kusursuz sorumluluk prensibi gereği fiil sahibi tazmin ile sorumlu tutulmaktadır. Aynı ilke çocuk ve akıl hastasının doğrudan fiili ile meydana gelen zararlara tatbik edilmektedir. Buna göre çocuk ve akıl hastasının fiili ile doğrudan yol açtığı zarar kendi mallarından tazmin edilir. Çocuk ve akıl hastasının telef ettikleri şeylerin tazmin edilmesinin nedeni mükellef olmaları değil, başkasının malına verilen zararın tazmin edilmesiyle ilgilidir. Mecnun ve çocuğun verdiği zararın tazmini, onların mallarından olmak şartıyla, veli hakkında gerekli olur. Eğer kendi mallara yoksa veli'nin tazmin sorumluluğu bulunmaz.

Çocuk ve mümeyyiz olmayan kişiler, sebebiyet yolu ile yol açtıkları zarardan dolayı ise kendi mallara bakımından da verileri aracılığı ile tazmin ile sorumlu tutulmazlar. Kusur izafe edilemeyen sebebiyet yolu ile verdiği zarardan dolayı velisi aracılığıyla da olsa tazmin ile sorumlu tutulması mümkün değildir.

2.3.4.2. Emre uyan kişinin fiil nedeniyle emredenin sorumluluğu

Başkasının malından onun izni olmaksızın yararlanması caiz olmayan kişinin başkasına yararlanma izni vermesi ya da bunu emretmesi de caiz değildir. Bu nedenle başkasına ait bir malı, mülci ikrah ile olmamak kaydıyla yerine getiren kişi onu tazmin ile sorumludur. Emredenin emrine itibar edilmez. Başkasının malından tasarrufu emr, almayı, atmayı, zarar vermeyi, hibe etmeyi, tasadduk etmeyi vs. gibi tüm tasarruf şekillerini kapsamaktadır. Emredilen kişi emre uyararak bu tasarruflardan birinde bulunduğu tazmin ile sorumludur.

Mala ve cana yönelen her türlü tecavüz de ilk sorumlu bu tecavüzü gerçekleştiren kişi yani faildir. Fiili başkasının emretmiş olması, işleyeni fail konumundan çıkarmaz. Ancak emre'den mücbir veya aldatici (Muğarrir) olduğunda fiilin emre'dene bağlanması mümkün olur.

Fiilin yapılmasını emre'den kişi (âmir), fail üzerinde mücbir bir konumda olursa, diğer bir ifade ile ikrah-ı mülci ile emretmişse fiil âmire bağlanır. Bu ikrah fail'den, başkasının malını telef veya gasp etmek nedeniyle oluşacak cezai yaptırım düşürücüdür. Bununla birlikte hep bu halde dahi tazmin ile ilgili dava, emre uyararak fiili işleyen faile açılır, emre'dene açılmaz. Zararı önce fail tazmin eder; çünkü o mübaşirdir. Emre uyan fail daha sonra emredene dönerek (rücu) tazminat ettiğini ondan ister.

Akıllı ve ergin büyüğün, küçük ve akıl hastası gibi ehliyeti kısıtlı (kasır) kişiye yaptığı emir ikrah sayılmıştır. Sultan'ın bir kişiye bir fiil yapmasını emretmesi ikrah kabul edilmiştir. Bu durumlarda da ikrah altında fiili işleyenler önce zararı tazmin eder, daha sonra emre'den den zararlarını almak için rucu ederler.

Veli'nin emredici konumuna dayanarak çocuktan yapmasını istediği fiilin doğurduğu zarardan dolayı sorumluluğu bulunur. Bu çerçevede bir baba çocuğuna tarlalarında ateş yakmasını emretmiş olsa, bu emre dayanarak yakılan ateş komşunun bahçesine sıçrayıp zarar verse sorumluluk emri veren babaya aittir.

2.3.4.3. İşverenin çalışanın haksız fiilinden sorumluluğu

"Ecir-i hâs" ın elindeki mal emanet hükümlerine tabi olduğundan tecavüz (teaddi) ve kusuru (taksir) olmaksızın tam veya kısmen itlaf olursa tazmin ile yükümlü değildir. Eğer "ecir-i hâs'ın" teaddi ve taksiri bulunursa işverenin zararın tazmini için işçiye rücu etme hakkı bulunur. Bu temel yaklaşımın sonucu olarak zanaatkârların yanında çalışan çırak ve kalfaların veya bir onarım işi alan müteahhitin yanında çalışan vasıflı ve vasıfsız işçilerin verdiği zarardan dolayı zanaatkâr ve müteahhit sorumludur. İşverenin dolaylı sorumluluğunu gerektiren şartları özetlemek gerekirse;

İslam hukukunda işverenin, üçüncü şahıslara karşı işçinin fiilinden sorumluluğu için şu şartlar aranır:

1. İşverenin, başkasına karşı üstlendiği bir ifânın bulunması,
2. İşveren tarafından bu ifanın üçüncü bir şahsa devredilmiş bulunması,
3. İşverenle bu üçüncü şahıs arasında işveren-işçi, usta-çırak ve benzeri şekilde akdi bir münasebetin olması,
4. İfan'ın devri'nin haklı olması,
5. İşçinin işlediği zararlı fiilin, işverenin mesul tutulacak fiillerden olması gerekmektedir. Yani bizzat kendisi yaptığında tazmini gerektirir olması.

Ecir-i müşterek verdiği zarardan kendisi sorumlu olduğu için işverenin onun haksız fiil nedeniyle sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu çerçevede bir kişi bir duvarı yıkması için bir kişiyi kiralar(iste'cere) ve duvardan ayrılan bir taş bir kişiye isabet ederse yaralanma diyetini çalışanın tazmin etmesi gerekir.

2.3.4.4. Hayvanın verdiği zarar sebebiyle sorumluluk

Hayvanların verdiği zarar, eğer herhangi bir insanın teşvik ve yönlendirmesi ile meydana gelmemişse tazmini gerekmeyen bir fiildir. Tazmin sorumluluğu, sahibinin veya görevlisinin ya da kullanıcının rol ve işlevinin tespiti ile yakından ilgilidir. Zarar meydana geldiğinde hayvan kimin sorumluluğunda ise kusur onun kabul edilir ve hayvanın zarar veren fiilinden o sorumlu olur. Bu ilişkiyi tespiti çalışan İslam hukukçuları şu tespitleri yapmışlardır:

- a. Hayvanı gözetleme ve koruma zorunluluğu olmayan durumlarda verdiği zarardan dolayı kimsenin sorumluluğu yoktur.
- b. Hayvanın gözetlenmesi ve korunması zorunlu olan durumlarda verdiği zarar bu ödev ile yükümlü olan kişiye tazmin ettirilir. Bu kişi hayvanın sahibi, görevlisi ve kullanıcısı olabilir.

Bir hayvan ipini kopararak, boynundan çıkararak veya ayağından çözerek bir kişinin şahsına veya malına zarar verirse, sahibinin tazmin sorumluluğu yoktur.

Hayvanın zarar veren fiilinin insanların sevk ve idaresinden kaynaklanması halinde ise bu sevk ve idareyi yapan kişi tazmin ile sorumludur. Örneğin, ata binmiş bir kişi atı bir kişinin ekinin içerisine sürerek ekine zarar verirse ortaya çıkan zararı tazmin ile sorumludur. Çünkü atın binicisi bu durumda mübaşir konumunda değerlendirilir. Bir kişi bir hayvanı ürkütür ve hayvan bu nedenle birine vurursa, ürküten hayvanın bu cinayetini tazminat eder. Çünkü bu durumda kişi hayvanın ürkütmesine sebep olmuştur. Diğer ifade ile müteabbib konumundadır.

2.3.4.5. Eşyanın verdiği zarar sebebiyle sorumluluk

Yapılış hatasından veya tamir edilmeyişi nedeniyle yıpranma sonucunda yıkılıp zarar veren bir yapının verdiği zarardan sahibi sorumludur. Mecelle böyle bir durumda sorumluluğu ikaz şartına bağlanmıştır. Buna göre yapı sahibi, ikaz edilmiş ve tamir için gerekli süre geçtiği halde yapıyı onarmadığı için yıkılıp zarar vermişse oluşan zarardan sorumlu olur.

2.4. Haksız iktisap

2.4.1. Kavramsal çerçeve

Bir kişinin mal varlığında meşru bir sebebe dayanmaksızın meydana gelen artış ifade etmek için günümüz hukukunda haksız iktisap veya sebepsiz zenginleşme terimleri kullanılmaktadır.

Haksız iktisap kavramı, iktisabın meşru bir sebebinin bulunmaması üzerine kurulmuştur. Bu sebep bulunmadan bir kişinin mal varlığında artışının meydana gelmesi hem haksız hem de sebepsiz bir zenginleşmeye gündeme getirir. Örneğin, borçlu olduğu düşüncesiyle ödeme (ifa) yapan bir kişinin borcunun olmadığı ortaya çıkınca, bu işlemi sonucunda, onun malvarlığında azalma karşı tarafın malvarlığında ise haklı bir sebebe dayanmayan bir artış meydana gelmiş olur. Mal varlığında haklı bir sebebe dayanmayan bu artışa haksız iktisap adı verilmektedir. Haksız iktisabın oluşması için önemli olan, istifadenin kusurlu olup olmaması değil, mal varlığındaki artışın meşru bir sebebe dayanmaması, bu artış ve eksilme arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

Akdin kuruluş şartlarındaki eksiklikten dolayı kurulamaması, sıhhat şartlarındaki eksiklik veya fasit şart nedeniyle fasit şekilde kurulması gibi hukuki sebebin geçersiz olması, gerçekleşmemiş olması, sonradan ortadan kalkması, borç olmayan şeyin yanlışlıkla ödenmesi, zenginleşmenin zenginleşenin müdahalesinden doğması, zenginleşmenin umulmadık bir olaydan doğması sebepsiz zenginleşme yollarındandır.

Bir borç kaynağı olarak haksız iktisabı İslam fihkî açısından değerlendirin günümüz İslam hukukçuları iki görüş ortaya koymuşlardır. Birinci görüşü savunanlar İslam hukukunun, bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeye sınırlı bir alan tanıdığı görüşündedirler. Bu yaklaşımı ile İslam hukukunun, sebepsiz zenginleşmeyi, en geniş şekilde borç kaynağı kabul eden Roma hukukundan farklı olarak, sınırlı bir çerçevede borç kaynağı kabul eden İngiliz hukukuna yaklaştığı görüşündedirler. İslam hukukunun borç kaynağı olarak haksız iktisaba sınırlı bir yer verdiğini savunanlar, fuzûlî'nin harcamalarının teberru kabul edilmesinin esas kriter yapmaktadırlar. İkinci grup ise klasik İslam hukukunda haksız iktisabın kaide ve tatbikatının mevcut olduğunu savunmuşlardır. Bu görüşte olanlar İslam hukukçuları tarafından kaideleştirilen ve Mecelle'nin tedvin ettiği "Bila-sebeb-i meşru birinin malını bir kimsenin ahız eylemesi caiz olmaz" kaidelerini haksız iktisap kavramını içerdiğini ifade etmişlerdir.

2.4.2. Şartları

2.4.2.1. Mal varlığında çoğalma (zenginleşme)

Haksız iktisabın oluşması için gerekli şartlardan ilki, taraflardan birinin mal varlığında (mâmelek) çoğalma meydana gelmesi gerekir. Malvarlığı, alacak ve borçların yani aktif ve pasiflerin denkleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan net mâmelektir. Net mal varlığında artış meydana getiren her durum zenginleşme kabul edilir. Bu bakımdan malvarlığının aktifinin artışı da zenginleşmedir, pasifinin azalması da zenginleşmedir. Malvarlığının aktifinin artmasına müspet zenginleşme, pasifinin azalmasını ise menfi zenginleşme adı verilir.

Meşru bir sebep bulunmaksızın menkul ve gayr-i menkul bir malın mülkiyetini kazanma, iş ve hizmet isteme hakkını elde etmek, başkasına ait bir evde oturmak veya işyerini kullanmak, başkasının fiiliyle- başkasının gübrelemesiyle etkinin artması, araziye ziraate elverişli hale getirilmesi gibi- malının değerlendirilmesi malvarlığının aktifinin artması sonucunu doğuran müspet zenginleşme örnekleridir.

2.4.2.2. Mal varlığında azalma (fakirleşme)

Mal varlığında azalma aktifin azalması veya pasifin çoğalması şeklinde olabilir. Sahip olunan mâlî bir kıymetin yitirilmesi aktifin azalmasıdır, bir borç altına girmek ise pasifin çoğalmasıdır.

Zenginleşmenin haksız iktisabın konusu olabilmesi için karşısında bir fakirleşmenin meydana gelmesi gerekir. Bu bağlamda belediyenin yaptığı yatırımlar veya karayollarının inşaa ettiği yol ve köprüler ya da bir kişinin bahçesini güzelleştirmek için yaptığı çalışmalar sonucunda, bu hizmetlerin üretildiği bölgedeki mülklerin veya komşunun evinin değer kazanması halinde haksız iktisaptan söz edilemez.

Hem zenginleşmede hem de fakirleşme de söz konusu malın İslam hukukuna göre'' mal'' statüsünde olması gerekir. İslam hukukunda elde edilmesi, biriktirilmesi ve yararlanılması caiz görülen mallara mütekavvim mal denir. Daha teknik bir tanımla mütekavvim mal, dinin yararlanmayı meşru(mübah) gördüğü, mülk edinme amacıyla ele geçirilmiş(muhrez) ve iktisadi değeri olan şeylerdir. Dinin yararlanmayı mübah kılmayarak değer atfetmediyi mallara ise gayr-i mütekavvim mal adı verilir. Bu mallara leş, domuz, akıtılmış kan vs. gibi şeyler örnek olarak verilebilir.

Haksız iktisap bakımından asıl olan fakirleşmenin meydana gelmesidir. Malvarlığındaki azalmanın, fakirleşenin kendi fiili, zenginleşenin veya üçüncü şahsın fiil sonucu olması arasında bir fark yoktur.

Batı hukuk doktrininde haksız iktisabın gerçekleşmesi için bir tarafın mal varlığındaki artışa karşın diğer tarafın fakirleşmesinin zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre Medeni Hukuku fakirleşmeye zorunlu görünürken, Alman hukuku bunu gerekli görmemektedir. Türk Medeni Hukuku da İsviçre hukukuna uyarak fakirleşmeyi şart kılmıştır.

Haksız iktisabı inceleyen günümüz İslam hukukçularının büyük çoğunluğu fakirleşmeyi haksız iktisabın şartları arasında görmüşlerdir.

2.4.2.3. İlliyet bağı

Haksız iktisap da illiyet bağı, mal varlığındaki artma ve eksilme arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunması, yani bir tarafın mal varlığındaki artışın diğer tarafın mal varlığındaki eksilmenin sonucu ortaya çıkmasıdır. İlliyet bağı hakkında iki görüş ortaya çıkmıştır. Haksız iktisabın oluşması için fakirleşmeye şart koşanlar illiyet bağının doğrudan olması gerektiğini kabul ederler. Fakirleşmeye şart koşmayanlar ise illiyet bağının zenginleşmeyi sağlayan olay ile zenginleşme arasında aranması gerektiğini söylerler.

İlliyet bağının doğrudan ve dolaylı oluşuna şu örnekler verilebilir: Bir satım akdinde müşteri malı kendi adını değil, hataen başkası adına tescil ettirmişse müşterinin malvarlığının azalması ile üçüncü kişinin artan mal varlığı arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmaktadır. Dolaylı illiyet ise, zenginleşen kişinin üçüncü bir kişi ile kurduğu bir hukuki işlem sonucunda bir kişinin mal varlığını da azalma meydana gelmesidir.

2.4.2.4. Haklı bir sebebin bulunmaması

Haksız iktisaptan söz edebilmemiz için gereken şartlardan biri de zenginleşmenin haklı/ hukuki bir sebebinin bulunmamasıdır. Haklı bir sebep bulunmayan her durumda mal varlığında meydana gelen zenginleşmenin haksız bir sebebe dayandığı kabul edilir. Çünkü gerçek anlamda sebepsiz bir zenginleşme düşünülemez. Burada sebepsizlikten kasıt hukuki meşru bir sebebin bulunmamasıdır. Bu itibarla meşru bir iktisap sebebine dayanan zenginleşme haksız sayılmaz. Bu zenginleşme diğer tarafın malvarlığında azalmaya yol açsa dahi... Örneğin, malını hibe eden kişinin mal varlığında azalma, hibe edilen kişinin mal varlığında ise artma meydana gelir. Ancak bu zenginleşme meşru bir sebebe(hibe) dayanmaktadır. Bakım nafakası hakkına sahip olan eş ve çocukların mal varlığında bu hakları nedeniyle meydana gelen artış da haksız iktisap değildir.

2.4.3. Haksız iktisabın oluştuğu başlıca durumlar

2.4.3.1. Borç olmayanın ödenmesi durumu

Bir fiil zanna dayalı olarak işlenir ve daha sonra bu zanna dayalı fiilin şer'i bir hükme muhalif olduğu ortaya çıkarsa zanna itibar edilmez. Yani kişi bir fiili veya hakkı zan üzerine kurduktan sonra zannının hatalı olduğu ortaya çıkarsa, bu zanna dayalı hak ve fiil de batıl olur. Bir kimsenin malını başkasına vermesinde ise genellikle bir borcunu ifa etme zannı bulunur. Borcunun bulunmaması halinde bu zannında yanlışlığı ortaya çıkar ve buna bağlı olarak da ödemenin sebepsiz yapıldığı anlaşılmış olur. Sebepsiz ödemeyi alan kişi iade borcu ile yükümlü olur.

Borç olmayan bir şeyi ödeme hata (yanılarak), meşru olmayan, gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir sebeple yapılan ödemeleri kapsar.

a. Hata ile ödeme

Hata ile ödemek borç olmayanın ödemesidir. Bir kişinin borcu olduğu zanlı ile herhangi bir ödemede bulunduktan sonra borcunun olmadığını ortaya çıkmasıdır. Bir satıcıdan mal satın alıp bedelini deftere yazdıran kişi, bir süre sonra ödeme yapmak için satıcının borcunu toplamasın ister. Satıcı bin lira olan borcu yanlışlıkla 2000 lira olarak toplar ve müşteri bunu ödedikten sonra yanlış hesap yapıldığını ve hatta ile 1000 lira fazla ödeme yaptığı ortaya çıkarsa, bu durum, hatta ile ödediğini geri istemesine engel değildir.

Bir borca kefil olan kişi, kefaletinin gereği olarak borcu ödedikten sonra asıl borçlunun borcu daha önce ödediği ortaya çıkarsa ,kefilin ödediği malı geri talep etme hakkı ortaya çıkar.

b. Meşru olmayan sebep ile ödeme

Borç olmayan şeyin ödenmesinin diğer bir şekli meşru olmayan bir nedenle ödeme yapılmış olmasıdır. Örneğin, rüşvet olarak verilen bir mal ile bir taraf fakirleşirken diğer taraf zenginleşmekte fakat ödeme sebebi meşru değildir. Burada zenginleşenin malvarlığında meydana gelen artış haksız zenginleşme kapsamındadır. Malvarlığında meydana gelen artışın iadesi edilmesi gerekir. Ayrıca hukukullah kabul edilen kamu düzenine verilen zarardan dolayı ta'zir cezası gerekli olur. Hadd cezası gerektiren suçlar üzerinde bir miktar maddi bedel ile yapılan sulh ile mal varlığında meydana gelen çoğalma da haksız iktisaptır. Çünkü hadler Hukukullah kapsamından olup üzerinde sulh yapılması caiz değildir.

c. Gerçekleşmemiş sebep ile ödeme

Gerçekleşmemiş bir sebebe dayalı yapılan ödeme ile ortaya çıkan haksız iktisab, kurulması düşünülen bir akit için yapılan peşin ödemeler veya süreli akitler için yapılan peşin ödemeler şeklindedir. Bu türe klasik fıkıh literatüründen şu örnekler verilebilir. Kadına mehir olarak bir miktar mal verildiği halde tarafların evlenmekten vazgeçmesi nedeniyle nikâh akdinin kurulmaması, düğünde yemek pişirmesi için aşçı ile icâre akdi yapıldıktan sonra gelin ve damadın ve vefatı ile düğünün yapılamaması, ağrıyan dişin çekilmesi için dişçi tutulduktan sonra dişin kendiliğinden iyileşmesi gibi... Bu durumlarda iktisap sebebi gerçekleşmediği için verilen iadesi gerekir. İcâre gibi sürekli akitlerde ise, peşin para ödenmişse ve süre dolmadan akdin konusunda istifadeyi imkânsızlaştıran bir durum nedeniyle akit feshedildiği zaman kiracının verdiği ücretin kalan kısmını talep hakkı doğar.

Borç sebebinin ortadan kalkmasına ise şu örneği verebiliriz. Gâsıb, gasp ettiği malda meydana getirdiği kusuru tazmin etmek için bir ödemede bulunduktan sonra gasp edilmiş malda kusur kendiliğinden ortadan kalkarsa, gâsıbın ödediği miktarı geri isteme hakkı doğar.

2.4.3.2. Takdiri karşılık(ecri-i misil, ta'viz-i misil)

Bir mal, hizmet ve menfaatin bedeli iki şekilde tespit edilir. İlki, mal, hizmet ve menfaatin bedelinin iradi bir hukuki işlem ile yani akit ile tespit edilmesidir. Bu şekilde belirlenen bedele satım akdinde "semen-i müsemma", kira ve hizmet akdinde "ecr-i müsemma", nikah akdinde "meh-ri müsemma" adı verilir. İkinci yol ise, söz konusu mal, hizmet ve menfaatin bedelinin akitte zikir edilmemiş olması veya bunlardan akitsiz olarak veya akdin süresi geçtikten sonra veya akdin fasit akit ile istifade edilmiş olması halinde mali değerinin tespit ve takdir edilmesidir. Bu değer söz konusu mal, hizmet ve menfaatin piyasa değerine göre tespit ve takdir edilir. Satım akdinde tespit edilen bu bedele "semen-i misil", kira ve hizmet akdinin de "ecr-i misil" ve nikah akdinde "mehr-i misil" adı verilir,

İslam hukukunda üç durumda takdiri bir bedel ile haksız iktisabın önüne geçilir.

a. Zımnî akit ile zararı giderme düşüncesi:

Mecelle, teati yoluyla icâre akdinin kurulabileceğini ifade ettikten sonra bu yol ile iskele kayığına ve kiralık beygire(araç), binildiğinde ücreti belirli ise bu ücreti; belirli değil ise ecr-i misilin ifasının lazım geldiğini kanunlaştırmıştır. Bu işlemde ücreti konuşmadan araçları kullanan kişi ile bu araçları çalıştıran kişi arasında zımnî bir akit olduğu varsayıldığında iki durum ortaya çıkar. Ya araçları çalıştıran bu hizmeti teberru olarak yerine getirmiştir veya araca binen haksız olarak ücret vermemiştir. Bu hizmetlerin teberru şeklinde yürütülmesi yaygın olmadığına göre, ücretsiz olarak araca binenin taşıma hizmeti veren karşısında mal varlığının sebepsiz olarak artmaması için zımnî bir akdin bulunduğu var sayılmak durumundadır. Bu zımnî akit sayesinde taşıma hizmeti veren ecr-i misil talebinde bulunmayı hak eder. Ancak bu zımnî akit zayıf kaldığından dolayı haksız iktisap kavramı ile zımnî akdi desteklemek gerekmektedir.

b. Süreli akitlerde zararı giderme düşüncesi

Uygulanması belirli bir süre yayılmış olan icâre gibi akitlerde bazen belirlenen süre sonunda akdinin derhal sonlandırılması halinde taraflardan birinin ciddi bir zararı söz konusu olur. Bu durumda akit ile kurulan ilişki

bir süre daha devam ettirilir. Bu süre boyunca kiralayan(müste'cir) akdin konusundan istifade eder, kira verilen ise ecr'I misle hak sahibi olur. Bu işlemde akit uzatılmış gibi gözüksede esasen zararı giderme zorunluluğu uzatmayı temin etmektedir. Örneğin, bir araziye ziraat için kiralayan kişinin kira (icâre) süresi bittiğinde ürün henüz hasat edilmeye uygun hale gelmemişse rayiç bedel(ecr-i misil) ile hasat zamanına kadar kiracının (müste'cir) elinde bırakılır.

Hanefi hukukçular kıyasa göre akit bittiğinde veya zaten bağlayıcı(lazım) olmadığı için fesih hakkı sahibinin dilemesi halinde sonlanması gereken akitleri istihsan delili ile zararı önleme amacıyla uzatmaya cevaz vermişlerdir. Bu uzatma ile birlikte ecr-i misil tespit edilmezse kira veya ariyet ile başkasının malını elinde bulunduranlar akit sona erdiği halde hiçbir ücret ödeyeceklerdir.

c. Tashihi mümkün olmayan fasit akitlerde zararı giderme düşüncesi

Hanefi hukukçular fasit ve batıl akitleri birbirinden ayırmışlardır. Batıl akitler hiç kurulmamış sayılmış ve amaçlanan hukuki sonuçlar doğurmayacağı ifade edilmiştir. Akdin aslında olmasa da vafında eksiklik bulunan akitleri ise fasit akit saymışlar ve fasit şartların giderilmesi halinde akdin sahih olacağını kabul etmişlerdir. Ancak icâre ve şirket akdi gibi fasit olarak kurulduğunda tashih edilmesi mümkün olmayan akitlerin feshine hükmedilir. Muzâraa ve mudârebe şirketleri-ki emek sermaye şirketleridir, fasit olarak kurulmuş olduğunda şirkete emeği ile katılan kişiye ecr-i misil verilir. Bir süresi belirlenmiş bir hizmet akdi(icâre) yapılarak bir hocadan öğrenciye ders aldırılma hizmet sunmak için hoca hazır bulunduğundan öğrenci ders alsın almasın ücrete hak sahibi olur. Ancak icâre süresi belirlenmemişse akit fasit olarak kurulmuş olur. Bu durumda öğrenci ders alırsa hoca ücrete hak sahibi olur, ders almazsa hak sahibi olmaz. İcâre akdi sahip olarak kurulduktan sonra daha yüksek ücret teklifi sebebiyle kiraya veren (âcir) akti feshedemez.

2.4.3.3. Karışma veya birleşme

İki ayrı mâlikin malının ayrılmayacak veya ayrılması büyük zorluk ve zarara sebebiyet verecek şekilde karışması veya birleşmesi mülkiyeti intikal sebepleri arasında yer alır.

Malların birbirine karışması ve birleşmesiyle meydana gelen haksız iktisab, doğal olaylar sebebiyle ortaya çıkabileceği gibi zenginleşenin kendi fiili veya üçüncü kişinin fiili ile de meydana gelmiş olabilir.

Malların doğal afetler sonucu birleşmesine Mecelle'nin verdiği, bir dağın yamacındaki iki bahçeden üstte olanın altta olanın üzerine kaymasını örnek verebiliriz .Herhangi bir kasıt olmaksızın meydana gelen bu olayda üstteki bahçenin aşağıya kaymasıyla taraflardan birinin mülkü elinden çıkmaktadır. Bu sorun, bahçelerin birleşmeden önceki kıymetleri esas alınarak değeri fazla olan bahçenin sahibinin az olanın bedelini ödeyerek tazmin etmesi ile çözüme kavuşturulur.

Zenginleşenin kendi fiili veya üçüncü kişinin fiili ile meydana gelen karışma ve birleşmeye ise gâsıbın gasp ettiği bezi kendi malına ilave ederek boyamasını örnek verebiliriz.

Bu konuyu ele alan Şafii ve Hanbeli hukukçuları mal sahibi ile gasp edenin mallarının kıymeti oranında ortak olduklarını ve mal satıldığında buna göre hisselerini alacaklarını düşünmüşlerdir. Ancak bu değişiklik ile malın değeri artmış ise fazla değer mal sahibinindir. Eğer değeri azalmış ise, eksiklik gasp eden tarafına kaydedilir ve onun tarafından tazmin edilir.

Maliki ve Hanefi mezhepleri ise, gâsıbın kendi isteği ile gasp ettiği malda değişiklik yapması durumunda mal sahibini muhayyer saymışlardır. Malı gasp edilen kişi, dilerse malın kıymetini tazmin ettirir, dilerse gâsıbın meydana getirdiği ilave değeri tazmin ederek malını alır. Mal sahibinin gâsıba yaptığı bu ödeme, hukuki bir sebebe dayanmaksızın gâsıp tarafından malda meydana getirilen çoğalmanın tazmini içindir.

Gasp edilmiş bir araziye ağaç dikilmiş olması veya bina inşa edilmiş olması, bir anlaşma olmadan başkasına ait araziye hububat ekilmesi de karışma ve birleşme hallerine örnek olarak verilebilir. Hanefi içtihadına göre gasp edenin gasp edip ağaç diktiği veya bina inşa ettiği araziye bunlardan temizleyerek iade etmesi gerekir. Ağaç ve binanın değeri arazinin değerinden fazla ise ve meşru bir sebep zanlıyla (örneğin miras kaldığı düşüncesiyle) bu

işler yapılmışsa bina veya ağaç sahibi arazinin bedelini ödeyerek araziye sahip olur. İzinsiz olarak araziye hububat ekilmesi halinde ise, Hanefilere göre arazi gasp sayılır ve arazi sahibi ekinin sökülerek arazinin kendisine teslimini ister, eğer ekin arazinin kıymetini düşürmüştse meydana gelen eksilmeyi tazmin ettirir. Cumhura göre ise, mahsul toprak sahibinindir, karşı tarafa masraf ve emeğinin bedelini öder. Arazi sahibi ekim ile hasat arasında geçen sürede toprağı kiraya verdiğini kabul ederse kira bedelini alır, ürün ekene ait olur.

2.4.3.4. Başkası adına zarurettten yapılan ödeme

Bir kimsenin kendisine veya başkasına yönelen bir zararı gidermek için başkası adına yaptığı zorunlu harcamalar İslam fıkına göre fuzulî'nin teberru sayılan işlemlerinin dışında değerlendirilmiştir.

Zorunlu olarak ödeme yapan ise teberru olarak yapılmış kabul edilmez. Başkası adına zarurettten yapılan ödemeler, mahkeme izni şartıyla ortak malın yararı için yapılanlar, taksim'i mümkün olmayan gay-ri menkul için ortağın yaptığı zaruri harcamalar ve başkasının telef olan malını kurtarmak için yaptığı ve örfen ücretli olan işlerde yapılan harcamalar teberru kabul edilmez. Örneğin, bir kişi babasının borcunu ödeyerek bu borç karşılığında rehnedilmiş malını kurtarırsa, gönüllü ödeme yapmış(müteberri') sayılmaz. Çünkü bütün borcu ödemedi mülküne ulaşması mümkün değildir. Bu nedenle mecbur kalmış (muztar) kabul edilir. Ayrıca delalet yoluyla babası tarafından ödeme yapılması emredilmiş sayılır. Bu nedenle yaptığı tüm ödeme miktarını talep ile babasına rücû edebilir.

2.4.4. Haksız iktisabın hükümleri

Haksız iktisabın temel hükmü, fakirleşen mamelikinden çıkan malın iadesini talep hakkının bulunması ve zenginleşenin de aldığı malı iade etme yükümlülüğüdür. Haksız iktisap edilen malın türüne göre iade tarzı değişecektir. Bu mal aynı bir mal veya misli bir mal olabilir. Aynı bir mal olduğunda mütekavvim olması ve misli bir mal olduğunda semen(satış bedeli) olmaya uygun olması gerekir. Menfaatin durumu ise mezhepler arasında tartışmalıdır. Mâliki, Şâfi ve Hanbeli mezhepleri bakımından menfaat, mütekavvim mal kabul ettikleri için haksız iktisap halinde değerinin iadesi bakımından dikkate almışlardır. Hanefiler başlangıçta menfaati mal kabul etmemişlerdir. Daha sonraki Hanefi fakihler, yetim, vakıf ve kira için hazırlanan malların menfaatlerini diğer menfaatlardan ayırarak mal kabul etmişlerdir. Sebepsiz olarak mütekavvim bir mal iktisap eden kişinin söz konusu aynı malı iade etmesi gerekir. Eğer bu mal telef olmuşsa para cinsinden belirlenen kıymetinin ödenmesi gerekir. Sebepsiz iktisabın konusu nakit veya misli bir mal ise, zimmet ile sorumlu olunan deyn borcu ortaya çıkmıştır.

Haksız iktisabın konusu yararlanılan bir hizmet veya menfaat olduğunda, bu hizmet ve menfaatin piyasada para cinsinden belirlenmiş değeri ödenir. İslam fıkında yapılan bu işleme "ecr-i misil" adını verirler. Haksız iktisabın konusu zilyetlik olduğunda zilyetliğin fakirleşene geçirilmesi yoluyla sebepsiz zenginliğin iadesi sağlanmış olur.

Haksız iktisabın giderilmesinde zenginleşenin niyeti dikkate alınır. İktisap zamanında veya iktisaptan sonra mal varlığında oluşan fazlalığın geçerli bir sebebe dayanmadığını bilmeyen kişi iyi niyetli kabul edilir. Bu durumlar hakkında bilgisi olan kişi ise kötü niyetli kabul edilir.

2.5. Kanun

Esasen bir fiil ve olayın hukuki sonuç doğurması, borçlar hukuku bakımından ise borç oluşturması kanun koyucunun himaye ve onayına dayanmaktadır. Bununla birlikte daha yakın sebep borç kaynağı olarak tespit edilmektedir. Kimi durumlarda ise yakın sebep doğrudan kanunun kendisidir.

İslam fıkında kanunun doğrudan borç kaynağı olduğu durumlardan bir kısmı kamu hukuku mükellefiyetleri kapsamındadır. Bir kısmı ise hususi hukuk mükellefiyetleri türündendir. Kamu hukuku bakımından devletin belirli niteliklere sahip uyruklarına yüklediği mali yükümlülükler vardır. Bu yükümlülükler vatandaşlık ilişkisinden doğan mali nitelikli borçlar niteliğindedir. Müslümanların ödediği zekât ve öşür, gayrimüslimlerin ödediği cizye ve haraç bu tür borçlardandır.

Kanundan doğan hususi hukuk borçları ise, eş nafakası, altsoy ve üstsoy bakım nafakası, hısımlık nafakası ve iddet nafakası türü mali yükümlülükler ile, veli, vâsi ve kayyımın mali yükümlülükleri türüdür.

3. Borcun hükmü

Borcun hükmü borç ilişkisinin doğurduğu edimi yerine getirmektir. Borç ilişkisinin sonuncu olan dedim ise, “verme”, “yapma” ve “yapmama” edimi olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

Esas olan borcun aslının ifâsıdır. Aslın ifâsına İstanbul hukukunda “eda” adı verilir. Borcun aslı değil bedelini ifâye ise İslam hukukçuları “kaza” adını vermişlerdir. Kaza yoluyla yapılan ifâ, misli eşya borçlarında akdin konusunun mislini ödemek şeklinde olursa tam (kâmil); kıyemi malların para ve mal cinsinden kıymetinin ödenmesi halinde ise eksik ne (nâkıs) kaza adını alır.

Günümüz İslam hukukçuları da konuyu bu çerçevede işleme eğilimi göstermektedirler. Bir borcun mislini veya kıymetini tazmin dolaylı ifâdır. Aynen ifânın gerçekleşmediği durumlarda alacaklının zararı, maldan yararlanmayışı yani menfaati yitirmesi veya gecikmesi nedeniyle uğradığı zarardır. Menfaati mal kabul etmeyen klasik Hanefî içtihadı, gasbedene menfaat temin eden gasp durumlarında menfaatin tazminini kabul etmemişlerdir. Cumhur hukukçular ile sonraki dönem Hanefiler menfaati de mal kapsamında görüp tazminini gerekli görmüşlerdir. Dolaylı ifânın gündeme getirdiği ikinci konu olan gecikmenin tazminine ise İslam hukukçuları olumlu yaklaşmamışlardır. Ifânın gecikmesi nedeniyle kişinin uğradığı zararı, kesin değil muhtemel bir zarar kabul etmişler ve muhtemel zararın tazminini gerekli görmemişlerdir. Gecikmenin mali bir bedel ile ta’viz edilmesini faiz olarak görmüşlerdir. Bununla birlikte borcunu geciktiren borçlunun, önceden zorunlu kılınmamış olması şartıyla, ilave bir bedel ödemesinin caiz olduğunu kabul etmişlerdir.

Borcun ifâsından kaçınan borçluya uygulanacak yaptırım da borcun hükmü kapsamında ele alınmalıdır. İslam hukukçuları borcunu ifâ etmeyen borçluları ödeme gücü bakımından sahip oldukları duruma göre ikiye ayırırlar. Bu bir bakıma iyi niyetli ve kötü niyetli borçlu ayrımı niteliğindedir. Borcunu ödeme imkânından yoksun iyi niyetli borçluya ilgili nass sebebiyle (Bakara, 2/280) süre tanınması gerektiğini ve bu kişinin borcu ödemeye zorlamak için hapsedilmesinin caiz olmadığına ittifak etmişlerdir. Ödeme gücü bulunduğu halde borcu ifâdan kaçınmaya “temerrüd” adı verilir. Temerrütte bulunan kötü niyetli borçlunun ifâyâ zorlanması İslam hukukçularının yaygın kanaatidir. Zâhiriler, Leys ve Ömer Bin Abdülaziz gibi bir kısım hukukçular kötü niyetli borçlunun hapsedilmeyeceği kanaatindedirler. Ancak cumhur ulema, kötü niyetli borçluyu ifâyâ zorlamak için hapsedmek caizdir. İyi niyetli borçlu ödeme imkânından yoksun olduğunu mahkeme nezdinde ıspatlamadan hapsedilmekten kurtulamaz.

Alacaklının dava açma hakkı yanında borçluyu takip ederek malını bulunduğu yerde el koyma hakkı da tanınmıştır. Ebu Hanîfe’ye göre borçlu yoksul da olsa alacaklının bu hakkı vardır. Mâlik, Şâfiî ve Züfer, borcun şahsı değil malını bağladığı gerekçesiyle yoksul borçluyu takip etmenin caiz olmadığını söylemişlerdir.

Borcun hükmü kapsamında ele alınan hususlardan bir diğeri, borçlunun vadeli alacağını ifâ süresini aşan bir yolculuğa kefil veya rehin bir mal bırakmaksızın çıkmak istediğinde mahkeme kararı ile engellenip engellenmeyeceği ususudur.

Şâfiî, vadesi gelmemiş bir borcu talep hakkının bulunmadığını, bunun için kefil istenemeyeceğini ve kefil gösterilmediğinde borçluyu seyahata çıkmaktan alıkoyma hakkı’nın da bulunmadığı görüşündedir. Mâlik, İbni Hanbel ve bir kısım Şâfiilere göre, boşluğunun geri dönüşünden önce borcun ifâ zamanı geliyorsa, borcu için varlıklı bir kefil veya rehin bir mal bırakmayan borçlunun seyahate çıkmasının mahkeme kararı ile kısıtlanabileceği görüşündedirler. Hanefiler, borçlunun seyahatten men edilemeyeceğini ancak alacaklının borçluyu takip edebileceğini söylemişlerdir. Ebu Yusuf, zevcenin bir aylık nafakası için seyahate çıkan kocadan kefil isteyebileceğini istihsanen ileri sürmüş, Hanefilerde bu meselede böyle fetva vermişlerdir. Daha sonraki Hanefiler, alacaklıyı takip hakkının doğurduğu külfeti dikkate alarak Ebu Yusuf’un yaklaşımını genelleştirmiştir.

Borcun cebri icra yolu ile satılarak ifâsı da borcun hükümlerinden bir diğeridir. İslam hukukçularının çoğunluğu cebri icra yolunu kabul etmişlerdir. Ebu Hanife ise cebri icra yolu ile borcun tahsilini kabul etmemiştir. Cebri icra işleminde öncelikle menkul mallar satılarak borç tahsil edilir.

4. Borcun sona erme şekilleri

Borcu sona erdiren başlıca şekiller şunlardır:

4.1.ifâ

Borcun sona ermesinin asıl şekli ifâdır. İfâ ile ilgili bilgiler borcun hükmü başlığı altında verildiği için burada tekrar etmiyoruz.

4.2.Akdin feshi

Akdin herhangi bir nedenle feshi halinde taraflar akitten önceki duruma geri döndüklerinden aralarında borç ilişkisi sona ermektedir. Bu nedenle de akde bağlı borç da sona ermektedir. Tek taraflı fesih hakkı bulunan âriyet, vedia, karz, rehin, şirket gibi akitlerde fesih ile tarafların borcu sona erer. İki taraflı bağlayıcı olan satım ve kira akitleri gibi akitlerde ise taraflar anlaşarak akdi feshettiklerinde borçları sona erer. Bu işleme “ikâle” adı verilir. İkâle taraftar açısından fesih, üçüncü şahıs bakımından ise yeni bir akit kabul edilir.

4.3. ifânın imkânsızlaşması

Borç ilişkisi ile üstlenilen edimin ifâsının imkânsız bir hal alması, diğer bir ifade ile akdin konusunun zayi ve imkânsız olması halinde akit bozulur(infisah).Düğünde yemek pişirmek için kendisiyle anlaşma yapıp peşin ödeme yapılan aşçı, damat ve gelinin ölmesi nedeniyle düğün yapılamaz hale geldiğinde, yemek pişirmeye zorlanamaz, ancak peşin aldığını iade etmesi gerekir. Akdin konusunun sahibinin kusuru sebebiyle telef olması ile doğal bir afet ile telef olması arasında fark yoktur. Her iki halde de daha önce alınmış olan bedeli iadesi gerekli olur.

4.4. Borcun yenilenmesi(tecdîd)

Tarafların borç doğuran akdi karşılıklı rıza ile feshedip kurdukları başka bir akitle borcu yenileyebilirler. Bu işlem ile ilk akit ile sabit olan borç sona erer, ikinci aktin gerekli kıldığı borç yeni bir borç olarak doğar. Bu nedenle birinci akit ile oluşan borç kefalet akdine bağlanmışsa bu akdin sona ermesi ile ona bağlı kefalet de sona erer. Bu yeni akit ile yeni bir pazarlık yapılmış, borcun cinsi ve miktarı değiştirilmiş veya farklı bir vade tespit edilmişse artık geçerli olan borç budur. Bir akdin doğurduğu bütün borç yükümlülükleri sona ermiş olur. Bu yapılan işlem borcun yenilenmesi yani tecdididir.

4.5. Takas

Takas tarafların karşılıklı mahsuplaşmalarıdır. Bu işlemde her taraf diğerindeki alacağını borcuna saydırır. Takas düşük olan borç oranınca yapılır. Bunun sonucunda borcu az olanın borcu sona erer, borcu daha çok olanın ise borcu bu oranda azalmış olur. Cins,vasıf ve vade bakımından aynı olan borçlar karşı tarafın rızası aranmaksızın takas edilebilir. X kişisinden bin lira alacağı olan kişi, başka bir nedenle aynı kişiye bin lira borç lansa bu kişinin rızası olmadan borç ve alacağını takas edebilir. Her iki tarafın elinde emanet olarak bulunan mallar sebebiyle oluşan borçtan dolayı takas yapılmaz. Çünkü emanet akdi aynı akitlerdendir.

4.6. İbra

İbrâ, alacaklının tek taraflı olarak borçlusundaki alacağından ve haklarından vazgeçmesidir. İbrâ eden kimseye “mübri”,ibra edilen kimseye “mübre” ve ibranın konusu olan hak ve borca “mübreün minh” denilir.

Mecelle İbrâyı ikiye ayırmaktadır. Bir kişinin alacağını teslim aldığını ve borçludan bir alacağı kalmadığını itiraf etmesine “ibrâ-i istiyya”; bir kimsenin başka bir kişide ki hakkının bir miktarını veya tamamını düşürerek onu borçtan beri kılmasına ise “ibrâ-i iskat” adını vermektedir. Bir kimseyi belirli bir borçtan ibrâ etmeye “ibrâ-i hâs” bütün borçlarını düşürmeye ise “ibrâ-i âmm” adını vermektedir.

İbrânın hukuki mahiyeti İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hanbeli hukukçular ile Şâfiilerin tercih edilen görüşüne göre ibrâ bir hakkı düşürme yani iskatır. Bu nedenle iskat diğer nitelikli işlemler gibi tek taraflı irade ile kurulur. Mâlikilerin kuvvetli görüşüyle Hanefilerden Züfer'e göre ise ibrâ bir hibe ektir.

Bu bakımdan kuruluşu borçlunun kabulüne bağlıdır. Hanefilerin üstün tutulan içtihadına göre ise ibrâ ilke olarak ıskat türünden olsa da borçlunun reddi muteber olup reddetmesi halinde ibrâ meydana gelmiş olmaz.

Genel sözü tasarruflarda olduğu gibi ibrâda da borcu ibrâ edenin rızası gereklidir. Bu bakımdan mülci ve gayr-i mülci ikrah altında yapılan ibrâ sahih değildir. İbrâ teberru niteliğinde olduğu için ibrâda bulunanın eda ehliyetine(fiil ehliyeti) sahip olması gerekir.” Bütün borçlarımı ibrâ ettim, kimse de hakkım yoktur” genel bir ifade muteber değildir. İbrâ edilen hakkın meçhul/ bilinmemesi olması durumunda Şâfiî ibrânın muteber olmadığını, Ebu Hanife muhteber olduğu görüşündedir. İbni Hanbel ise ibrânın sahih olması için ibrâya konu hakları bilme imkanının bulunmaması gerektiğini şart koşturmaktadır.

Bir akde bağlı olarak ve onun içinde yapılan ibrânın sıhhati bu akdin sıhhatine bağlıdır. Bu akdin fesadı halinde ibrânın işlerliği söz konusu olamaz.

4.7. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi

Aralarında borç ilişkisi bulunan kişilerden biri vefat edip diğerinin ona mirasçı olması durumunda alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olur. Örneğin, borçlusu olduğu amcasına varis olan bir kişinin borcu miras hissesi miktarı kadar sona erer. Bu durumda eğer borçlu kefil göstermişse kefilin de kefaletten kaynaklanan borcu bu miktarda sona erer.

4.8. Zamanaşımı (mürûruzaman)

Zamanaşımı, zilyetlik karinesi ile bir hakkın kazanılmasını ve dava etmeye engel olması bakımından bir hakkın sona ermesine yol açan süredir. Zamanaşımı ile bir hakkın kazanılması ve yitirilmesinin sebebi oluşu, hukuk doktrininde şu gerekçelere dayandırılmıştır:

- a. Uzun bir süre geçtiği halde hak iddiasında bulunmamak haktan vazgeçildiği, düşürülmek istendiği veya böyle bir hakkın bulunmadığı anlamına gelebilir.
- b. Borcunu ödemiş olan borçlu aradan geçen uzun zaman nedeniyle yaptığı ödemeyi ispatlayacak belgeleri imha etmiş olabilir veya olayın tanıkları ölmüş olabilir. Bbu nedenle zamanaşımı gerekçesiyle yapacağı defi’de haklı olabilir.
- c. Dava hakkının zaman ile sınırlandırılması bazı hak kayıplarına yol açabilirse de, hak sahibinin yıllarca dava yoluna başvurarak hakkına sahip çıkmaması bir taksirdir. Bu taksiri nedeniyle bu sonuca katlanır.

İslam fıkıhında başlangıçta gerek iktisabi gerekse iskâtî şekliyle zaman aşımından söz edilmemiştir. İlke olarak zamanaşımı mülkiyet kazandırıcı meşru bir sebep kabul edilmemiş olmakla birlikte, Mâlikî ve Hanefî hukukçular zaman aşımının(tekadüm) hak talebi davasının düşmesinde dikkate alınacağını kabul etmişlerdir. Uzun bir süre bir malı mâlik gibi kullanan kişinin bu durumunun lehine bir delil olarak değerlendirilmesini kabul etmişlerdir.

İslam ceza hukukunda zamanaşımı cumhur tarafından kabul edilmemiş, Hanefiler ise oldukça sınırlı bir çerçevede hak düşürücü(iskâtî) etkisini kabul etmişlerdir. Aynı ve şahsi hak davalarında ise Şâfiî ve Hanbelî hukukçular zamanaşımını kabul etmezler. Hanefî ve Mâlikî hukukçular bu davalarda zamanaşımı kabul etmişlerdir. Bu iki mezhebin kurucu imamı zaman aşımı için herhangi bir süre tespit etmeyip konuyu örf bırakmışlardır. Ancak sonraki dönem Mâlikî hukukçular zamanaşımını, gayr-i menkullerde on, menkul davalarda ise iki veya üç yıl olarak belirlemişlerdir. Hanefî hukukçular ise, hakkın konusuna göre bir aydan otuz altı yıla kadar değişen zamanaşımı süreleri belirlemişlerdir.

Mecelle’de, şuf’a davalarında zamanaşımı bir ay; göçmenlere tahsis edilen miri arazide iki yıl; miri arazide tasarruf davaları, bu araziye bağlı irtifak hakları için on yıl kabul edilmiştir. Alacak (deyn), emanet(vedia), ödünç(âriyet), mülk ve miras taşınmazları(gayr-i menkul) ile vakfedilmiş akarların mukataa ve icâreteyn ile tasarrufları ile ilgili davalar veya vakfın tevliyet ve gelirleri ile ilgili davalar, mülk menkule bağlı irtifak hakları, miras davaları, zevce dışındaki kadınların nafaka davaları için geçerli zamanaşımı süresi on beş yıl olarak belirlenmiştir. Vakfın aslı ve vakıf taşınmazlar ile ilgili irtifaklar için otuz altı yıllık bir süre benimsemiştir.

Mecelle’de zaman aşımının ancak özürsüz olarak geçen zamana tatbik edileceği kabul edilmiştir. Mazeret kabul edilen hallerde ise zamanaşımı durdurulur .Bu çerçevede davacının dava etmesini engelleyen kısıtlılığı, gaipliği, ikrah altında oluşu, acizliği, hak sahibi olduğunu bilmemesi veya hak talebinin yasaklanması gibi nedenler mazeret sayılmıştır. İslam hukukunda zamanaşımı nedeniyle dava edilemeyen haklar kazaen takibi mümkün değilse de diyanet borcu olmaya devam ederler. Bu nedenle zaman aşımından sonra borçlu hâkim huzurunda borcunu itiraf ettiğinde kazaen de îfâ ile sorumlu tutulur. Çünkü ikrar ile sabit olan mâli haklar da zamanaşımı tatbik edilmez.

5. Borcun intikali

Borç ve alacağın intikali, ölüm sebebiyle intikal ve yaşayanlar arasında intikal şeklinde iki grupta ele alınabilir. Ölüm sebebiyle borçların intikalinde borç terikeye intikal etmekte ve borçların ödenmesinden sonra mal vârislere geçmektedir. Mirastaki payları oranınca aralarında taksim edilmektedir. Bu şekliyle borçların intikali miras hukukunu ilgilendirmektedir. Vasiyet de ölüm sebebiyle borç intikalinin bir türlü sayılabilir. Çünkü vasiyet ölüme bağlı bir bağıştır ve ölüm ile birlikte yürürlük kazanır.

Yaşayanlar arasında intikal ise alacakların intikali ve borçların intikali şeklinde iki kısımdır. Alacakların intikaline’’ alacağın temliki’’ borçlarının nakline ‘’borcun intikali’’ adı verilmektedir.

5.1. Alacağın temliki (alacağın devri)

Alacağın temliki hukuki bir işleme dayalı olarak bütün hak ve vecibeleri ile birlikte bir alacağın alacaklıdan başka bir kişiye devredilmesidir. İslam Hukuku alacağın üç kişiye devri konusunu alacağın satılması ve hibesi çerçevesinde ele almıştır. Alacağın borçluya satılması, tarafların alacağın konusunu değiştirmeleri şeklinde gerçekleşmektedir ki buna’’ istibdal veya îfâ yerine geçen eda’’ adı verilmektedir.Örneğin, bir borç ilişkisi sonucunda yüz bin lira borçlanan bir kişi, ifade edilen para yerine alacaklı ile anlaşarak borcu karşılığında bir dükkânını vermek üzere anlaşmaktadır. Bu işlem yeni bir akit niteliğinde olmakla birlikte borcun hediyesi (îfâ) anlamı bulunmaktadır. Borcun konusu değiştiği için de bir tür borcun yenilenmesi(tecdid) niteliğindedir. İslam hukukunda selem akdi dışında ve faizden kaçınmak şartıyla bu tür muameleler genellikle sahih kabul edilmiştir. Alacağın borçluya bağışlanması ise, ivazsız temlik mahiyetinde olup daha önce üzerinde durduğumuz üzere ibrâ kapsamındadır.

Alacağın temliki başlığı altında asıl üzerinde durmak istediğimiz alacağın üçüncü kişilere devridir. Alacağın temliki İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından prensip olarak caiz görülmez .Hanefi mezhebi kaide olarak alacağın üçüncü kişiye satım(bey’u’d- deyn) ve hibesini(hibetu’d- deyn) caiz görmemiştir. Bu yaklaşıma sahip olmalarının temel gerekçesi ise, satım akdinin sahih olmasının şartlarından biri de akdin konusunun teslimi mümkün olmasıdır. Başkasının zimmetinde olan alacağın teslimi ise mümkün değildir. Bu nedenle ilke olarak alacağın üçüncü şahsa satışını caiz görmemişlerdir.

Alacağın üçüncü şahsa temlikinin ilke olarak caiz görmeyen Hanefiler, bu yaklaşımlarına çeşitli istisnalar getirmişlerdir:

1. Alacağın havalesi: Satıcının satım akdinin bedeli (semen) şeklinde oluşan alacağının bir başka alacaklısına ödenmek üzere nakletmesidir.

2. Vasiyet: Alacaklı hakkını borçlusun dan başka bir şahsa vasiyet edebilir. Bu şekilde alacak üçüncü şahsa vasiyet edilmiş olur.

3. Kabza vekalet vererek hibe: Hanefi hukukçulardan Züfer, alacağın borçludan başkasına satışının caiz olmadığı gibi, kabza vekâlet vererek dahi olsa başkasına hibe edilmesinin de caiz olmadığı görüşündedir. Bu görüşünü alacağın mal olmadığı esasına dayandırmıştır. Fetvaya esas alınan Hanefilerin çoğunluğuna ait görüşe göre ise,kabza vekâlet vererek hibe caizdir. Alacağın satımı ile hibe akdi birbirinden farklıdır. Satım akdinde mülkiyet akdin kurulmasıyla intikal eder. Hibe akdinde ise mülkiyet kabzdan sonra intikal eder. Buna göre kabza yetkili olarak kendisine hibe edilen kişi (mevhûb leh) önce vekil sıfatıyla alacağı kabzeder, daha sonra hibe hükümleri cereyan etmeye başlar ve kendi adına kabzeder.

Zahiri ve Hanbeli mezhepleri alacağın hem borçluya hem de üçüncü şahsa satım ve bağışlama yoluyla temlikini caiz görmezler. Bu görüşlerine gerekçe olarak alacağın üçüncü şahsa satımı caiz görmeyen Hanefilerin ileri sürdüğü gerekçelerin benzerlerini ifade ederler. Şâfiilerde mebi alacağının üçüncü şahsa temlikini caiz görmemekle birlikte itlaf edilen malın tazmin karşılığı gibi satıcının mülkiyet hakkı müstakar bulmuş alacakların satım yolu ile temlik edilebileceğini kabul etmişlerdir. Mâliki mezhebi ise ,alacağın borçlu tarafından hibe ve satım yolu ile üçüncü şahsa temlikini, alacağın gıda maddesi cinsinden olmaması kaydıyla, işleme güvence kazandıran bazı şartlarla caiz görmüşlerdir.

5.2 Borcun intikali

İslam hukukçuları bütün mezhepleri ile borcun nakledilmesine cevaz vermişler ve borcun nakil yoluna **havale** adı vermişlerdir. Sözlükte nakletme, yön değiştirme, değişim ve intikal anlamına gelen havaleyi İslam hukukçuları, ” borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesi veya bunu sağlayan akid ” olarak tanımlamışlardır. Borcunu başka bir kişiye nakleden borçluya **muhil**, alacaklıya **muhâlün leh**, borç kendisine havâle edilen kişiye **muhâlün aleyh**, havâle edilen borca da **muhâlün bih** adı verilir.

Havale akdi, diğer akitlerde olduğu gibi tarafların rızasını gösteren irade beyanı ile kurulur. Borç verenin (muhil) rızası olmadan havâle edilir ve borcun nakledildiği kişi(muhâl aleyh) ifade bulunursa ödediğini geri almak için havâle verene rücu etme hakkı bulunmaz. Yaptığı ödeme teberra sayılır. Havale akdinin havale edenin rızası olmasa da sahip olarak kurulduğu görüşü Hanefi hukukçularına aittir. Mâliki, Şâfiî ve Hanbeli hukukçular bu durumda havale edenin rızasını şart koşarlar. Bunun nedeni onlara göre kişinin borcunu ne şekilde ve kim tarafından ödeneceğini tayin hakkının bulunmasıdır.

Havâle akdin de havaleyi yapanın (muhil) ve lehine havâle yapılan kişinin(muhâl leh) akıllı ve temyiz gücüne sahip olması yeterlidir. Ergenliğe girmiş olması şart değildir. Tasarruflarının yürürlüğü (nefâz) velisinin onayına bağlıdır. Havâle ile borcu yüklenen kişinin(muhâl aleyh) akıllı ve ergin(bâliğ) olması gerekir.

Havale akdinin konusunun bazı şartları taşıması gerekir:

1. Havalenin konusu malın aynı bir borç olmayıp zimmete bağlanan sahih bir deyn borcu olması gerekir. Aynı borcunun havallesi olmaz; çünkü bizzat belirlenmiş olan o eşyanın ifâ edilmesi gerekir. Bu bakımdan kumar ve rüşvet borçları ile ariyet, emanet, müdârebe, şirket ve kiraya verilmiş olan mallar sahih borç olmadığı için havâle edilemez. Satılan malın bedeli (semen), kira bedeli ve ödünç verilen misli mal sahih borç olduğu için havâle olunur.
2. Borç malum olmalı, bilinmez tarafları bulunmamalıdır. Muhâl aleyh, ” falan kişideki alacağını, havâle olarak kabul ettim ” derse bu havale sahih olmaz.
3. Borç müstakar ve bağlayıcı olmalıdır.
4. Fakihlerin çoğunluğuna göre muhilin havale ettiği borç ile muhâl aleyhin yüklendiği borç arasında miktar ve sıfat bakımından birlik bulunmalıdır.

Eğer havâleyi kabul edenin havâle verene bir borcu olmadığı halde havâle yapmışsa mutlak havâle ortaya çıkar. Havâleyi kabul edenin zimmetinde havâle verene ait bir borç varsa buna **mukayyet havale** adı verilir. Bu durumda borçlar arasında takas meydana gelmiş olur. Bu durumda eğer muhilin havaleyi kabul eden de alacağı yoksa havâle batıl olur.

Hanefi hukukçulardan Züfer, havâle, ödeme gücü bulunan birine yapılmış olsa dahi önceki borçlunun(muhil) borcundan kurtulmamış olduğu görüşündedir. Hanefilerin hakim görüşü havâle ile borçlunun borç sorumluluğu sona erer. Ancak havâle yapan borçlunun sorumluluğunun sürmesi üzerine anlaşılırsa bu şart geçerlidir. Bu durumda önceki borçlu havâleyi alana kefil gibi olmuş olur.

Havâleyi kabul eden(muhil aleyh) borcu ifâ etmediğinde alacaklının eski borçluya rücu etme hakkı bulunmakta mıdır? Bu soruya İslam hukuk ekolleri farklı cevaplar vermişlerdir. Şâfiî ve İbni Hanbel, alacağını tahsil edemeyen alacaklının, havâle ile borçtan tamamen kurtulan eski borçluya aksi bir sözleşmeleri yoksa geri dönemeyeceği kanaatindedirler. Mâlik de ilke olarak benzer bir görüşe sahip olsa da önceki borçlu, alacaklı ya

hile yapmışsa veya borcu müflise nakletmişse bu durumda alacaklının eski borçluya rücu edebileceğini kabul etmiştir. Zahirî hukukçularda yeni borçlunun(muhâl aleyh) ödeme imkânına sahip olması gerektiğini şart koşmuşlardır.

Havâlenin eski borçluyu (muhil) borçtan kurtardığını kabul eden Hanefiler ise, bu hükmü alacaklının hakkının zayi olmaması şartına bağlanmışlardır. Onlara göre satım akdinde, akdin konusunun müşteriye teslimi; havâle akdinde ise, alacağın tahsil imkânının bulunması zorunludur. Aksi halde akit feshe uygun hale gelir. Bu yaklaşımlardan hareket eden Hanefî hukukçular, yeni borçlunun(muhâl aleyh) elinde ispatlayıcı bir delil bulunmayan alacaklının havâle iddiasını reddetmesi, yeni borçlunun iflas etmesi ve iflastan kurtulmadan vefat etmesi veya iflasa hâkimin hükmetmesi halinde eski borçluya rücu hakkı tanımışlardır.

6. Akit teorisi

Sözlük anlamı bakımından bağlamak ve düğümlmek anlamına gelen akit, istiare yolu ile alışveriş ve nikâh gibi konularda yapılan sözleşmeler için kullanılmıştır. Modern hukukçularda Savingy’eden alınan’’ sözleşme, iki veya daha fazla kişinin aralarında hak ve hukuki yükümlülük doğuracak biçimde iradelerinin birbirine uygun olarak açıklamasıdır’’ tanımını esas almışlardır.

İslam hukukçularına göre akit yalnızca iradelerin birbirine bağlanması değil, akit bağı ile şâriin meydana geldiğini kabul ettiği sonucunda birbirine bağlanmasıdır. Çünkü iki irade arasında, şer'an akdin kuruluşu için gerekli olan şartlar olmaksızın da ittifak olabilir. Bu durumda iki iradenin ittifakına rağmen akit kurulmuş olmaz. Bu akdin butlanı durumudur. Batılı hukukçuların tanımı ise hukukun geçersiz ve boş söz kabul ettiği irade ittifaklarında kapsamaktadır. Diğer taraftan hukukçuların tanımivaatleri de içermektedir. Halbuki vaatler akit olarak değerlendirilmez.

6.1. Akdin kuruluşu(in'ikad)şartları(Akdin unsurları)

Akdin kuruluş şartlarına akdin rükünleri de denir. Bir şeyin ancak kendisiyle var olduğu esaslara rükün denir. Evin temel ve iskeletine rükün denilmesi gibi... Klasik dönem islam hukukçuları birçok fikhi olguyu incelerken’’ rükün’’ kavramını kullanmış’’ unsur’’ kavramını tercih etmemiştir. Bu yaklaşım akit kavramı için de geçerlidir. Rükün kavramı doğrudan fiil ve fikhî olgunun maliyetini oluşturan unsurları dikkate almayı gerektirir. Bu nedenle klasik dönem islam hukukçuları failin fiilin mahiyetini oluşturan bir unsur olmadığı gerekçesiyle akdin mahiyetini oluşturan rükünlerini icap ve kabul ile sınırlamayı tercih etmişlerdir. İcap ve kabulün rükün olduğu bu akit teorisin de, Gazâlî ve Karâfî gibi bazı hukukçuların çalışmalarında görüldüğü üzere, akdin kuruluşundaki iradenin sahibi olmaları bakımından tarafların, akdin kurulma gerekçesini oluşturan mal ve bedelin ‘’iki taraf ve iki bedel (ıvaz)’’ ifadeleriyle akdin unsurlarına dahil edildiği görülmektedir. İslam fıkhında bir akdin kuruluşu için gerekli olan unsurları tespit için birleştirdiğimizde akdin kuruluş şartlarının (unsurları) taraflar, irade beyanı ve akdin konusundan oluştuğu görülmektedir.

6.1.1.Taraflar

Taraflar, akdin konusu üzerinde iradelerini birleştiren kişilerdir. Satım (bey’) akdinde müşteri ve satıcı, kira akdinde (icâre) mal sahibi ve kiracı gibi. Bir akdin (sözleşmenin) tarafları akıl ve irade sahibi gerçekte kişiler olabileceği gibi insan ve mal toplulukları türü hükmi/ tüzel kişilerde olabilir.

6.1.1.1. Tarafların Akit ehliyetine sahip olması

Akit ehliyeti, başkasının iznine ve onayına bağlı olmaksızın bizzat akit yapma yetkinliğidir. Fıkıh usulünün ifadesi ile eda ehliyetine sahip olmayı gerektirir.

Mümeyyiz olmayan (gay-ri mümeyyiz) çocuk ve tam akıl hastaları (deli) akit ehliyetine sahip değildirler. Bunlar tam ehliyetsiz grubu oluştururlar. Çünkü İslam hukuku sistematüğinde akit ehliyeti, temyiz gücüne ulaşmakla sahip olunan eksik (nakıs) eda ehliyetiyle başlar, rüş ile ulaşılan kâmil eda ehliyeti ile tamamlanır. Akit ehliyetine eksiksiz bir şekilde sahip olmak rüş ile ulaşılan kâmil eda ehliyeti ile mümkün olmaktadır. Mali yetkileri kullanabilmek bakımından eda ehliyeti, rüş ile başlamaktadır. Rüş aklın ‘’olgunluk hali’’ne karşılık gelmekte ve kişinin mali tasarruflarında yanlış tercihte bulunmasına yol açabilecek tehlikeleri sizinleyip kendisi için faydalı olanı tercih edebilme yeteneği şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Mali tasarruflarda buluşun yanı sıra rüşv vasfına kavuşmanın şart oluşu Kuran'ın “onlar da bir rüşv görürseniz mallarını kendilerine teslim edin” ayetine dayanmaktadır.

6.1.1.2. Hukuki temsil yolu ile taraf olma

Hukuki temsil (niyabet),” tasarruf konusunda bir şahsın başka bir şahsın yerini alması” şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuki temsil, bu temsilin iradi olup olmayışına göre ikiye ayrılmaktadır. Kişinin seçimi ve yetkilendirmesi ile ortaya çıkan ihtiyari hukuki temsil vekâlet olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık temsil edilenin iradesinin belirleyici olmadığı tamamen hukuk düzeninin tesis ettiği icbari hukuki temsile ise velayet ve vesayet adı verilmektedir. Vesayeti velayetten ayıran temel husus vesayetin yalnızca mal üzerinde tesis edilmiş olmasıdır. Buna karşılık velayet malın yanı sıra şahıs üzerinde de tesis edilir.

İhtiyari hukuki temsil yoluyla akdin kuruluşuna katılabilmek için öncelikle vekil tayin yeterliliğine sahip olmak gerekmektedir. Yani akde taraf olanın (âkit) tasarruf yetkisini haiz ve tasarruflarının hukuki sonuçlarından tam olarak sorumlu olması gerekmektedir ki, bu, âkit ehliyetine haiz olmaktan ibarettir. Ticari tasarruflarına izin verilmiş akıllı çocuk (sabi) velisinin; mezun köle mevlasının ve mahcur kişi vasisinin izni ile vekil olarak yetkilendirilirse, bu yetkilendirme ile ortaya çıkan hukuki temsil geçerlidir.

Vekil akdi kurarken müvekkil adına işlemi yürüttüğünü beğen etmek zorunda değildir. Nikâh, muhâlaa, amden öldürme suçunun sulh bedeli'nin tespiti gibi hususlarda müvekkil belirtmeden âkit yapması, karşı tarafa zarar vereceğinden vekil olarak işleme taraf olduğunu belirtmesi zorunludur. Bu tür âkitlerin kurulmasıyla ortaya çıkacak hak ve ödevlerin takibi müvekkile aittir.

6.1.2. İrade beyanı

6.1.2.1. İrade beyanının mahiyeti

Bir hukuki işlemde, tarafların rıza ve gönül hoşnutluğu iç irade kavramıyla, bu iradenin açık ve objektif araçlarla ortaya çıkan şekli ise irade beyanı (zahir irade) kavramıyla karşılanır.

Hakiki irade sayılan iç iradenin zahir iradeden başka olduğunu gösteren bir karine olmadıkça onun yerine geçer ve tek başına irade beyanı kabul edilir.

İslam hukukçuları irade beyanını icâb ve kabul kavramı ile karşılamışlardır. Âkit teklifine icâb, bu teklife yapılan olumlu karşılığa “kabul” denir. İlk teklifin satın alma teklifi şeklinde müşteriden gelmesi veya satma teklifi şeklinde satıcıdan gelmesi arasında fark yoktur. İlk teklif daima icâb olarak değerlendirilir. Bu itibarla bir tarafın diğer tarafa olan bağlayıcı beyanı icâb kabul edilir.

6.1.2.2. İrade beyanını tespit araçları

Fıkıh usulcülere delaleti lafzı ve lafzi olmayan delalet şeklinde ikiye ayrılmışlardır. İster hakiki isterse mecaz olsun lafsız ile ifade edilen anlama lafzi delalet adı verilmiştir. Delâlettin diğer türü ise lafzi olmayan (gayr-i lafzi) delalettir. Mantık ilmi gayr-i lafzi delaleti bu ilmin konusu içerisinde görmemiştir. Fıkıh ilmi, gerek usul gerekse fûrû'da bu delalet ürünü dikkate almış ve lafzi delalet bulunmadığında veya lafzi delalet sarîh olmadığında anlamı tespit etmek için gayr-i lafzi delalete hüküm bina etmiştir.

Buna göre irade beyanı lafzı ve lafzi olmayan delaletlerden oluşmaktadır. İrade beyanının bağlandığı söz, yazı, ve dilsizin özel işaretleri lafzi delalet, sükut ve teati gibi araçlar ise gayr-i lafzi delalet türündendir.

Fıkıh usulcülerine göre sarîh lafız, hakikat olsun veya mecaz olsun çokça kullanıldığı için kendisinden kastedilen amaç açık ve tam olan lafızdır. Bu tanımda dikkate alınan ister hakiki isterse mecazi olsun lafzın delaletidir. Bu tür delalete gerek mantık gerekse fıkıh usulünde lafzi delalet adı verilmektedir.

6.1.2.2.1. Salih lafızla irade beyanı

Sarîh lafız, hakikat olsun veya mecaz olsun çokça kullanıldığı için kendisinden kastedilen anlam açık ve tam olan lafızdır. Bunlar söz, yazı ve dilsizlerin özel işaretlerinden ibarettir.

6.1.2.2.1.1. Sözlü irade beyanı

Sözlü işlem ile gerçekleşen irade beyanlarının, doğrulanabilen veya yanlışlanabilen haberi cümleler şeklinde değil, bir talebi içeren inşâi cümleler tarzında ifade edilmesi gerekmektedir. İfadenin inşâi olduğu, dilde talep ifade eden kipler ile kurulmuş olmasının yanısıra ifadenin bağlamından da elde edilebilir. İrade beyanının şimdiki zaman ve geçmiş zaman kiplerine sahip cümlelerle ifade edilmesi mümkündür; çünkü bu zaman kiplerinin inşâi anlam ifade etmesi mümkündür. Ancak gelecek zaman kipinin inşâi olması mümkün değildir. Bu nedenle gelecek zaman kipi taşıyan cümlelerle satım akdinde irade beyanı yapılmaz. Emir kipinin icap ve kabul de kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefî mezhebi emir cümleleri ile irade beyanının yapılamayacağını diğer üç ehlisünnet mezhebi ise bunun mümkün olduğunu Kabul etmişlerdir.

Hanefiler emir sigasının irade beyanında kullanılmayacağını, 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 icâbta; kendi adına da asaleten kabul da bulunmuş olmaktadır. Bu şekilde bir kişi akdin her iki tarafını üstlenmiş olmaktadır.

Hanefiler, nikâhta vekâletin sarîh olarak ifade edilmesi lazım geldiğini dikkate alarak bir kişinin her iki tarafı temsil edebileceğini kabul etmişlerdir. Buna bağlı olarak da emir kipinin nikâh akdinde kullanılabileceğini kabul etmişlerdir.

Tarafların kullandıkları ifadelerin akdin konusu hakkındaki iradelerini beyan etmesi (icâb-kabul) yeterlidir.

İrade beyanının akdin kuruluşunu sağlayacak şekilde gerçekleşmesi önemlidir. Bu çerçevede akdi kuran irade beyanının akdi kurma konusundaki kesin iradeyi yansıtması gerektiği gibi akdin türünü de açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Çünkü birçok akit türü vardır ve her birinin doğurduğu eser/hüküm diğerinden farklıdır. Örneğin, satım akdi ile hibe akdinden birincisi malım bedel karşılığı temlikini, ikincisi ise bedelsiz temlikini doğurur. Bu bakımdan irade beyanından hangi tür akdin amaçlandığı belirginlik kazanmalıdır. İrade beyanında aktin türünün tespiti hususunda bir belirsizlik olursa, taraflar daha az yükümlülük doğuran akdin kastedildiği kabul edilir. Çünkü bu beyan ile bir yükümlülüğün doğduğu kesindir. Bu kesinlik üzerinden hareket edilerek en az yükümlülük doğuran akdin kastedildiğine hükmedilir. Örneğin, “seni bu evde iskan ettiriyorum”, “seni bu hayvan ile taşıyorum” ve bu meblağ ile sana yardım ediyorum, al” ifadeleri başka bir işaret bulunmuyorsa en az yükümlülük doğuran anlamı yorulur. Birinci ve ikinci cümlelerin gerektirdiği akdin taraflarından birine en az yükümlülük yükleyen akit ariyet akdidir. Bu bakımdan ariyet verdiği kabul edilir. Hibe anlamında kabul edilmez. Üçüncü cümle ise hibe olduğuna dair bir karina olmadığında borç (karz) olarak anlaşılır. Kinayeli lafızlarla irade beyan edilmişse anlam “karine”lerle belirginleştirilmesi gerekir. Örneğin, belirlenmiş bir bedel karşılığında yapıldığı ifade edilen hibenin gerçekte satım akdi olduğu bedel karinesi ile tespit edilir.

İrade yüz yüze beyan edileceği gibi gıyabi olarak da yazışma, elçi gönderme, telefon gibi araçlarla da yapılabilir. Sözlü beyan yerine ikame edilen bu araçlar üzerinde kısaca duralım:

6.1.2.2.1.2. Yazılı Belge

Mukâtebe, müşterinin satın almak istediği ürünü ve teklif ettiği fiyatı yazarak icâbta bulunduğu satıcının da satmayı kabul ettiğini ifade ettiği akdin kuruluşunu sağlayan belgedir. Kurulmuş bir akdi güvenceleyen çek veya senet değildir.

Yazışma(kitabe) ile akdinin geçerli olması için yazının üzerinde kalıcı olarak kalabildiği bir araç üzerine yazılmış olması gerekir. Yazışma mühürlü ve imzalı olmalıdır.

İki iradenin ittifakını gerektiren tasarruflarda (akit) akdin hükmü icâb ve kabulün yazıya döküldüğü zaman değil, (risalet)eEda edildiği yer meclistir. Tek taraflı işlemlerde ise akdin hükmü işlemin yazıya dökülmesi ile varlık kazanır. Kölesini azat etmek için belge yazan kişinin bu yaptığından kölenin haberi olması da köle azat olur. Eşine talak veren kocanın yazdığı belge ile eşinin haberi olmadan bir talat vermiş olur.

6.1.2.2.1.3. Dilsizin işareti

Yazmayı bilmeyen dilsizin özel işaretlerinin sözlü irade beyanının yerine geçtiği hususunda fakirlerin ittifakı vardır

Dilsizin alışmış işaretleri, satım, nikâh, kira gibi akit; vasiyet ve vakıf gibi tek taraflı tasarruf; talak borcu ibra ve şu'fa hakkından vazgeçme gibi iskat; iddia, ikrar ve yemin gibi akdi nitelik taşımayan tasarruflar bakımından geçerlidir. **Yazmayı bilmesi halinde ise yazılı beyan işaret ile beyandan öncelikli olduğu için işaret ile yaptığı beğen dikkate alınmaz.**

Yazmayı bilen dilsizin ancak yazılı tasarruflarının geçerli olduğu görüşü fakirler arasında tercih edilmiştir. Dilsizin doğuştan değil, sonradan meydana gelmiş bir durum olması halinde işaretlerinin beyan sayılıp sayılmayacağı hususun da görüş ayrılığı vardır. Birinci görüşe göre sonradan dilsizin işaret ve tasarrufları ölümüne kadar askıda (mevkuf) dır. Sonradan dilsizin tasarrufları ölünce yürürlük(nefâz) kazanır. İkinci görüş ise dil tutulmasının bir yıl süreyle yetinileceği görüşündedir. Bir yılın sonunda doğuştan dilsiz gibi tasarrufları geçerlidir. Bu görüş zorluğu kaldırması bakımından tercihe şayandır.

6.1.2.2.2. Delalet yolu ile irade beyanı

Akit teorisi bakımından gayr-i lafzî delalet yoluyla irade beyanı, teati, sükut ve hal karinesi şeklinde olmaktadır.

6.1.2.2.2.1. Teati yoluyla irade beyanı

Geçerliliği hakkında mezhepler arasında görüş ayrılıkları olsa da teati yoluyla da irade beyanı gerçekleştirilebilir. Teati, sözlü ve yazılı bir ifade olmaksızın karşılıklı fiil ile gerçekleşen icâb ve kabuldür. Ekmeğin parasını bırakıp hiç konuşmadan ekmeği almak, otobüste hiç konuşmadan akıllı kart basarak geçmek gibi. Teati'nin geçerliliği hakkında mezheplerin görüşlerini üçe ayırmak mümkündür:

Bütün akitlerde teati caiz görmeyenler. Şafiilerin görüşüdür. Sonraki Şafiiler basit şeylerin satımında teati caiz görmüşlerdir. Hanifilerden Kerhi de bu görüştedir.

Nikâh hariç diğer hususlarda teati'yi caiz görenler. Hanefi, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin görüşüdür.

Bütün akitlerde teati caiz görenler. Bu görüş İbni Teymiyye ye aittir.

İki bedel/ıvazdan (mebi' ve semen) birinin teslim alınması (kabz) ile teati yoluyla akit gerçekleşmiş olur. Örneğin, bir şeyi satın almak isteyen müşteri, satıcıya malın fiyatını sorduktan sonra bedelini (semen) satıcıya verir o da kabz ederek malı (mebi') daha sonra teslim etmeyi vaat ederse satım akdi kurulmuş olur. Bundan sonra fiyat değişse bile her iki tarafı bağlayıcı olur.

Sözlü icâb ve kabul olmaksızın satıcının müşteriden kapora olması da teati yolu ile satış kabul edilir.

İslam hukukunda bedelli (ıvazlı/ muâvaza) vakitlerden olan icâre, sarf ve ikâle akitlerinde teati caiz görülmüştür. Yine bedelli akit (muâvaza) konumunda olan mal karşılığında sulh akdi ve kasâmede de teati yoluyla akit kurulabilir. Bedelli olmayan iâre ve hibe gibi akitlerde de teati caiz görülmüştür. Nikâh akdinde teatinin olmayacağı hususunda ise içtihatlar ittifak etmiştir.

6.1.2.2.2.2. Hal delaleti ile irade beyanı

Hal dili, sözü bir beyanın olmadığı hallerde kişinin icabı kabul ettiğini gösteren sükut veya icabın kabulünü doğrudan içermese de hal karinelerinden icaabın kabul edildiği sonucu anlaşılan ifade ve davranışlardır.

İslam fıkhi, daha açık ve taraflar arasında tartışmayı önleyici olması nedeniyle lafzî delaleti esas almıştır. Hal delaleti ile irade beyanına şu örnekleri verebiliriz.

Bir kişi eşyasını başka bir kişinin önüne bırakıp ayrılrsa, bu kişi susup onun bu yaptığını reddetmezse vedia akdi kurulmuş kabul edilir. O malları koruma töhmetinden kurtulamaz; çünkü hal delaletiyle akit kurulmuştur. Taksir ve teaddisi olması halinde tazmin ile sorumlu tutulur.

Örf ve adet ile sabit olan şeyler, hal delaletiyle beyan olunmuş kabul edilir. Çünkü akdin tarafları zaten öf ile sabit olduğu için bir kısım ayrıntıları ifade etmeye ihtiyaç duymazlar. Bu yaklaşım İslam fıkhında külli bir kaideye dönüştürölerek “**örfen ma’uf olan şey şart kılınmış gibidir**” şeklinde kaideleştirilmiştir. Satım akdinde, satılan eşyaya tabii olarak (tevâbi) akde konulan ancak akit esnasında belirginleştirilemeyen hususlar örf ile belirlenir. Örneğin satın (bey) ve kira (icare) akdinde bedelinin ödenme şekli belirlenmemişse insanların adetlerine bakılır. Eğer insanların adetleri taksit ile ödemekse bedel taksitli olur, değilse peşin olur. Kira akdinde bedelin oturduktan sonra mı yoksa peşin mi ödeneceğı taraflarca belirlenmemişse itibar edilir.

6.1.2.3. İrade beyanlarının birbirine uygunluğu

Eğer kabul icabtan farklı olursa kabul olarak değer bulmaz ve akit gerçekleşmez. Bir satım sözleşmesinin kurulmuş olması (in’ikad) için irade beyanlarının her birine uygun olması gerekir. Örneğin, “bu malı kilosı 50 liradan satıyorum” diyen satıcıya karşılık müşterinin “kilosunu 40 lira satın aldım” şeklindeki kabulü icâba uygun düşmez.

İcaba aykırı kabul yeni bir icâb kabul edilir. Eğer bu yeni icâb akdin diğer tarafının onayını alırsa, yeni icâb kabul ile karşılanmış olur ve akit bu yeni mal ve bedel üzerinden kurulmuş olur. Örneğin, kendisine yapılan icâba karşılık olarak “kumaş tapunun yarısını 100 liraya alırım” diyen müşterinin kabulü yeni bir icâbtır. Satıcı bu icabı kabul ederse kumaş topunun yarısı 100 lira satılmış olur.

İcabı kapsayan kabulüm malın bedelinden yaptığı indirim veya ilavenin geçerliliğı icâbta bulunan rızasına bağlıdır. Örneğin, müşteri bir malı 50 liradan satın almak iradesini beyan ettiğinde (icâb) satıcı 40 liraya sattığını söyleyerek kabulde bulunursa veya satıcının 40 liraya sattığını ifade ederek icâbta bulunduğu bir malı müşteri 50 liraya satın aldığını söyleyerek ilave ücret ile kabul da bulunursa akit icâb edilen miktarlarda kurulmuş olur. Birinci örnekteki 10 liralık indirim, ikinci örnekteki 10 liralık ziyade icâbta bulunanın rızasıyla bağlayıcı(lüzum) olur.

6.1.2.4. İç irade(rıza)ile irade beyanı arasında uyumsuzluk

Kimi durumlarda zahir irade ile çelişen başka deliller ortaya çıkarak iç iradenin, olumlu olan irade beyanının aksine olumsuz olduğunu veya irade beyanının iç irade ile örtüşmediğine dair bir şüphe oluşturur. Bu hal üç durum ortaya çıkarır. Bunlardan **ilki iç iradenin tamamen gizli kalmasıdır, ikincisi iç iradenin olumsuz olmasıdır, üçüncüsü ise, durumun şüpheli olmasıdır**. Eğer iç irade tamamen gizli kalmış ise ona itibar edilmez. İrade beyanı bu iradenin yerine gitmiştir.

Akdin kuruluşu hakkında iç iradenin bulunmayışı ile şüpheli oluşu iki temel teori ortaya çıkarmıştır. Bircisi şeklen akit, ikincisi ise rıza'nın zedelenmesi teorisidir.

6.1.2.4.1. Şeklen Akit

Akdi kuran hakiki irade bulunmaksızın yalnızca zahiren (görünüş) akdin kurulmasıdır. Şeklen akit başlığı altında muvazaalı akitler ile hezl durumu işlenecektir.

6.1.2.2.1.1. Muvazaalı akitler

Muvazaalı akit, tarafların ilan ettiklerinden farklı olarak yaptıkları gizli ittifakla kurulan bir akittir. Tarafların zahiri ile gerçeğı birbirinden farklı olan bir hususta anlaşmış olmaları dikkate alınarak bu akde “muvâta” veya “tevâtu” akdi adı da verilir. Örneğin, akdin tarafları, önceden aksini kararlaştırmış olmalarına rağmen, üçüncü şahıslara karşı arazinin satım akdi ile devrini sağlayan işlemleri yerine getirmeleridir. Muvâzaa akdin aslında, bedeli'nde ve akdin taraflarında yapılabilir.

a. Akdin Aslında Muvazaa: Akdin taraflarının başkalarından gizli olarak yalnızca zahiren (şeklen) akdi kurdukları üzerinde önceden anlaşmalarıdır. Akdin her iki tarafı hakikatte akitleşmediklerini bilmektedir, yalnızca dışarıya karşı akdin kurulduğu görüntüsü vermektedir.

Akdin aslında muvazaa çoğu kez borçluların alacaklılardan mal kaçırmak için başvurdukları bir yöntemdir. Bu şekilde malı yakınlarının üzerine geçirerek alacaklıların cebri icraya başvurmaları engellenmeye çalışılır. **Bu tür satışlar, hakikatte batıl olsalar da görünüşteki (zahiri) durumu bakımından muteberdir. Ancak muvazaanın tespiti halinde bu akitler zahiren de feshedilebilir.**

Kişi malını, zahiren satış yapıldığı hususunda anlaştığı bir yakınına satış akdi ile devretmektedir. Bu satışta kişinin bir başkasına sığınma anlamı bulunduğu için **”telcie”** adı verilmiştir

Bir akit ve ikrarın hakiki(gerçek) mi yoksa muvazaalı mı olduğu hususunda şüphe ortaya çıkarsa hakiki olduğu kabul edilir. Kazâî işlemlerde, akdin muvazaalı olduğu ispatlanmadığı sürece, akdin hakiki olduğunu söyleyenin sözü esastır.

a. Akdin bedeli'nde muvazaa

Kimi zaman aslı bakımında akit hakiki olduğu halde üzerinde anlaşıldığı ilan edilen bedel gerçek bedelden farklıdır. Bu durumda bedelde muvazaa meydana gelmiş olur.

Mehrin yüksek oluşunun prestij kabul edildiği toplumlarda kadınların mehrinde ve şuf'adının şuf'a hakkının kullanmasını engellemek için gayr-i menkul satışlarında bedelde muvazaayla daha çok karşılaşılır. Diğer bir bedelde muvazaa şekli ise, vergilerin düşürülmesi için gayr-i menkulün satış bedelinin taraflarca düşük gösterilmesidir.

c. Aktin taraflarında muvazaa(müstear kişi): Bu Akit türünde bir kişi açık kişiliği ile zahiren kendi maslahatına, fakat gizli olarak(batında) başkasının maslahatına olan bir akdi kurmakta ve gerekli hukuki süreçleri yerine getirmektedir. Bu akitte muvazaa zahiren kendi ismi ile işlemleri yerine getiren kişi ile maslahatı için gizlice çalışan kişi arasında meydana gelmektedir. Bu, iki tarafın, vekilin asil gibi görünmesi için açıklanmaması hususunda anlaştıkları gizli vekâlet akdine benzemektedir.

6.1.2.4.1.2. Gayri ciddi akitler(hezl)

Hezl, gayr-i ciddi olarak şaka için söylenen sözdür. Ciddinin zıttıdır.

Şaka(hezl) durumunda ifade edilen söz irade beyanına, kastedilmeyen sonuç ise iç iradeye karşılık gelmektedir.

İç ve dış irade uyumsuzluğu durumu olan şaka ile söylenen sözlerin durumu fıkıh usulünde haber itikat Akit alanları esas alınarak üç grupta değerlendirilmiştir bir gayri ciddi söz haber, itikat ve akit alanları esas alınarak üç grupta değerlendirilmiştir. Bir gay-i ciddi söz, haber, itikat ve akit konularında söylenebilir. **Haber konusunda gayr-i ciddi söz dikkate alınmaksızın itikat sahasında gayri ciddilik dış iradenin hükmünü düşürmez ve kişi sözüyle hesaba çekilir.** Akitlerde gayri ciddilik ise oldukça ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

Gayr-i ciddi kişinin beyanı şer'î bir hükmün kurulmasının sebebi konumundadır. Gayr-i ciddi kişinin, iç iradesine aykırı olarak ortaya çıkan ve zahiri itibariyle şer'î bir hükmün oluşmasını gerektiren sözleri, sebep oldukları akitlerin feshedilebilir olup olmayışına göre farklı değerlendirilmiştir.

Feshe elverişli olmayan nikâh, talak ve ric'at gibi hususlarda Hanefî fakihleri hâzil'in irade beyanına hüküm bina etmişler ve iç iradeyi dikkate almamışlar. Hanefiler bu hususların **” Allah'ın ayetlerini eğlence konusu yapmayın” (bakara,2/231) ayetiyle yasaklandığını ifade etmişlerdir. Hz. Peygamber, ” üç şeyin ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir. Bunlar talak, nikâh ve köle azat etmektir”.** Hadisin diğer rivayetinde ise bunlar, **”nikâh, talak ve ric'at”** şeklinde verilmektedir.

Feshe elverişli olan akitlerde hezl, akdin fasit olarak kurulmasına yol açar ve tarafların ya akdi sahih olarak kurmaları veya akdi feshetmeleri gerekir. Bu akitler satım (bey') ve kira (icare) gibi akitlerdir. Hezl yoluyla alacaklının borcunu düşürmesi (ibra) ise bir hüküm ifade etmez, bu şekilde borçlunun borcu düşmez.

6.1.2.4.2. Rıza'nın zedelenmesi (irade ayıpları)

İradenin zedelenmesi, akdin taraflarının veya taraflardan birinin akdi kurma konusundaki rızasının mevcudiyeti hakkında oluşan şüphe dir.

İslam hukukunda rıza'yı zedeleyen durumlar iki şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilir. Kimi durumlarda rıza'yı zedeleyen durum iradenin oluşumasıyla birlikte mevcuttur, ona eşlik eder ve başlangıçtan itibaren onu etkiler. Başlangıçtan itibaren mevcut olan rıza'yı zedeleyen sebepler ikrah, aldatma ve hatadır. Bir kısım sebepler ise sağlam bir şekilde doğan bir iradeye sonradan arız olan sebepler şeklindedir. Bu sebep sonradan ortaya çıksa da başlangıçtan itibaren var olan iradeyi zedeleyen sebep gibi iradenin sahih bir şekilde belirmesine engel olur. Bu sebebin ortaya çıkmasından sonra karşılıklı rıza meydana çıkmaz. Teslimden önce satılan malın bir kısmının telef olması örneğinde olduğu gibi... Müşterinin geri kalan malı payı kadar bedelle satın alma hususunda rızası olmayabilir. Buna iradeyi etkileyen beklenmedik sebep adı verilir. Bu sebep türünün örneği, akdi uygulamanın imkânsızlaşmasıdır.

6.1.2.4.2.1. İkrah

Akdi kuruluşunda etkisi bakımından "irade", "ihtiyar" ve "rıza" kavramlarının yerinin tespiti önem taşımaktadır.

İkrah altındaki hukuki işlemin kurulmuş olduğunu kabul edenlere göre irade, bir fiile yalnızca karar vermek ve ona yönelmektir. İhtiyar, bir şeyi yapmayı ve yapmamayı tercih edebilmektir. Rıza ise, fi ile duyulan arzu, istek ve memnuniyettir. Bir kişi bir fiili yapıyorsa veya akdi kuruyorsa bunu irade etmiştir. Bir fiilin ortaya çıkmasında her halükarda mevcut olan "ihtiyar" (seçme yetisi), bazen kusurdan beridir zedelenmemiştir. Bu durumda bu irade sahihtir. Akdi kuran irade bazen zedelenmiştir ve kusurlu (ayıplı) hale gelmiştir. Bu durumda ise irade fâsit olur. Eğer fiil hür irade den doğmuşsa seçme yetkisi (ihtiyar) sahih olarak ortaya çıkmıştır. Eğer fiil daha az zararlı olanı yapmak şeklinde ortaya çıkmışsa bu durumda " ihtiyar" mevcuttur ancak "rıza" bulunmamaktadır. Buna göre irade kavramı ihtiyardan daha geniş ihtiyar da rızadan daha geniştir.

Başlangıçtan itibaren irade ile birlikte bulunan ve rıza'nın zedelenmesine yol açan ilk sebep ikrahdır. İkrah, eziyet veren bir sebep veya tehdit ile bir şeyi yapma veya yapmama baskısıdır.

İslam hukukçuları tehdit ile yapılan ikrahta, tehdit edenin tehdidini yapacak güçte olması gerektiğini kabul etmişlerdir. Eğer tehdidini gerçekleştirecek güçte değilse ikrahtan söz edilemez. Bu noktada kişilerin durumu etkilidir. Küçük bir çocuk için büyüğün tehdidi ikrah sayılırken, küçüğün büyüğe tehdidi ikrah sayılmaz. Tehdit aracı manevi de olabilir. Örneğin, mehri bağışlamasa kendisini boşayacağını söyleyen kocanın tehdidi boşanmak istemeyen bir kadın için korkutucu olabilir.

İkrah mülci ve mülci olmayan ikrah şeklinde ikiye ayrılır. Mülci ikrah (ikrah-ı mülci), can veya uzvun telef edilmesi ile yapılan baskıdır. Bu baskının kişinin kendisine veya ailesine yönelmesi arasında fark yoktur. Buna tam ve kuvvetli ikrah adı da verilir. Mülci olmayan ikrah (ikrah- ı gayr-ı mülci), basit ve zayıf bir acıya yol açan baskıdır. Hafifçe dövmek ve bir kısım malı telef etmekle tehdit etmektir. Hapsetme tehdidi de bu gruba dahildir.

İkrah-ı mülci rızayı ortadan kaldırır ve ihtiyarı fâsit eder. Gayr-ı mülci ikrah ise rıza'yı ortadan kaldırır ancak ihtiyarı ortadan kaldırmaz.

İrade, ihtiyar ve rızık kavramlarını birbirinden ayırmadan konuya yaklaşan hukukçular ise rıza'nın bulunmayışı nın iradenin de bulunmayışı anlamına geldiği değerlendirmesini yapmışlar ve hukuki işlemin batıl olduğuna hükmetmişlerdir.

İkrahın sözlü ve fiili işlemleri etkisi konusunda İslam hukuk ekolleri arasındaki yaklaşımları şöyle özetleyebiliriz:

a. Hanefilerin tercih edilen görüşüne göre ikrah altında kurulan akit ve tek taraflı iradeye dayanan işlemler hukuken kurulmuştur ancak fasittir.

Hanefilerin akdin kuruluşunda etkisi olan’’ irade’’,’’ ihtiyar’’ ve ‘’rıza’’ kavramlarını birbirinden ayırmaları ikrah altındaki hukuki işlemin kurulmuş olduğu sonucuna varmalarına yol açmıştır. Hanefilere göre, mükreh, iç iradesine (rızasına) aykırı bir kasıta (irade beyanı) bulunmuştur. Yani ihtiyarı bulunmaktadır. Bu yaklaşımlarının sonucu olarak Hanefiler, talak, nikâh, i’tak (köle azadı), ric’at, kıyası affetmek, yemin, nezir (adak), zihar,ilâ,fey’ gibi muhayyerliğin ve hezl’in geçerli olmadığı hususlarda mükrehin sözü tasarruflarını geçerli kabul etmişlerdir. Hanefiler bu hususlarda mükrehin durumunu gayri ciddinin (hâzil) durumuna kıyas yapmışlardır.

Hanefiler muhayyerlik şartının geçerli olduğu her hususta ise ikrahın akdin oluşumunu sakatlayıcı etkisi olduğunu kabul etmişlerdir. Bu çerçevede tarafların muhayyerlik hakkı bulunan satım ve icâre akitlerinde ikrahın, iradeyi sakatlayıcı etkisinin bulunduğunu ve ikrahın akdinin fesadına yol açtığını kabul etmektedirler. Bu tür akitlerde ikrah ortadan kalktıktan sonra ikrah altında kalmış kişi akde onay verirse akit sahih ve bağlayıcı olur. Şart muhayyerliğinin olmadığı akitlerde ise, ikrahın, hüküm üzerinde iç iradeyi sakatlayıcı etkisini kabul etmediklerinden, yukarıda tamamı sayılan nikâh,talak ve köle azadı (atâka) gibi akitleri sahih kabul etmişlerdir.

b. Malikilere göre bu işlemler bağlayıcı(lazım) değildir. Haniflerden Züfer'e göre ise mevkuftur.

Ebu Hanife'nin öğrencisi Züfer b. Huzeyl ise, ikrah altındaki akdi sahih ancak bağlayıcı(gayr-i nâfiz) olmadığı görüşündedir. Ona göre bu akit, fuzuli'nin akdi gibi mevkuftur ve mükrehin ikrah bittikten sonraki onayına (icazet) bağlıdır. İcazet verirse kurulur vermezse batıl olur. İkrah altında kurulmuş akit mükrehin onayı ile sahih ve bağlayıcı olur. Ancak fasit akit tarafların onayı ile sahih ve bağlayıcı olmaz. Zerkâ, Züferin görüşünü kabul etmektedir.

Mâlikilerin görüşü de Züferin yukarıda anlatılan görüşüne yakındır. Onlara göre de akit sahiptir ancak bağlayıcı (lazım) değildir. Mükrehin iptal etme yetkisi bulunmaktadır.

c.Şâfiilere göre ise ikrah altındaki hukuki işlemler batıldır, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.Muhayyerliğin bulunup bulunmayışı dikkate alınmadan ihrah altındaki irade beyanı sahih değildir. Şâfiilere göre rıza akdin kuruluş şartıdır. Yine onlara göre ihtiyar ve rıza birbirinden farklı iki kavram değildir. Biri olmadan diğeri de bulunmaz. Hanefilerin ikrah altında kurulduğunda sahih kabul ettiği nikâh, talak,i’tak (köle azadı), ric’at, kıyası affetmek, yemin, nezir (adak) zihar,ilâ ve fey’ gibi hususların tamamında Şâfiilere göre akit kurulmuş olmaz.

6.1.2.4.2.2. Aldatma (hilâbe)

Aldatma kelimesi ile karşıladığımız ‘’hilâbe’’, güzel söz ile aldatmak anlamına gelen ‘’h-l-b’’ fiilinin mastarıdır. Terim olarak aldatmak (hilâbe), taraflardan birinin diğerini şüpheye düşürdü sözlü ve fiili vesileler ile kandırıp normalde razı olmayacağı bir şeye razı etmesidir.

İslam fıkhında aldatmanın akit üzerinde etkisinin bulunduğu düşüncesi, alış-verişlerde aldatıldığından şikayet eden Medineli Habban b.Münkiz adlı sahabiye Hz. Peygamber’in’’ alış-veriş yaptığın zaman anlatımı yoktur, benim için üç gün muhayyerlik vardır, de’’ şeklindeki hadisine dayandırılmıştır. Alış-verişte aldatmanın yasaklığı, akdin taraflarının şart koşmasına bağlı olmaksızın doğrudan nass ile sabit olduğunu tespit etmişlerdir. Daha sonra alış-verişe kıyas ile bütün akitlerde aldatmanın iradeyi zedelediği sonucuna varmışlardır. İradeyi zedeleyen bu durumun doğurduğu zararın giderilmesi için aldatılan tarafa muhayyerlik hakkı tanınmıştır.

İslam hukukunda üzerinde durulan aldatma şekillerinin başlıcaları aşağıda işlenecektir.

a. İhanet yoluyla aldatma (hiyânet)

Aldatmanın bu türü, karşılıklı güvene dayalı akitlerde gerçeğe aykırı beyanda bulunarak aldatmadır. Bu tür aldatma (hiyânet), “bey’ul-emâne” olarak adlandırılan ve satıcının bir malın sermayesini müşteriye söyleyerek bu beyan üzerinden satım akdinin gerçekleştirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Satıcının açıkladığı anapara esas alınarak yapılan satış ya kâr koyularak (murâbaha) veya kârsız (tevliye) ya da zararına (vedia) satış şeklinde olur.

b. Müşteri kızııştırma yolu ile aldatma (neceş)

Neceş, satıcının anlaştığı kişilerin alıcı gibi davranıp mala yüksek fiyat vererek gerçek alıcıyı aldatmalarıdır. Mâliki, Şâfiî ve Hanbelilerden oluşan İslam hukukçularının çoğunluğu neceşin iradeyi zedelediğini ve neceş yolu ile oluşturulan fiyatın fahiş ğâbn düzeyinde olması halinde müşteriye akdi feshetme hakkı tanındığını kabul etmişlerdir. Hanefiler ise, ticari faaliyetlerin istikrarını önceleyerek neceşin iradeyi zedeleyen bir durum olmadığını bu nedenle de akdin iptalini izin verilemeyeceğini kabul etmişlerdir. Bununla birlikte Hanefilere göre neceş tahrimen mekruhtur.

Malikiler, müşteri açısından da neceşi mümkün kabul etmişlerdir. Müzayede türü satışlarda alıcıların kendi aralarında anlaşıp malı ucuza almaları halinde neceşin gerçekleştiğini ve satıcının akdi feshetme hakkı olduğunu kabul etmişlerdir.

c. Malın fiyatını ve niteliklerini yüksek göstererek aldatma (tağrir)

Tağrir, sözlükte “bir kimseye yanıltmak, aldatmak, tehlikeye atmak” anlamlarına gelir. Fıkhi bir terim olarak ise, satım, icâre gibi ivazlı akitlerde taraflardan birinin gerçek dışı sözlü ve fiili araçlarla diğer tarafı akdi kurmaya sevk ve teşvik ederek aldatmaktır.

İslam hukukçuları aldatmak için kullanılan araçları dikkate alarak tağriri “sözlü tağrir” ve “fiili tağrir” şeklinde ikiye ayırmışlardır. Günümüz İslam hukukçuları tağririn birinci türünü “fiyatla tağrir” ikincisini ise “malın vasfında tağrir” şeklinde adlandırmayı tercih etmişlerdir. Tağririn Türk hukuk dilindeki karşılığı ise hiledir.

Fiyatla tağrir, pazarlık (müsâveme) esasına dayanan bir satım akdinde veya icâre akdinde satıcı ve kiraya verenin sattığı malın daha fazlasını hak ettiğini, bu malı bu fiyatla piyasada bulamayacağını, bana şu kadar verildi kabul etmedim gibi gerçekte yalan olan kışkırtıcı sözler söylemesidir. Bu yolla ğâbn-ı fâhiş miktarında bir aldanma meydana gelmiş ise müşterinin akdi feshetme hakkı meydana gelir.

Malın vasfında tağrir ise, akdin bir tarafının akdin konusunda gerçekte bulunmayan bir meziyetin bulunduğunu diğer tarafa inandırarak aldatmasıdır. Satış için tezgâha konulan ürünlerin iyisini üste koyarak alttaki kötüsünü gizlemek, su ile çalışan değirmenin suyunu kesip alıcı geldiğinde serbest bırakarak suyun çok olduğu intibai oluşturmak veya satışa sunulan ikinci el bir aracın kilometresinin düşük gösterilmesi, elbiseyi yeni göstermek için boyamak gibi hususlar malın vasfında tağririn örnekleridir.

Klasik fıkıh kaynaklarından malın vasfında tağririn tartışıldığı ve konu hakkında görüşlerini ortaya koydukları ana örnek “musarrat hadisi” dir. Hadise göre sütü göstereceğini söyleyen bir kadın birkaç gün sağılmadan pazara getirilen bir süt hayvanı satın alan kişi ilk sağımdan sonra hayvanın sütünün azaldığını görünce ya satışı mevcut şartlar ile kabul eder veya akdi feshedip ineği iade eder ve bir ölçek hurma verir.

Fakihlerin çoğunluğu bu hadisi delil olmaya elverişli kabul etmiş ve aldatılmış kişiye akdi etme hakkı tanımıştır. Sütün azalmış olmasını fiili tağrir kabul etmişlerdir. Hanefiler bu hadise yönelttikleri eleştirilerin yanı sıra Ebu Hanife, bu durumun akdin feshini değil, sütün azlığı nedeniyle meydana gelen değer kaybının satıcıdan talep edilebileceğini söylemiştir. Ebu Yusuf ise, akdin feshini kabul etmiş, ancak süt karşılığında bir ölçek hurmanın değil, sütün kıymetinin tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ebu Yusuf hadiste geçen “bir sa”nın o olaydaki hayvan sütünün kıymeti olduğunu söylemiştir. Hanefi hukuku esas alınarak hazırlanan Mecelle Ebu Yusuf’un görüşünü esas almış görünmektedir.

d. Malı ayıbın ikizler eş aldatma(tedlis)

İvazlı akitlerde taraflardan birinin akit sırasında akdin konusunda mevcut olduğunu bildiği bir kusuru veya hoş görülmeyen bir özelliği gizlemesidir.

İslam hukukçuları tedlisin akdin feshine imkan veren bir muhayyerlik olduğunu kabul etmişler ve bu muhayyerliğe “ayıp muhayyerliği” adını vermişlerdir. Ayıp muhayyerliğinin satım, icâre gibi iki taraflı ivazlı akitlerde ayıbın akitten önceye ait olduğunun ispatlanması kaydıyla kullanılabileceği ifade etmişlerdir. Ayıp muhayyerliğinin oluşması için satıcının malın kusurunu biliyor olması şart değildir. Eğer satıcı akdin konusundaki ayıbı biliyor ve gizliyorsa tedlis yapmış olur. Eğer satıcı malın ayıbını bilmiyorsa tedlis yapmış olmaz; ancak malın kusursuz satımı ilkesi gereği karşı tarafın ayıp muhayyerliği ile malın iadesini kabul etmek zorundadır. Tazmin noktasında satıcının malın kusurunu bilip gizlemesi ile kusurdan habersiz olması arasında fark yoktur. Örneğin, satım akdinde, satıcı ortaya çıkacak ayıplardan sorumlu olmadığı şartıyla malı satar ve müşteri de malın görünen kusursuzluğuna dayanarak şartı kabul ederse akit ve şart sahih kabul edilir. Ancak burada satıcının kusur hakkındaki bilgisine göre iki durum ortaya çıkar. İlk durumda bu şartı ileri sürülen satıcı, malın bir kusuru bulunduğundan habersiz olarak yalnızca ihtiyat için bu şartı ileri sürmüştü, müşteri ayıp muhayyerliğine sahip olmaz. Satıcının malın kusurunu söylediği ve müşterinin de razı olduğu akit şeklinde olduğu üzere müşterinin riski kabul ettiği söylenir. İkinci durumda ise satıcı malın kusurunu bilmekte ve kötü niyetini korumaya almak için bu şartı ileri sürmektedir. Bu durumda satıcı'nın ileri sürdüğü şart, Hanefiler dışındaki hukukçulara göre sahih/geçerli kabul edilmez ve ayıbı gizleyen kişi(müdellis) tazmin ile sorumlu tutulur.

6.1.2.4.2.3. Hata

Hatta, iç iradeye aykırı eylem ve sözdür. Akit teorisi bakımından hata, akdin kurucusunu, vaki olmayanı vakiymiş gibi tasavvur edip normalde istekli olmayacağı akdi kurmaya yönelten vehimdir. Kaliteli olmadığı halde kaliteli olduğu zannıyla bir ürünü satın alan veya verdiği fiyatın ürüne denk olduğunu düşündüğü halde böyle olmayan ya da normal bir kilim olduğu düşüncesiyle tarihi bir kilimi satan satıcının fiili hatay'a örnektir.

Eylem yolu ile meydana gelen hatalar Hukukullah ın düşmesini sağlayan bir özür olarak kabul edilmiştir. Fetva veren müftünün hatası, kibleyi tayin imkânına sahip olmayanın içtihat ile yöneldiği yönün hatalı çıkması durumları gibi... Hukukulibadda ise, eğer kısas gibi ceza hukuku kapsamındaki bir hüküm ise, hata halinde kısas düşer. Çünkü kısas, hatalıya vacip olmayan tam bir cezadır, hatalı ise fiilin de özür sahibidir. Mali hususlarda ki hukukulibad konusunda ise hata, tazmine engel olmaz. Bu alanlarda İslam hukukunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Sözel hata ise, kasta uygun olmayan lafzın telaffuzuyla oluşur. Örneğin, talak hususunda hata, başka bir lafız telaffuz etmeyi dilerken onun yerine karısını boşadığı (talak) anlamına gelen bir ifadenin söylenmesidir. Bu durumda söz, literal (lafzi) bakımdan açık bir şekilde boşama iradesini gösterirken bu sonuç kişi tarafından kastedilmemiştir.

İç iradenin gizli oluşu nedeniyle akitlerin taraflarca bilinmeyen (öngörülme) nedenlerle bozulmaması için zahir iradenin esas alınması zorunludur. Hukuki işlemlerde istikrarı sağlama düşüncesine ağırlık veren İslam hukuku Batı hukuku kadar akitte hatay'a önem vermemiştir. Bu nedenle ikrah hakkında olduğu üzere müstakil bir teori ortaya çıkmamış, konu hakkındaki görüşler satım akdinde ki malda (mebi') ortaya çıkan ayıp, nitelik farklılıkları, cins ayrılığı ve görme muhayyerliği gibi konular içerisine dağılmıştır. Bu itibarla akdin taraflarından birinin hatasının ne zaman irade zedelenmesi kabul edileceğini tespit etmek için dağılmış parçaları bir araya getirmek gerekmektedir. Bu yaklaşımla konuyu inceleyen çağımız İslam hukukçularının Zerkâ şu tespiti yapmaktadır:

" İslam hukukçuları, taraflardan birinin kendiliğinden (spontane) meydana gelen hatayı, diğer taraf için sürpriz olmayan açık bir hata olması hariç, akdi iptal etmeyi caiz kılan bir irade (rıza) ayıbı kabul etmezler. Çünkü hata açık olmadığında akdi kuran kişinin hakiki iradesi gizlilik halinde bulunur. Bu durumda zahir iradeye dayanmak zorunludur. Hatay'a itibar ederek akdi iptal etmek, hata edenin hakkını korusa da herhangi bir kusur

ve sebebiyeti olmayan diğ er tarafın hakkına ve maslahatına karşı bir cürüm niteliğindedir". Hatanın akdin diğ er tarafında sürpriz olmayan açık bir hata olması halinde ise ,hata yapana akdi feshetme yetkisi verilmiştir.

Hata sebebiyle akdinin feshedilmesi, hatanın, akdin diğ er tarafı için sürpriz olmayan bir açıklığ a sahip olmasını gerektirmektedir. Bu durum akit kurucusunun hatasını nasıl açıklığ a kavuşacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Zerkâ bunun için iki yol önermektedir. Biri akit esnasında hata yapan tarafın (âkid) öncesinde amacını açık bir şekilde ifade etmiş olmasıdır. Diğ eri ise, hata yapan âkidin amacının hal delaletlerinde açığ a çıkmış olmasıdır.

Zekâ'nın bu tespitleri İslam hukuk ekollerinden Hanefi ve Mâlikilerin yaklaşımlarını yansıtmaktadır. Onlara göre hata halinde iç irade değ il, irade beyanı esas alınır. Zahir irade olan irade beyanının esas alınmasının nedeni, gizli iradenin (rıza) akdin diğ er tarafınca bilinmemesidir .Hakkiki irade gizli kaldığ ı sürece hukuki işlemlerde istikrarın sağlanması için zahir iradeyi esas almaktan başka ç are yoktur. Bu yaklaşımın sonucu olarak Hanefiler, hata ile hanımını boşayan kişinin talakını gerçekleştirmiş, hata ile yapılan satım akdinin kurulmuş olduğunu kabul etmişlerdir. Antika olduğunu zannederek sıradan bir halı satın alan kişi hata yapmıştır. Ancak kendi ifadelerinden veya hal delaletinden hata ettiğ i akdin diğ er tarafı tarafından bilinmiyorsa yapılan işlem geçerli (sahih) olur. Eğ er satıcıdan kaynaklanan bir tağrir bulunmuyorsa akit sahih kabul edilir.

Açık olmayan hatanın akdinin feshine yol açmayacağına Malik'in şu fetvası da örnek verilmiştir. Bir kişi bir "taş" satsa, daha sonra bu taşın "yakut" olduğu ortaya çıkarsa, müşteri bu durumu biliyor olsa dahi satım akdi bağlayıcı (lazım) dır .Satıcının fesih muhayyerliğ i yoktur. Bunun nedeni taşın yakutu da kapsayan bir cins isim olmasıdır. Yakut için doğru olan bir isimle adlandırılmıştır. Ancak, eğ er müşteri satıcıya bana bir dinarlık Merv elbisesi ver dese, satıcıda bir elbise çıkarıp verse sonra onun dört dinar olduğunu fark etse, bu durumda satıcı yemin eder ve verdiğ i elbiseyi geri ister. Bu örneklerden birincisinde hata gizlidir ve gizli hata irade ayıbını kabul edilip akdin feshine etki ettirilmemiştir. kinci örnekte ise hata açıktır. Bu nedenle irade ayıbı kabul edilerek akdin feshinin sebebi kabul edilmiştir. Akdin konusunda cins farklılığ ının bulunması halinde Hanefiler akdin hiç kurulmamış olduğunu kabul ederler. Çünkü cins farklılığ ı akdin mahallini ma'dum hale getirmiştir. Akit meclisi'nde hazır olmadığı halde İngiliz kumaşından olması şartı ile satın alınan elbisenin kumaşının başka bir kumaş olması veya âmâ bir âkidin kırmızı olması şartıyla aldığı ürünü renginin farklı olması gibi... Malın vasfındaki farklılık âkide vasıf muhayyerliğ i hakkı verir.

Âkidin hatasının delalet yolu ile ortaya çıkıp açıklık kazanması ile akdinin feshedilmesi ile ilgili birçok örnek bulunmaktadır. Hanefi hukukçular iyi yazı yazdığ ı ve sanatkârlığ ı ile tanınmış olması sebebiyle bir köle satın alındığ ına, daha sonra kölenin maharetlerini kaybettiğ i, iyi yemek yapmak ve ekmek pişirmesi ile maruf cariye satın alındıktan sonra bu vasfının bulunmadığ ının ortaya çıkması akdi fesih nedeni saymışlardır. Müşteri bu nitelikleri şart koşturmuş olsa da ona akdi fesih hakkı verilmiştir. Mâliki hukukçular ise, mücevherciler çarşısından mücevher alan kişinin satın aldığı şeyin cam veya sıradan bir taş olduğunu anlarsa ayıp muhayyerliğ i ile akdi feshedebileceğ i örneğini vermişlerdir.

Şâfiî hukukçular, hata ile yapılan talakın ve sözlü tasarrufların hukuku sonuç doğurmadığ ı görüşündedirler. Hanbeliler ile sonraki Hanefiler ise, hata ile nikah ve talak ın geçerliliğ i meselesinde dünyevi hükmü ve uhrevi hükmü bakımından ayırma giderler. Onlara göre hatta ile yapılan boşama, zahiri esas alan dünyevi hükümler (kazâen) bakımından geçerli, zahir ve batını birlikte ele alan dini hükümler (diyaneten) bakımından ise geçerli (sahih) değ ildir.

6.1.2.4.2.4. Akdi uygulamanın imkânsızlaşması

Akdi uygulanması, tarafların akdin kuruluşu ile karşılıklı olarak razı oldukları yükümlölükleri kusursuz bir şekilde yerine getirmeleri demektir. Anlatılan şekliyle akdin taraflardan biri tarafından tatbik edilmemesi ve yargı gücü ile rızasına itibar edilmeksizin tatbik ettirilmesi rızayı zedeleyen bir ayıp olarak değ erlendirilemez.

Yukarıda aktardığımız durumdan farklı olarak tarafların karşılıklı olarak anlaştıkları şekliyle akdi tatbik etmelerini imkânsızlaştırılan kimi durumlarda bulunmaktadır. Bu durumlar önceki karşılıklı rıza ile güçlü bir bağ a sahiptir. İster akdin taraflarından birinin kusuru, isterse kimsenin müdahil olmadığı bir sebepten

kaynaklansın akdin uygulanma imkânının bulunmayışı, bu durumdan zarar gören âkidin önceki selim rızası üzerinde geriye dönük bir etki yapar ve onu selim olmaktan çıkarır.

Akdin uygulanamayışı nedeniyle önceki rıza'yı zedeleyen ve ayıplı kılan en meşhur durumlar akdin bölünmesi, akdin konusu olan malın (mebi') rehnedilmiş ve kiralanmış olması ve akdin taraflarından birinin icbar edilemeyeceği bir şart ile ifâdan kaçınmasıdır.

a. Akdin bölünmesi

Akdin bölünmesi, mali ivazlı akitlerde akdin konusunun bir kısmının teslimi mümkün olmayacak şekilde telef olması ile ortaya çıkan durumdur. Örneğin, bir kişinin satın aldığı malın tesliminden önce teslimi mümkün olmayacak şekilde bir kısmının telef olmasıdır. Bu durumda telef olan kısım hakkında satım akdi akdin mahallenin bulunmayışı nedeniyle batıl olur. Çünkü konusu olmayan bir akit sahih değildir. Bu şekilde akit bölünmüş olur; çünkü müşteri bütünü aldığı halde ancak bir parçasına sahip olabilmektedir. Bu durumda müşteriye sağlam kalan malı hissesi oranında almak veya akdi feshetmek hakkı doğar. Bu durumda akdi uygulamayı imkânsızlaştıran aktin bölünmesi önceden oluşmuş rıza'ya dönerek onu ayıplı hale getirir.

Akdin bölünmesi yalnızca akdin konusunun bir kısmının telef olması ile oluşmaz, miktarı belirlenmiş toptan bir satışta ölçüm yapıldığında belirlenenden eksik miktarda malın bulunduğu anlaşılırsa müşteri ölçülen miktarı birim fiyatı üzerinde alma hakkına sahip olduğu gibi akdi feshetme hakkına da sahiptir. Örneğin, bir yığın buğday toptan olarak elli kile (ölçek) olduğu kabul edilerek beş yüz liraya satın alınsa, ölçüm yapıldığında kırk beş ölçek buğday olduğu ortaya çıkarsa müşteri bu kırk beş ölçeği birim fiyatı ile almak ile akdi feshetme arasında muhayyerdir.

Akdin bölünmesinin diğer bir şekli ise, bölünmeden zarar gören bir mal satın alındıktan sonra bu malın bir kısmına ortak olan bir hak sahibinin ortaya çıkması durumudur. Bu durumda müşteri geri kalan malda muhayyerdir. Dilerse kabul eder ve sahibi çıkan miktar kadar satıcıdan kıymetinin iadesini ister, dilerse akdi fesheder.

b. Akdin konusu olan malın (mebi')rehnedilmiş veya kiralanmış olması

Bir satım akdinden sonra malın başka bir kişinin yanında rehin olarak bulunduğu ve kiraya verildiği ortaya çıkarsa, bu durumdan haberdar olmayan müşterinin muhayyerlik hakkı vardır. Bunun nedeni iki kişi arasında kurulan akitlerin başkasına ait müstesap hakları etkilemesinin mümkün olmayışındır. Akdin taraflara ancak kendilerine özel olan haklar üzerinde tasarruf otoritesine sahiptirler. Bu durumun irade ayıbı olarak kabul edilmesinin nedeni akit ile mülkiyetin derhal tahakkuk etmesidir. Mülkiyetin kemalei ise teslim ile olur. Bu durumlarda müşteri satıcıyı kiracıyı çıkarma veya rehni çözmeye zorlayamayacağı için akdi kurmak için oluşan rızası zedelenmiş olmaktadır.

c. Akdin taraflarından birinin icbar edilemeyeceği bir şart ile ifadan kaçınması

Aktin bir tarafının akitten doğan yükümlülüğünü, akdi bağladığı sahih şartın diğer tarafça yerine getirilmemesi nedeniyle ifâdan kaçınması halinde asıl olan, şartı ifâ etmeyi yargı gücüne dayanarak yerine getirmeye zorlamaktır. Ancak bu temel yaklaşım yargı icbarının mümkün olmadığı bir çok örnek ile karşılaşabilmektedir. Örneğin, bir şeyi vadeli satan satıcı müşteriden rehin vermesini veya kefil getirmesini şart koşması halinde bu şart yerine getirilmeden satıcı malı teslim etmeme hakkına sahiptir. Buna karşılık müşteri rehin getirmeye veya kefil bulmaya yargı yolu ile zorlanmaz. Çünkü rehin aynı akitlerden olup rehin veren (râhin) için tamamlanması ve bağlayıcı olması ancak rehlin teslimi ile mümkün olur. Bu itibarla teslim razı olmayan râhin için bu akit kurulmuş olmaz. Akdin kuruluşu için şart koşulan kefil için de durum böyledir. Bu durumda akit yargı yolu ile telafi edilemeyecek şekilde akdin uygulanması mümkün olmaktan çıkar.

6.1.3. Konu(ma'kûd aleyh)

Akdin eserin yani hükümünün üzerinde gerçekleştiği şeye aktin konusu denir. Akdin konusu genel olarak mal, menfaat ve haklardır. Bir satım (bey') akdinde konu maldır. Rehin akdin de akdin konusu, alacağı güveneceleyen rehdedilen (merhun) maldır. Bu akdin eseri/hükümü ise borçlu borcunu ödeyene kadar mürtehinin rehin verilen malı hapsedme hakkının doğmasıdır. Hibe akdinde aktin konusu hibe edilen (mevhûb) maldır. Bu

akdin eseri mevhûb malın bedelsiz olarak hibe edilene temlikidir. Kefalet akdinde akdin konusu kefil olunan maldır. Bu akdin seri/hükmü asıl borcunun vadesi gelen borcu ifa etmemesi halinde kefilin kefil olunan (mekfûl) malı alacaklıya azmin etmesidir.

6.1.4. Akdin kuruluşu için gereken diğer şartlar

6.1.4.1. Akdin şer'i bir nass tarafından butlan yaptırımıyla müeyyidelendirilmemiş olması

Butlan, akdin yok sayılması ve hiçbir hukuki sonuç doğurmasıdır. Şer'i bir nassın butlan ile müeyyidelendirdiği bir akdi İslam hukukçuları asıl bakımından gayri meşru kabul etmişlerdir. Bir akdin butlan müeyyidesi ile karşılaşmasının üç sebebi görülmektedir. Bu sebeplerden ilki akdin yapılış yolu ile ilgilidir. Bu tür batıl akitler, Arap cahiliyesinde yaygın olan mülâbese, münâbeze ve taş atma yoluyla kurulan akitlerdir. Bu akitler Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.

Şer'i butlan ile müeyyidelendirmesinin diğer bir sebebi akdin konusunun yasaklanmış olmasıdır. Bu türün örnekleri, haram kullanım için uyuşturucu madde satışı, haram bir fiilin veya cinayet suçu için adam kiralamaktır.

Şer'i butlan yaptırımının diğer bir sebebi akdin hükmüyle ilgilidir. Ehliyeti kısıtlı kişinin (kâsır) malının hibe edilmesi gibi... Butlan kimi zaman akdin mahalli ve akdi yapan kişi ile de ilgili olabilir. Hac veya umre için ihrama girmiş kişinin harem'in dışında dahi olsa avladığı hayvanın satılması bu nedenle batıldır. Tıpkı bu avın yenilmesini yasaklayan şer'i nass gereğince haram oluşu gibi.

Bir akdi yasaklayan nehiy kimi zaman akdin mahallenin dışındaki bir durumdan kaynaklanır. Cuma ezanının okunduğu zaman alış-veriş yapmak gibi... Kimi fakihler Cuma Suresi 62/9. Ayetteki nehyeye dayanarak bu akdin butlanına hükmetmişlerdir. Ancak Hanefi içtihadında, nass tarafından nehyedilen bir akdin butlan ile nitelendirildiğine dair bir delil yoksa mücerret nehiy ile akdin butlanına hüküm verilmez.

6.1.4.2. Akdin kuruluşu için tayin edilen özel şartların tamamlanması

Akdin kuruluşu için bütün akitler için genel olan şartlar ve bazı akitler için özel olarak konulan şartlar bulunmaktadır. Genel şartlar ortak şartlardır. Özel şartlar ise kimi akitlerin sahip olduğu bazı özelliklerinden kaynaklanır. Bu akitlerin kurulması için şer'an tayin edilen bu özel şartlarında tamamlanması gerekir. Örneğin, nikâh akdinde şahitliğin şart koşulması gibi... Bu nedenle şahit olmadan nikâh akdi kurulmuş olmaz. Aynı akitler de denilen hibe, ariyet, vedia, rehin ve karz akitlerinde genel şartların yanı sıra teslim (kabz) şartının koşulması gibi...

6.1.4.3. Akdin yararlı ve anlamlı olması

Bu şart ile akdin, onu hukuken gerektiren meşru bir amaç ve gerekçeye dayanması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin, emanet karşılığında rehin akdi kurulmaz. Yani emanet verenin (mûdi') emanet edilenden (vedi') vedia bırakılan eşya (mûda') karşılığında rehin alınması yararlı değildir. Yine Hanefi içtihadına göre iki kişinin ticaret yapmamak üzere sözleşmeleri (akitleşme) muteber değildir. Çünkü insanların kazanç için meşru araç edinmeleri İslam'ın kurduğu genel düzenin bir parçasıdır. Bunu engelleyen akit bu nedenle yararsız ve anlamsızdır. Yine bu şart çerçevesinde kişinin zaten yerine getirmek zorunda olduğu (vacip) bir iş için karşılık (ivaz) alması şartıyla yaptığı akde itibar edilmez. Karşı tarafa zarar vermemek ve öldürmemek için bir bedel karşılığında akit yapmak gibi. Zaruret nedeniyle ezan okuması, imamet yapması, Kur'an öğretmesi için bir kişiyle icâre akdi yapılmasına cevaz verilmiştir. Kur'an okuması için icâre akdi yapmaya ise cevaz verilmemiştir.

6.1.4.4. Akdin hükmünün uygulanmasına uygun olması

Akdin konusunun üzerinde tasarruf yapmayı engelleyen bir durumda olmaması gerekir. Yani mevkûf olmaması gerekir. Örneğin, rehin verilen bir mal üzerinde maliki'nin tasarruf yetkisi başkasının hakkı nedeniyle engellenmiştir. Bu malın satışı halinde müşterinin mal üzerinde mülkiyet tesis etmesi gerekirken, başkasının hakkı nedeniyle bu mümkün değildir.

6.1.4.5. Meclis Birliği

Meclis, akdin taraflarının akit üzerinde karşılıklı görüşmede bulundukları haldir. Kabulden önce meclis birliği'nin sona ermesiyle icâb ortadan kalkar. Meclis birliğinin sona ermesinden sonra gelen kabul ile akit kurulmaz; ancak bu kabul yeni bir icâb sayılır.

Meclis birliği konusunda İslam hukukunda iki temel teori bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Hanefilerin savunduğu durum birliğidir. İkincisi ise Şâfiilerin savunduğu mekân birliğidir. Durum birliği teorisi, tarafların akit üzerinde görüşmeyi sürdürmelerini esas alır. İcâb ile başlayıp kabul ile sona erene kadar süren müzakereler meclis birliği içindedir. Bu görüşmeler sürerken tarafların bir mekândan diğerine geçmeleri meclis birliğine zarar vermez. Örneğin, akdin taraftarının yürüyerek kurdukları bir akitte meclis mekânının değişmesiyle sona ermez. Ancak icaba verilen olumlu veya olumsuz bir karşılıkla kabul sürecinin tamamlanmasıyla birlikte, taraflar aynı mekânda oturmaya devam etseler dahi meclis birliği sona ermiş olur. İcâbтан sonra diğer tarafın kabul ifade eden bir söz ve fiilde bulunmaması ve tarafların başka konuları konuşma başlamalarıyla icap sona erdiği gibi meclis birliğide sonlanır. İkinci teori olan mekân birliği'ne göre ise, mekânı değiştirmeksizin bir akit üzerine görüşme yapan hatta icap ve kabul sürecini tamamlayan taraflar, mekânı değiştirmedikleri sürece tek taraflı olarak akdi feshetme yetkisine sahiptirler. Bu teori mekân birliği süresince taraflara düşünme ve kararını açıklama imkânı vermektedir.

Meclis icâb ile başlamakta ya akdin kuruluşu üzerinde ittifak sağlanmakla veya tarafların ayrılmasıyla veya birinin reddedip kalkmasıyla veya başka bir konuya dağılmasıyla nihayete ermektedir. Mektup ile bildirilen icabın akit meclisi, mektubun okunduğu meclistir. Bu mecliste icâb kabul edildiğinde akit kurulur. Reddedilirse icâb sona erer.

Bu konuda iki husus istisna edilmiştir:

a. Vasiyet edilen kişinin (mûsâ leh) kabul veya reddinin vasiyet edenin (mûsi) ölümünden sonra olması gerekir. Mûsi yaşarken yaptığı kabul veya redde itibar edilmez. Mûsinin vefatından sonra lehine vasiyet edilenin sükut etmesi ve reddetmemesi kabul için yeterlidir. Hatta sükut edip reddetmemiş bir lehine vasiyet edilen kişi ölürse bu mal onun terekisi içerisinde değerlendirilerek mirasçılara aktarılır.

b. Gıyapta vekâlet verme veya gâib kişiye vakıfta bulunma işleminde kabul meclisi, bu kişilerin durumu hakkında bilgi sahibi oldukları meclistir. Bu mecliste vekâleti veya vakfı reddetmediklerinde akitleri kesinleştirilmiş olurlar.

Uzakta bulunan taraflar arasında yazışma yolu ile akit kurulduğunda meclis mektubun okunduğu ve elçi gönderilerek akit kurulduğunda ise meclis elçiliğin eda edildiği yerdir.

" İcâbı yapan bir süre belirlenmişse, bu süre için bağlı kalır. Telefonla yapılan bir icabın karşı tarafça derhal kabul edilmesi gerekir. Aksi halde icabta bulunan icabı ile bağlı değildir. Mektupla yapılan bir icabta icabı yapan, zamanında ve düzenli olarak gönderilen bir cevabın gelmesini bekleyebileceği ana kadar icab ile bağlı kalır."

6.2. Akdin geçerlilik (sıhhat) şartları

Bir akit kuruluş şartlarının yanı sıra sıhhat şartları da sahipse sahih bir akit olarak kurulmuş olur. Bu akde klasik İslam hukukunda ‘‘aslen ve vasfen sahih akit’’ adı verilmiştir. Sıhhat şartları bulunmayan akitler ise fasit akitlerdir. Bir akitlerin sıhhati için sahip olması gereken başlıca ortak şartlar cehâlet, ğarar ve fâsit şart içermemesidir.

6.2.1. Akdin her iki bedeli'nde bilinmezlik (cehalet) bulunmaması

Akitler bakımından cehalet, akdin konu ve bedel bakımından bilinmezlik içermesidir. Akdin konusunun tespiti, cins, nev' ve vasıf olarak belirlenmesini gerektirir. Örneğin, sulu arazi mahsulü ve birinci kalite tohumluk buğdayı konu alan bir satım akdinde buğday cins, tohumluk nev' ve sulu arazi mahsulü ve birinci kalite oluşu vasıftır. Akitteki cehaletin kaldırılması için cins,nev' ve vasıf olarak tayin edilmesi lazım gelir. Cehaleti gidermenin akdinin sıhhat (geçerlilik) şartı sayılmasının nedeni de budur. Akdi fasit kılan bilinmezlik (cehalet)

anlaşmazlığa yol açması kuvvetle muhtemel olan (fâhiş) dır. Bu ölçekte bilinmezlik taşıyan akitler Hanefilere göre fâsit, cumhura göre ise fâsit/batıldır.

6.2.2. Akdin konusunda ğararın bulunmaması

Yanıltmak, aldatmak ve tehlikeye atmak anlamına gelen ğarar, İslam hukukçularının kullanımda akitte mâkul olmayan ölçüdeki risk ve belirsizlikleri içerir. Akdi fâsit kılan belirsizlik akdin konusunun elde edilmesinde ve tesliminde tarafların kontrolü dışında bir riskin bulunmasını ifade eder. Bu itibarla teslim edilmesi mümkün olmayan (ġayru makdûri't-teslim) bir şeyi satmak ğarar sebebiyle fasittir. İpini koparıp ahırdan kaçmış ve yeri belirsiz bir hayvanı satmak ğarar sebebiyle caiz değildir.

6.2.3. Akitte fasit şart ve ribanın bulunmaması

Fasit şart, akdin içermediği (iktiza) ve akit ile uyumlu (mulâim) da olmayan şartlardır. Kimi durumda dinin ve hukuk düzeninin yasakladığı bir hususu içerir.

Akitlerde yer alan bedellerin takdiri yapılırken taraflar birbirine denk karşılıklar tespit ederler. Akdin konusunu oluşturan bedeller arasındaki eşitlik “denkleştirici adaletin” uygulanması gereken temel hususlardan biridir. İslam hukukçuları ribayı (faiz) bu denkliğin bilinçli olarak bozulmasını kabul etmişler ve onu akitte karşılığı bulunmayan fazlalık olarak tanımlamışlardır. Bu özelliği bakımından riba (faiz), akdi fâsit kılan şartların başında gelmektedir.

Hız. Peygamber,” altın karşılığında altın, gümüş karşılığında gümüş, buğday karşılığında buğday, arpa karşılığında arpa, hurma karşılığında hurma ve tuz karşılığında tuz eşit ve peşin olarak satılır. Malların cinsleri değişirse peşin olmak şartı ile istediğiniz gibi satın” buyurmuştur.

Hanefiler, bu hükmün illetinin “cins ve ölçü birliği (mevzûn ve mekîl)” olduğunu tespit etmişlerdir. Şâfiiler ise,” gıda maddesi (met’ûmât), para (nukûd) ve cins birliğini illet saymışlardır. Mâlikiler, bu maddelerde illeti, “saklanabilir gıda maddesi, para ve cins birliği” olmak şeklinde tespit etmişlerdir. Buna göre her iki illete birleşen mallar eşit ve peşin olarak; illetlerden sadece birinde birleşenler mallar ise, peşin olmak şartıyla biri diğerinden fazla olarak satılabilir/değiştirilebilir.

Hanefilere göre fasit şartlar telafi edilebilir niteliktedir. Bu sebeple bu şartların düzeltilmesine izin verilmesi gerekir. Eğer taraflar fasit şartı ortadan kaldırırlarsa akit sahih hale gelir. Eğer fasit şart kaldırılmazsa ilgili yargı organı akdi fesheder.

6.3. Akdin sonuçları

Her akdin kuruluş amacına uygun bir sonucu bulunur. Buna akdin özel hükümleri adı verilir. Satım akdinin bir bedel karşılığı mülkiyetin nakli, hibe mülkiyetin bedelsiz nakli, icâre akdi bir bedel karşılığı menfaatin temliki, rehin akdi râhin borcu karşılığında merhun hapis hakkı gibi sonuçlar doğurur. Satım akdinde satıcının malı teslimi ve müşterinin bedeli teslimi gibi...

Akitlerin ortak oldukları bu sonuçlar yürürlük (nefâz), ilzam ve lüzum olmak üzere üç grupta ele alınmıştır.

6.3.1. Akdin nefâzı (yürürlüğü)

Sahih olarak kurulan bir akdin hukuken kendisine bağlanan sonuçları derhal doğurmasına nefâz adı verilir. Bu akde de nâfiz akit adı verilir ki akdin yürürlük kazandığı anlamına gelir.

Kimi durumlarda bir akit sahih olarak kurulduğu halde hukuki sonuçları derhal doğurmaz. Sahih olarak kurulmuş bir akdin hukuku sonuçlarını derhal doğurmasına “tevakkuף”, sonuçları askıda bundan sahih bir akde ise “mevkûf” akit adı verilir. Örneğin, Hanefi hukukçulardan Züfer’in görüşüne göre ikrah altında kurulan akit bu tür bir akit. Bu akit ikrah hali sona erdikten sonra nefâzı (yürürlüğü) mükrehin icazetine bağlıdır. İcazet verirse yürürlük kazanır, icazet vermez ise batıl olur. Velî’nin büyük kızını iznini almadan evlendirmesi de kız bakire olsa dahi akdi mevkuf yapar.

Zerkâ İslam hukukunda mevkûf akitleri ve bu akitlerin mevkûf olmasına yol açan sebepleri ele almış ve bir akdin mevkûf olmasının iki temel sebebe indirgenebileceğini ifade etmektedir. Bu sebeple akdin sahih olup olmadığının ayrıştırılmaması (ıştibâh) ve başkasının hakkı olduğunu ifade etmektedir.

a.İştibah: Akdin kuruluşunun gizli kalan bir halin açığa çıkmasına bağlı oluşudur. Bu gizli halin oluşturduğu şüphe nedeniyle ne akdin ve tasarrufun batıl olduğu ne de kurulmuş ve nâfiz olduğu söylenebilir. Akit bu halin ortaya çıkmasına bağlı kalır. İştibâh nedeniyle mevkûf olan akitler ikrah hali ve hüsnâ-i müşkilin durumudur. İkrah halinde mükrehin ihtiyarında rızasının olup olmadığına şüphe vardır. İkrah halinde mükreh, akdi maslahatına uygun görüp kabul etmiş de olabilir, bu zorlama olmasaydı böyle bir akde hiç yönelmeyecekte olabilir. Bu durum ancak ikrahtan sonra mükrehin akde onay vermesi veya iptal etmesiyle anlaşılır. İştibâhın diyet örneği ise, erkek veya kadın olduğu anlaşılmayan hüsnâ-i müşkilin evliliği ile ilgilidir. Eğer erkek olduğu ortaya çıkarsa bir kadınla yaptığı evlilik sahihtir. Kadın olduğu ortaya çıkarsa bir erkek ile yaptığı evlilik sahihtir. Tersi bir durum ortaya çıkarsa evlilik akdi batıldır.

Başkasının hakkı nedeniyle mevkûf olan akitler ise, mümeyyiz küçüğün, mahsur sefihin, borca batmış borçlunun akdi, maraz-ı mevtteki kişinin tasarrufları, mürtedin tasarrufları ve fuzulînin aktidir.

Bir akdin mevkûf olmasını sağlayan başkasının hakkı, üç şekilde ortaya çıkabilir:

Başkasının hakkı ma'kud aleyhin (akdin konusunun) aynıyla (kendisinde) ilişkili olabilir. Bu türe fuzulînin akdi, maraz-ı mevtte olan kişi ile mürtedin tasarrufları girer.

Fuzulînin akdi: Fuzulî sözlükte, kendisini ilgilendirmeyen şey ile meşgul olan kişidir. Hukuki olarak ise meşru bir yetki olmaksızın başkası hakkında sözlü tasarrufta bulunan kişidir. Eğer yetkisi varsa ya şer'i/hukuki niyabettir (velayet gibi) ya kadâî niyabettir (vasilik gibi) ya da akdi niyabettir (vekâlet gibi). Bu yetkilerden biri olmadığında başkasının malı ve şahsi üzerinde kullanılan yetki fuzulî niteliktedir. Başkasının malını fuzulî olarak satan, daha sonra da müşteriye teslim ederse gasp hükmü oluşur. Yapılan işe gasp hükümleri uygulanır. Başkasının malını fuzulî olarak satan bir kimsenin akdi malın aynının başkasına ait olması nedeniyle mevkufur ve başkasının hakkı bu malın aynıyla ilişkilidir.

Ölüm hastalığında bulunan kişinin tasarrufları: Ölüm hastalığı (maradu'l-mevt), genellikle ölüm korkusu bulunan, erkek hastanın ev dışında, kadın hastanın ev içinde işlerini görmesini engelleyen ve hastanın bir daha iyileşmeden kendisiyle öldüğü bir yıllık süreyi aşmayan hastalıktır. Böyle bir hastalığa yakalanan kişinin tasarruflarına alacaklılar, mirasçılar lehine kimi kısıtlamalar getirilmiştir. İslam hukukçuları, ölümü güçlü bir ihtimal veya kesine yakın olan kişilerin durumlarını da maradu'l-mevt kapsamında görmüşlerdir. Kısas ve recm için hazır edilen, savaşta mübarezeeye çıkan, bindiği gemi parçalanıp bir tahta parçasına tutunarak kalan ve yırtıcı hayvanın ağzına aldığı kişileri ölümü hastalığındaki kişiler gibi değerlendirmişlerdir. Ölümü hastalığında bulunan kişinin yabancı kişiye terikenin 1/3'ünden fazla vasiyeti, vasiyetin bu miktardan fazla olamayacağı nass ile düzenlendiğinden caiz değildir.

Mürtedin tasarrufları: Mürtedin tasarrufları Ebu Hanife'ye göre mevkûftur, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre nâfizdir. Ebu Hanife'nin görüşü, mürted olan erkeklere ölüm cezası tatbik edilmesine dayanmaktadır. Hanefi fakihleri mürted kadına hapis cezası verileceği görüşünde oldukları için tasarruflarını nâfiz yani yürürlük kazandığını ittifakla kabul etmişlerdir. Ebu Hanife'ye göre bir erkek mürtedin tasarrufları Müslüman olması halinde yürürlük kazanır. Ölmesi, öldürülmesi veya darülharbe iltihak edip iltihakının yargı kararıyla onanması halinde tasarrufları batıl olur. Mürtedin tasarruflarının Ebu Hanife'ye göre mevkuf olmasının nedeni, varislerin veya beytu'l-mâlin hakkı sebebiyledir.

İlk dönem Hanefi ve Hanbeli hukukçular, borcun (deyn) zimmette oluştuğunu, borçlunun sahip olduğu malın aynı üzerinde ise herhangi bir tasarrufu kısıtlayıcı başkasına ait bir hakkın oluşmadığını düşünmüşlerdir. Buradan hareketle ne kadar borcu olursa olsun mal varlığı üzerinde teberru ve vakıf gibi tasarruflarda bulunmasının engellenemeyeceğini kabul etmişlerdir. Ancak daha sonraki Hanbeli hukukçular, borçluların alacaklılardan mal kaçırmak için vakıf, teberru ve muvazaalı satış gibi yollara başvurdıklarını görünce,

borçlunun ancak borçlarından fazla olan mal varlığı üzerinde teberru, bağış gibi hukuki işlemler tesis edebileceği görüşünü ortaya koymuşlardır. Hanefiler de borçlunun vakfının nâfiz olmadığına fetva vermişlerdir. Bu yaklaşımın sonucu olarak alacaklılar borçluyu kendilerinden mal kaçırmaması için tasarruftan men etmek(hacr etmek) için mahkemeye başvurabilir.

Küçük için veli veya velinin tayin ettiği vâsi, o da yoksa mahkemenin atadığı vâsi küçüğün lehine ve aleyhine olma riski taşıyan tasarruflarda bulunmaya yetkilidir. Sefih ve borca batık kimse için de mahkemenin tayin ettiği vasi tasarruf yetkisine sahiptir. Ehliyeti kısıtlı (kâsır) bu kişinin kâr ve zarar ihtimali taşıyan tasarrufları veli veya vasinin izni olmadan yapmaları halinde bu kişiler yetki alanını çiğnemiş olurlar. Bununla birlikte kısıtlı kişilerin bu tasarrufları veli veya vasinin iznine bağlıdır(mevkûf). İcazet verirlerse nâfiz, vermezlerse batıl olur.

Mevkûf akit, icazetten önce sahih olarak kurulmuş kabul edilir. Bu durumdaki akdin hukuki sonuçlarının ulaşmasına engel olan bir mâni bulunmaktadır.

Mevkûf akit ve tasarrufun yürürlük kazanması çoğunlukla akdin tarafı olmayan kişinin (fuzuli) onayı ile olsa da bu her zaman böyle değildir. Mürtedin tasarruflarında olduğu gibi... onun tasarruflarının yürürlük kazanması Ebu Hanife'nin görüşüne göre İslam'a dönüşü iledir.

6.3.2. Akdin aslî ve bağlı hükümleri (ilzâm ve iltizâm)

Klasik dönem islam hukukçuları genel bir akit teorisi orta koymamışlarsa da akitleri tek tek ele alıp incelemişlerdir. İnceledikleri bütün akitlerin sonucunda iki tür hükmün ortaya çıktığını ifade etmişlerdir. Bu hükümlerin bir kısmının akdin kuruluş amacını oluşturduğunu ve akdin sahih olarak kurulmasıyla birlikte oluştuğunu tespit etmişlerdir. Akdin sahih olarak kuruluşu ile ortaya çıkan bu sonuçlara aslî hüküm (el-hukmu'l- aslî) adını vermişlerdir. Satım akdinde mülkiyetin bedel karşılığı;hibe akdinde bedelsiz nakli, icâre akdinde menfaatin bedel karşılığı; ariyet akdinde menfaatin bedelsiz olarak süreli temlik gibi... Çağımız İslam hukukçuları her bir akdin kuruluş amacına özgü özel hükümleri "ilzâm" kavramı ile ifade etmektedirler.

İslam hukukçuları akitlerin sahih olarak kurulmakla sübut bulan aslî hükmün yanı sıra taraflara çeşitli yükümlülükler getiren hükümlerin bulunduğunu tespit etmişlerdir. "Tebeî" veya "tâbi" hüküm olarak adlandırdıkları bu hükümler, akdin sahih olarak kuruluşundan sonra akdin taraflarının yerine getirmeleri gereken ödevler niteliğindedir. Satım akdinde satıcının malın teslimi ve ortaya çıkabilecek malın ayıbını tazmin yükümlülüğü, müşterinin bedeli teslim yükümlülüğü, icâre akdinde kiralayan yeri (me'cûr) kiralayanın kullanımına verme (tahliye), vedia akdinde vedîin emaneti kullanmaması gibi hükümler bu türün örnekleri arasındadır. Günümüz İslam hukukçuları bu hükümlere "iltizâm" adını vermişlerdir. Biz bu hükümleri "bağlı hükümler" şeklinde ifade etmeyi tercih ettik.

Akitlerin doğurduğu hükümlerin aslî ve bağlı hükümler şeklinde birbirinden ayırt edilmesinin doğurduğu bazı sonuçlar bulunmaktadır. Bu sonuçlardan ilki, akdin kuruluş amacını oluşturan aslî hükümler akdin sahih olarak kurulmasıyla birlikte yürürlük kazanırlar. Ayrıca uygulamaya (tenfiz) ihtiyaç duymazlar. Bağlı hükümler (iltizâm) ise, teklif niteliğinde oldukları için ayrıca mükellef tarafından icra edilerek yürürlük kazandırılmaya muhtaçtırlar. Bu yükümlülüklerin akdin sorumlu tarafınca yerine getirilmesi gerekir.

Aslî hüküm, akdin sahih olarak kurulduğu iştirildiğinde kendiliğinde anlaşılan şeydir. Bağlı hüküm (iltizam) ise, akdin kurulmuş olmasından doğrudan anlaşılmayan, aksine ancak yöneltlen sorulara hakkında bilgi sahibi olunan şeyler niteliğindedir. Örneğin, bir ev veya arabanın sahih akit ile satışının yapıldığı haberine ulaşan kişi mülkiyetin naklini doğrudan anlar. Ancak ev veya arabanın müşteriye, bedelin satıcıya teslim edilip edilmediğini bu haberden doğrudan anlayamaz. İlave bir ilgi ile ancak karşılıklı teslimin olup olmadığını öğrenir.

Akdin bağlı hükümlerinin (iltizam) bir kısmı doğrudan nasslar veya fıkhi içtihatlar (hukuk/kanun) tarafından belirlenmiştir. Bunlar şart koşulsun veya koşulmasın tarafların sorumluluğu olarak ortaya çıkarlar. Bir kısım bağlı hükümleri ise, tarafların koştuğu şartlar niteliğindedir. Bu şartların sahih veya fâsit oluşu ve akit üzerindeki etkisi ayrı bir başlık altında incelenecektir.

6.3.3. Akdin bağlayıcılığı (lüzûm)

Akitlerin tek taraflı irade ile feshedilmesine akdin bağlayıcılığı veya akdin lüzûmü adı verilir. Bu akitlere de lâzım (bağlayıcı) akit denilir. Lâzım akitlerden istisna edilen bir grup akit hariç tutulursa sahih olarak kurulmuş bir akdi, taraflardan biri tek taraflı irade ile akdi feshetme yetkisine sahip değildir. Böyle akitler ancak karşılıklı rıza ile feshedilebilirler ki İslam hukukunda buna ‘‘ikâle’’ adı verilmektedir. İkâle ise, önceki akdi fesheden yeni bir akit kabul edilir.

İslam hukuk doktrinin de farklı görüşlerin ortaya çıktığı konu akdin ne zaman bağlayıcı hale geleceği ile ilgilidir. Akdin kuruluşu için gerekli diğer şartlar altında işlediğimiz meclis birliği'nde anlatıldığı üzere bu konuda temel iki içtihat ortaya çıkmıştır. Meclis birliği anlayışına bağlı olarak Şâfiî ve Hanbeli içtihadına göre akdin kesinleşmesi icâb ve kabul ile akdi kuran tarafların akit mekânından ayrılmaları ve birbirinden ayrılmaları ile akit lüzûm ifade eder. Hanefî ve Mâlikî içtihadına göre ise akit, icâbtan ve kabulden sonra tarafların yeni bir konunun müzakeresine geçmeleri ile bağlayıcı (lazım) hale gelir. Akdin kurulduğu mekândan ayrılmamış olmaları halinde dahil tek taraflı irade ile akit feshedilemez.

Her iki tarafın veya taraflardan birinin tek taraflı olarak akdi feshetme yetkisine sahip olduğu bu tür akitlere ‘‘gayr-i lâzım’’ akit adı verilir. Akitlerin gayr-ı lâzım oluşunu üç kısımda incelemek mümkündür:

a. Gayr-i lâzım akitlerin bir kısmı her iki taraf için mutlak olarak bağlayıcı değildir. Vedia, âriyet, şirket, mudarebe, rehin ve kefalet akitleri bu türdendir. Vedia, emanetin korunması için yapılan bir akittir. Emanet veren (mûdi') eşyasını korumak için başkasından yardım almaktadır. Aldığı bu yardımdan vazgeçebilir. Emaneti alan ((vedi')) ise karşılıksız olarak bu yardımda bulunmaktadır. Onun da yardım etmekten vazgeçmesi mümkündür.

Menfaatin ücretsiz temlik anlamına gelen âriyet akdi de her iki tarafın feshe yetkili oldukları bir akittir. Mutlak veya süreli âriyet şeklinde olması arasında fark yoktur.

Şirket ve mudârebe akitlerinde ortaklar bildirmek şartı ile tek taraflı akdi feshetme yetkisine sahiptirler. Fesih diğer ortağın bilgi sahibi olduğu zamandan itibaren yürürlük kazanır. Rehin akdi ise alacağına karşılık rehin alan (mürtehin) açısından gayri lazımdır. Rehin veren (râhin) için ise bu akit bağlayıcı (lâzım) dır. Kefalet akdi de rehin akdi gibidir.

b. Bir kısım akitler esas itibariyle gayri لازم oldukları halde bazı durumlarda lâzım hale gelirler. Bu akitler vekâlet, tahkim, vasiyet ve hibedir. Vekâlet akdinde başkasının hakkı bağlanmışsa bu durumda bu kişinin izni olmadan akdi feshetme imkânı bulunmaz. Örneğin, borçlu borcuna karşılık bir malı rehin verir ve alacaklının talebi üzerine, borç zamanında ödenmediğinde rehin malı satıp borcu ifa etmesi için bir de vekil tayin ederse hem vekilin hem de mütevekkilin vekâlet akdini feshetme yetkileri yoktur. Çünkü bu akde alacaklının hakkı bağlanmıştır; ancak ondan izin alarak vekâlet akdini feshedebilirler.

Aralarındaki nizalı durumu karşılıklı rıza ile belirledikleri hakim yolu ile çözmek isteyen taraftar tahkim akdini feshetmeye yetkilidiler. Hakem tayin edileni her ikisi de feshedebilir.

Vasiyette bulunan kişi de yaşadığı sürece vasiyetten vazgeçebilir. Vasiyet akdi vasiyet edenin (mûsi) vefatıyla birlikte terikenin 1/3'ünü aşmamak kaydıyla bağlayıcı olur. Hibe akdinde de gayri لازم bir akit niteliğindedir. Kabzdan önce hibeden rücu etmek caizdir. Kabzdan sonra iki tarafın rızası ile olur.

c. Bir kısım akitler esas itibariyle bağlayıcı (lâzım) oldukları halde bazı durumlarda gayri لازم hale gelirler. İcâre ve muzâraa akitleri bu türün örnekleridir. İcâre, akdin her iki tarafını bağlayan لازم bir akit olduğu halde İslam hukukçuları beklenmedik durumların ortaya çıkması halinde tek taraflı akdi fesih yetkisi vermişlerdir. Bir sefer için araç/hayvan kiralayan kişinin seferden vazgeçmesi, düğün yemeği için aşçı tutan kişinin düğün yapmaması, cerrahi bir operasyon için bir doktor ile anlaşılan (isti'car) kişinin operasyon gereği kalmayışı nedeniyle vazgeçmesi gibi durumlarda akdi feshetme yetkisi bulunur. Ancak bu durumlarda diğer tarafa verilen

zararın tazmin edilmesi fıkhen gerekli görülmelidir. Şirket türlerinden biri olan müzâraa akdinde ise, ekilecek tohumu temin etmekle yükümlü taraf akdi feshedebilir.

Hanefî fikhının klasik kaynakları lâzım olduğu kabul edilen ‘‘istisna’ akdi’’ Mecelle tarafından l’azım bir akit kabul edilmiştir. İstisna’ akdi, sipariş yolu ile yapılacak şeyi satın almaktır. Hanefî mezhebinin esas görüşüne göre ürün henüz üretilmeden her iki tarafın akddi feshetme hakkı vardır. Ürün yapıldıktan sonra ise görme muhayyerliği türünden olmak üzere râcih görüşe müşterinin akdi feshetme hakkı vardır. Mecelle'nin akdin kuruluşuyla birlikte bağlayıcı olduğu görüşünü yasalaştırması, Ebu Yusuf'un böyle bir görüşü olmadığı gerekçesiyle yeni bir görüş olduğu eleştirisine uğramıştır. Zerkâ bu eleştirinin yersiz olduğunu çünkü ‘‘el-Muhîtu'l-burhâni’’ adlı eserde Ebu Yusuf'tan Mecelle'nin kanunlaştırdığı şekilde bir görüşün rivayet edildiğini ifade etmektedir.

Akdin bağlayıcı (lâzım) olması için yukarıda aktardığımız durumlar dışında sahih olarak kurulmuş olması yani basit olmaması, ikrah hali altından oluşmamış olması ve taraflardan birine akdi feshetme muhayyerliğinin tanınmamış olması gerekir. Ancak bu üç durumda ortaya çıkan fesih yetkisi kullanıldığında akit hiç kurulmamış gibi olur.

6.4. Akitler ve şartlar

İslam hukuku, akitlerde şart koşmayı ilke olarak benimsemiştir. Hz. Peygamberden rivayet edilen ‘‘haramı helâl, helâli haram yapan şart hariç Müslümanlar şartları üzeredirler’’ ve ‘‘Allah'a isyan edilmedikçe Müslümanlar şartları üzeredir’’ hadisleri bu ilkeyi ifade etmektedir. Hz. Aişe'nin satın alıp özgürleştirmek istediği Berire adlı cariyesinin efendisi, onun ‘‘mevla'l-atâka’’ olarak kalma şartını ileri sürmüştür. Hz. Aişe durumu Hz. Peygamber'e bildirince Allah'ın resulü şöyle buyurmuştur: ‘‘Şu insanlara ne oluyor ki Allah'ın kitabında olmayan (şeriatin de konulmayan) şartlar ile ileri sürüyorlar. Kim Allah'ın kitabında olmayan bir şart ileri sürerse bu şartla elde etmek istediğine hak sahibi olamaz. Yüz şart ileri sürmüş olsa da... Allah'ın şartı daha hak ve daha sağlamdır.’’

İslam hukukunda akdin taraflarının ileri sürdüğü şartlar iki temel teori içerisinde değerlendirilmiştir. Birinci teori ‘‘**akdin gereği**’’ teorisidir. İkincisi de haramı helâl, helâli haram kılma dışında ‘‘**mutlak şart serbestisi**’’ni savunan teoridir.

Akdin gereği teorisine göre her akdin İslam şeriatinde temel hükümleri vardır. Bu temel hükümler ya doğrudan nass tarafından belirlenmiştir ya da içtihat yolu ile nasslardan elde edilmiştir. Akdin taraflarının akdin gereği olan bu hükümlere aykırı hükümler ileri sürme hakları bulunmamaktadır. Birçok müşteri ile yaptığı iş akdi gereği hizmet veren sanatkârların (ecir-i âmm) müşterinin teslim ettiği malzemeyi telef etmesi halinde tazmin etmeyeceği şartını koşması gibi...

Bu teoriye göre akdin gereği ancak şer’i delil ile tespit edilir. Akdin taraflarının buna aykırı davranması, bir şey ilave etmesi veya bir sınırlama getirmesi ancak bunu caiz kılan şer’i bir delinin bulunması halinde caiz görülür. Satım akdinde bedeli vade bağlamayı veya nikâh akdinde mehri geciktirmeyi şart koşmak gibi...

Akdin gereği teorisi Hanefîler tarafından esas alınan bir tek olmakla birlikte Mâlikîlerin çoğunluğu ile Şâfiî içtihadı da bu çerçeveye dahildir. Ancak detayda aralarında çeşitli görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Şâfiî fikhî, şart hürriyeti bakımından en katı ve darlaştıracı olandır.

Mâlikî, şart koşanın, akdin gereğine (mukteza) aykırı olup onu fasit hale getiren şarttan feragat etmesi ve şarta yapışmaması halinde akdin sahih şartın geçersiz (lağv) olduğu görüşündedir. Bu görüşünü ‘‘mâni ortadan kalkınca mâni olunmuş olan (memnû’) geri döner’’ kaidesine dayandırmıştır.

Hanefî hukukçular, taraflardan birine akdin gereğinden (mukteza) fazla bir yarar içeren her bir şartı ivazlı (bedelli) akitlere aykırı bulmuş ve akdi fasit kılıcı kabul etmişlerdir. Örneğin, satım akdinin taraflarından birinin diğerine borç vermesi şartı ile yapılan akitteki borç verme şartı, ilave bir yarar temin ettiği için fasittir. Hanefîler, nikâh akdi gibi mali bir bedeli bulunmayan ivazsız (bedelsiz) akitlerde ise şartı geçersiz (lağv)

saymış ve akdi sahih kabul etmişlerdir. Taraflardan birine ilave bir yarar temin eden bir şartın koşulabilmesi için bazı kriterler getirmişlerdir. Bu kriterlerden ilki, yarar temin eden şartın cevazı hakkında şer'an bir delil olmalıdır. Şart muhayyerliği hakkında delilin bulunması gibi... Buna nakit muhayyerliği ve ta'yin muhayyerliğini kıyas etmişlerdir. İkinci kriter şartı akde mülayim olmasıdır. Satım akdinde satıcının müşteriden kefil istemesi veya rehin alması gibi şartlardır. Üçüncüsü ise şer'an muteber bir örfün olduğu şarttır. Örf sebebiyle fasit sayılan bu şartlar sahih hale gelir. Örneğin, bir yerde satıcının malı müşterinin evine teslimi üzerinde örf oluşmuşsa bu şart ile yapılan satım akdi sahih olur.

İslam hukuk doktrininde iradenin akdin türleri ve sonuçları üzerindeki etkisi bakımından ortaya çıkan ikinci teori ise haramı helâl, helâli haram kılmadıkça tarafların **mutlak şart serbestisini** savunan teoridir. Bu teori Hanbeli hukukçular tarafından savunulmuştur.

"Ey iman edenler! Akitlerinize riayet ediniz" ayeti ile "Müslümanlar şartları üzeredirler" hadisinin umum ifadelerinden yola çıkarak tarafların akdin türü ve sonuçlarını belirleyen şartları tayin etme hususunda serbest olduklarını ifade etmişlerdir. Bu teoriye göre sari, akdin taraflarını bir nass ile çatışmamak kaydıyla akdin gereklerini tayin etme yetkisi vermiştir. Bu görüşün önemli bir temsilcisi olan İbn Teymiyye. "akitlerde asıl olan akdi kuranların rızalarıdır. Sonucu ise akdi kuranların sözleşme ile kendilerine vacip kıldıklarıdır".

Buna göre Hanbeliler akdin gereğini (mukteza) ve çerçevesini daha geniş yorumluyorlar ve akdin bizzat gerektirmediği bir maslahatı taraflardan birinin kendi lehine şart koşmasını aktin muktezasına aykırı görmemektedirler. Akdin kuruluş gayesine engel olan bir şart koşulması halinde bu şart nedeniyle bazen akdin batıl olduğunu bazen de şartın batıl akdin sahih olduğunu kabul etmektedirler. Örneğin, nikâh akdinde cinsel yararlanmanın helal olmamasını şart koşarlarsa şart nedeniyle akit batıldır. Bu şart ile evliliğin bir anlamı olmaz.

Hanbeli mezhebinin savunduğu şart serbestisi teorisi şu özellikleri ile belirginleşmektedir:

*Bu teori, yukarıda ifade edilen sınırlar çerçevesinde şart hürriyeti ve bağlayıcılık düzeyi bakımından nikâh ile diğer akitler arasında ayrıma gitmemiştir. Eşlerin nikâh akdinin temel gayesinin dışına çıkmayan şartlar koşmalarına izin vermiştir. Bunun sonucu olarak kadın kocasıyla yolculuğa çıkmamak, üzerine başka kadın ile evlenmemek gibi şartlar ileri sürmesine izin vermişlerdir.

*Akitlerde ileri sürülen şartların tabiatı itibariyle şer'an bağlayıcı olmayabileceği tespit edilmiştir. Bu şartların gayri lâzım akitler gibi bağlayıcı olmaksızın sahih oldukları ve lağv olmadıkları ifade edilmiştir. Bunun sonucunda lehine şart koşulan tarafın şart yerine gelmediğinde akdi feshetme hakkı doğmuştur. İleri sürülen şartı yerine getirmekle sorumlu olan taraf da şartı yerine getirmek veya getirmemek arasında muhayyer olur. Evlendikten sonra başka şehre gitmeme şartı koşulan kocanın bu şarta riayet etmesi güzel olsa da vacip değildir ve yargı yolu ile uymaya zorlanamaz.

*Akit sırasında özel mülkiyeti sınırlayıcı şartlar konulmasına izin vermektedir. Bu bağlamda satıcı müşteriden ürünü satmak istediğinde bedeli karşılığında satın almaya daha fazla hak sahibi olacağını şart koşabilir.

*Şart serbestisi teorisi, satış fiyatını belirleyen (piyasa vs. gibi) araçlara başvurarak satım akdi kurmayı sahih görür. Buna göre satım akdi esnasında fiyat tespiti yapmaksızın akit yapıp daha sonra malın satış günü piyasa fiyatını esas almak caizdir. Akit esnasında bedelin (semenin) bilinmezliği (cehalet) nedeniyle diğer mezhepler bu akdi sahih görmezler.

*Bu teoriye göre bütün akitlerin, akdin kurulmasını başka bir şeye bağlayan ta'liki şarta bağlanması caizdir. Hanbeli mezhebi içerisinde üzerinde tartışma olmakla birlikte nikâh akdinin dahi ta'liki şarta bağlanması caizdir. Örneğin, falan eşyam gelirse sana şu fiyata sattım ve kadının babam ve kardeşim razı olursa şu kadar mehir karşılığında kendimi sana nikâhladım şeklindeki ta'lik içeren sözler ile akit kurulur.

*Hanbeli teorisi satım akdinde kapora (arbûn) almayı meşru görür. Satım akdi gerçekleşirse kapora bedeli sayılır, müşteri vazgeçtiğinde ise satıcının olur. Diğer mezhepler kaporayı haksız iktisap/sebepsiz zenginleşme kabul ederek caiz görmezken Hanbeliler şart serbestisine dayanarak caiz görmüşlerdir. Günümüz modern hukuku kaporayı “cezaî” şart kavramı altında kabul etmektedir.

6.4.1. Akitteki işlevi bakımından şartlar

6.4.1.1. Ta’liki şartlar

Klasik dönem İslam hukukçuları ta’liki “bir cümlemin içeriğinin (mazmun) meydana gelişini başka bir cümlemin içeriğinin meydana gelmesine bağlamaktır” şeklinde tarif etmişlerdir. Çağımız İslam hukukçularından Zerkâ, bir hukuki işlemin (emr) meydana gelişinin başka bir şeyin meydana gelmesine bağlanması şeklinde tanımlanmaktadır.

Ta’liki şartlar adın kuruluşunun bağlandığı ve “falan şey olursa/olmazsa.....alıyorum/veriyorum/kabul ediyorum” gibi ifadelerle beyan edilen şartlardır. Bu şart var olma ihtimali taşıyan ancak içinde bulunulan anda var olmayan bir şarttır, ve akdin kuruluşu (vücut) ve kurulmayışı (âdem) bu şarta bağlı olur. Şartın varlığı akdinde varlığını yokluğu akdinde yokluğunu gerektirir. Bu durum, “şartın subutu indiinde ana muallâk olan şeyin, sübutu lazım olur” kaidesi içerisinde özetlenmiştir. Şartın meydana gelişinin imkânsız oluşu halinde ta’lik batıl kabul edilir. Eğer şart, cevabı (cezaî) zaten mevcut bir şeye bağlamaktaysa bu “tenciz” anlamına gelir ki, bağlanan (ta’lik edilen) şey derhal sabit olup gerçekleşir. Örneğin, bir kişi birine eğer benim senden alacağım varsa seni ondan ibra ettim der ve hakikatte bu kişi kendisine borçlu bulunursa derhal bu borçtan beri olur.

Ta’liki şartlar genellikle iki fiili birbirine bağlayan şart edatları kullanılarak ileri sürülür. Şart cümlelerinde birinci cümlecik şart, ikincisi ise cevap (ceza) olur.

Ta’liki şartlar, hal-ı hazırda mevcut olmayıp tarafta akdin kuruluşunu (in’ikad) bu şartın meydana gelmesine bağlamaktadır. Bu itibarla bu şartlar, akdin kuruluşunu öncelemektedir. Akdin kuruluşunu önceleyen şartların geçerliliği (sıhhati) bir yönüyle şartların niteliğiyle diğer yönüyle akdin yapısıyla ilişkilidir.

Ta’liki şartlar, akdin kuruluşuna elverişli olup olmayışına göre de iki gruba ayrılır. Akdin kuruluşuna uygun düşen birinci grup şartlara **mûlayim şartlar** adı verilmektedir. Akdin kuruluşuna uygun düşmeyen, akdin kendisine bağlanmasının makul bir açıklaması bulunmayan tesadüfi şartlara **gayr-ı mûlayim şartlar** denir. Bu şekilde tesadüfi veya imkânsız şartlara ta’lik batıldır. Mûlayim muallâk şarta ta’lik yapıldığında şartı meydana gelişıyla ona bağlanan sonuç da gerekli olur. Örneğin, bir kişi, “eğer falan kişi senin ondaki alacağını vermezse ben senin alacağının kefilim” derse, şartın meydana gelmesine bağlı olarak kefalet sabit olur ve kefiliden kefil olduğu şey istenir. Ta’likin, şer’an ta’likin caiz olduğu konular ve nicelikler hakkında olması gerekir.

Ta’liki şart kabul edip etmemesi açısından akitler iki gruba ayrılmaktadır. Bir kısım akitler ta’liki şartlar kabul etme uygun iken bir kısım akitler ise, ta’liki şartlar koşulmaya elverişli değildir. Ta’rihi şartlar koşulmayı kabul eden akitler vekâlet, vasiyet, havâle, kefâlet, kefâletten ibra, ticârete izin, satıştan sonra şüf’adan vazgeçme, hâkim ve mülki görevlilerin atama ve azledilmesi akitleridir. Müvekkil vekiline “her ne zaman seni azledersen sen benim vekilimsin” derse, her onu azlettiğinde vekâleti in’ikad eder. Velisi sefihe “halin düzelirse senin ticâret yapmana izin veriyorum” derse, sefihin hali düzeldiğinde ticâret izni verilmiş olur.

Diğer bir kısım akitler ise ta’liki şart kabul etmeye elverişli değildir. Bunlar, bey’ (satım), icâre (kira), isticâr (ücretle iş yaptırmak), âriyet (ödünç vermek), hibe (bağışlama), sadaka, akde icazet, hacr, sulh, ikrar, borçtan ibra, müzâraa (tarla kiralama), musâkât (bahçe kiralama), vakıf, tahkim (hakeme gitme) ikâle (karşılıklı rıza ile akdi bozma), vekilin azli, şart ve ayıp muhayyerliği ve mebî’i iade hakkının iptali gibi akit ve tasarruflardır.

Örneğin, bir kişi, “falan kişi seyahatinden dönerse evimi sana şu kadar liraya sattım, kiraya verdim (icâre), iare (ödünç) verdim, hibe ettim veya sana tasadduk ettim” derse, bu şartla söz konusu akitler ne kurulmuş olurlar ne de sahih olurlar. Bu tür akitlerin şarta ta’likinin caiz olmayışının bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunlardan ilki eğer alacaklı borçlunun ibrasını kendisinin ölümüne bağlamış (ta’lik) ise, bu ta’lik vasiyete hamd edilir ve

ta'lik sahih olur. İkincisi ise, şayet ikrarı, insanların örfünde uygun bir süreye bağlamış (ta'lik) ise, vadeli (müccel) borç ikrarına hamledilir. Örneğin, eğer falan ay veya gün ve mevlid-i Nebi başladığında ben sana şu kadar borçluyum derse, bu ikrar vadeli bir borcun ikrarına hamledilir. Bu vaktin girmesiyle borcu tediye (ifa) etmesi gerekir.

6.4.1.2. Muzaf şartlar

Akdi sonraki bir zamana bağlayan bu şartlara ‘‘muzaf şartlar’’ adı verilmektedir. Bu şartlar, ‘‘akit kurucu sözlü işlemin hükmünü belirli gelecek bir zamana erteleyen’’ şartlardır. ‘‘Bu evi bir yıllığına şu fiyata gelecek ayın başından itibaren sana kiraya verdim’’ şeklindeki bir sözlü ifade de yer alan şart muzaf şartın örneğidir.

Akdin bağlandığı gelecek zaman kimi durumlarda zaman ifadesi olmaksızın zihinsel olarak anlaşılır. Vasiyet akdi bunun örneğidir. Hibe veya sadaka ifadeleriyle yaptığı bağışlar ise ancak zaman zarfı ile geleceğe izafe edilebilir.

Akitlerin bir kısmı gelecek zamana izafeyi kabul eder, kimi ise hemen kurulmaya gerektirdiğinden zamana izafeyi kabul etmez. İcâre, icâreyi fesih, müzaraa, musakât, mudârabe, vekâlet, kefalet, vasi tayini, mal vasiyeti, satıştan önce şuf’adan vazgeçme, kazâ, emaret, vakıf, âriyet, muhayyerliği iptal gibi hukuki işlem ve akitler zamana izafe edilmiş şartlar ile ta’like elverişlidir. Satım (bey’), satıma (bey’e) icazet, satımı (bey’i) fesih, kısmet (müşterek malı taksim etme), şirket (ortaklık), hibe, mal üzere sulh, borcun ve borçtan ibra gibi hukuki işlem akitle ise zamana muzaf ta’liki şartları kabul etmez. Örneğin, ‘‘şu malı gelecek ayın başında şu kadar paraya sana sattım’’ şeklindeki bir akit geçerli (sahih) değildir.

6.4.1.3. Takyidi şartlar

Takyîdî şart, kayıtsız ifade edildiğinde zorunlu olmayan tasarrufu sözlü bir işlem ile gerekli kılmaktır. Bir kişinin bir malı müşterinin adresine teslim edilmesi şartıyla satması gibi... Bir kişi bir ürünü belirli sayıda taksitle alması şartıyla vekil kılrsa, vekilin vekâleti bu şart ile sınırlanmış (takyid) olur. Şarta aykırı davranarak satın alsa müvekkil adına değil kendi adına satın almış olur, müvekkili bağlayıcı olmaz.

Ta’liki şarttan farklı olarak takyîdî şartın koşulmuş olması durumunda akit kurulmuştur. Kuruluşu bir şeye bağlanmış (muallak) değildir.

Takyîdî şartlar caiz, lağv ve fasit şartlar şeklinde üç gruba ayrılmaktadır.

a. Caiz şartlar: Akdin içerdiği (gerektirdiği/iktiza) ve akit ile uyumlu (mülâyim) olan şartlardır. Bu şartlar koşulduğunda hem satın akdi hem de şartlar caizdir. Örneğin, icâre akdinde tarafların ücretin peşin veya ay sonunda alınması konusunda ileri sürebilecekleri şartlara riayet etmek lazım gelir. Mukayyet mudarebe akdinde müdâribin sermaye sahibinin koştığı şartlara riayet etmesi gerekir. Hizmet etmesi şartı ile bir cariye satın almak, yemek şartıyla bir yiyecek satın almak ve binmek şartıyla bir binek satın almak gibi...

b. Lağv şart: Akdin içermediği (iktiza) ve her iki tarafa zarar veren veya kimseye bir fayda veya zarar getirmeyen ya da âkidlerden başkasına yarar sağlayan şartlardır. Böyle bir şart koşulduğunda satım caiz, şart batıldır. Satım akdinde akdin her iki tarafına bir yarar sağlamayan şart lağvıdır ve akit sahihtir. Ürünü (mebi’) başkasına satmamak şartıyla yapılan satış gibi... Emanet akitlerinde, örneğin, vedia akdinde, ileri sürülen şartlar uygulanabilir ve vedia bırakılana yararlı değilse lağv kabul edilir. Bu kapsamda emanet bırakan (mûdi) veya iare veren (muir) kişiler, vedianın ve âriyetin emanetçi (müstevdi’) ve ödünç alanın (müstair) yanında kasıt ve kusurları olmaksızın telef olması halinde tazmin edilmesini şart koşarlarsa, şart batıl akit sahihtir.

c. Fasit şart: Akdin içermediği (iktiza) de akit ile uyumlu (mülâim) da olmayan şartlardır. Böyle bir şart koşulduğunda hem satım akdi hem de şart caiz değildir. Böyle şartlarda taraflardan biri için bir menfaat yer almaktadır. Bir ay sonra teslim etmek üzere bir aynı satmak, karnındaki yavru hariç cariyeyi satmak, müşterinin azat etmesi ve satıcının kullanması ya da müşterinin borç para vermesi şartıyla bir cariyeyi satmak, satıcının dokuması şartıyla bir elbiseyi satmak gibi... Bu şart türüne, eğer hak sahibi olabiliyorsa akdin konusu (ma’kud aleyh) için bir menfaat barındıran şartlarda dahildir. Köleyi azat etmek gibi... Eğer köleyi azat ederse, akit caize

dönüşür. Ebu Hanife'ye göre bedel (semen) gerekli olur. Çünkü akit onunla sona ermiştir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre kıymeti vacip olur ve o hali üzere fasittir.

Fasit şartın akit üzerindeki etkisi bakımından akitleri ikiye ayırmak gerekmektedir. Bir kısım akitler, akdin gerektirdiklerinden olmayan, ona uygun (mülaim) da olmayan fasit şartlarla birlikte sahih olarak kurulabilir. Bu ileri sürülen fasit şartlar lağv kabul edilir. Bu akitler vekâlet, karz, hibe, sadaka, rehin, vasiyet, ikâle, hacr ve izin verme (mezûn) akitleridir. Örneğin, bir kişi diğerine benden borcu ibra etmen şartıyla seni falan işte ve kılıyorum der ve vekil de kabul ederse, vekâlet sahih şart lağv (boş) kabul edilir. Hakeza bir kişi diğerine “benim yanımda bir ay çalışman şartıyla sana şu miktar borç veriyorum” der, adam da kabul eder ve malı teslim ederse, karz akdi sahih, şart ise batıldır. Hanifi hukukçulardan Züfer bu ilkeyi sürekli nikâha (muvakkat nikâh) tatbik bitmiş ve nikâhın sahih şartın batıl olduğunu söylemiştir. Yani akdin süresiz olarak kurulduğunu savunmuştur.

Bir kısım akitler ise fasit şart ile birlikte sahih olmaz. Bunlar satın (bey'), kasâme, icâre, akdi izin verme, bir sükut veya inkâr hususunda sulh veya bir mal ile mal hakkında ki ikrar, borcu ibra, muzâraa, musâkât ve vakıf akitleridir. Bu akitlerde fasit bir şart ileri sürülürse akitler fasit olur.

Bir kişi diğerine, “atımı bir ay binmen şartıyla sana sattım” derse, satım akdi bu şart nedeniyle fasit olur.

Bir kimse bir hayvanı karnındaki yavru hariç hibe ederse, hibe sahih istisna batıldır. Çünkü istisna, bağımsız olarak akde konu olabilen hususta caizdir. Bu nedenle anne karnındaki yavrunun satışı caiz olmadığı gibi hibe akdinde istisna edilmesi de caiz değildir. Bu şekilde şart fasit olmuş olur. Hibe ise fasit şart ile batıl olmaz. Çünkü Hz. Peygamber ömür kaydıyla hibe'yi caiz görmüş ve bu şekilde hibe edenin ileri sürdüğü şartı da iptal etmiştir.

6.4.2. Muhayyerlikler

Muhayyerlik her iki tarafa borç yükleyen (muvâzat) bağlayıcı (lâzım) akitlerde tarafların uğrayabileceği zararları ortadan kaldırmak için meşru kılınmıştır. Fıkıh kitaplarında çok sayıda muhayyerlik ifade edilmişse de biz Mecelle'nin ele aldığı muhayyerlikler üzerinde duracağız.

6.4.2.1. Şart muhayyerliği (hıyâru's-şart)

Akdin kuruluşu esnasında akdin taraflarından birinin veya her ikisinin aktif onaylamak veya feshetmek için belirli bir süreyi şart koşması ile ortaya çıkan ve bu hakka sahip olan kişiye tek taraflı olarak akdi feshetme yetkisi veren bir muhayyerliktir. Şart muhayyerliğine sahip olan tarafın süresi içerisinde akdi sözlü veya fiili olarak feshetmesi ile taraflar akdi kurmadan önceki durumlarına geri dönerler. Akit kurulmadan şart koşulan muhayyerliği bir hükmü yoktur.

Ebu Hanife ve Şafii'ye göre şart muhayyerliğinin süresi üç günden fazla olamaz. Ebu Yusuf ve Muhammed ile Ahmed b Hanbele göre süre belirli olmak şartıyla uzun bir süre muhayyer kılınabilir. İmam Mâlik'e göre muhayyerliği taraftar tayin edebilirlerse de, mala göre değişir. Mesela bir günde bozulan yiyecekler için müddet bir gündür. Akar ve ağaçta 36 güne, uruz ve hayvanda 3 ile 5 güne kadardır.

Ebu Hanife'ye göre muhayyerlik hakkını fesih şeklinde kullanacak olan müşteri bu hakkını ancak satıcının yanında kullanarak malı reddeder. Akdi onayladığını ise her yerde beyan edebilir. Mâlik, Ebu Yusuf, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre, muhayyerliğini akdin feshi yönünde kullanacak tarafın bunu satıcının yanında yapması şart değildir. Muhayyerlik hakkına sahip tarafın geçerli süre içerisinde vefat etmesi durumunda Ebu Hanife'ye göre muhayyerlik sona erer ve akit kesinleşir (lâzım). Muhayyerlik hakkı varislere intikal etmez. Mâliki, Şafii ve Hanbeliler ise muhayyerlik hakkının vârislere intikal edeceği görüşündedirler.

Muhayyer olan, kabul ettiğini, uyuştugu kimsenin yanında veya başka yerde söyleyebilir; fakat reddettiğini ona söylemesi lâzımdır. İmam Ebu Yusuf başka yerde de reddedebilir, dedi.

Muhayyerlik hakkında hem satıcı (bâyi) hem de müşteri sahip olduğu durumlardan birinin bu hakkına dayanarak akdi feshetmesi halinde akit bozulur. Birinin akdin yürürlüğünü onay (icazet) vermesi halinde diğerinin muhayyerlik hakkı devam eder.

6.4.2.2. Vasıf muhayyerliği (hıyâru'l-vasf)

Satıcının, müşterinin rağbet ettiği bir vasıfla niteleyerek sattığı bir malda bu vasıf bulunmayışı halinde müşteri için oluşan bir muhayyerliktir. Bu durumdaki müşteri dilerse akdi fesheder, dilerse anlaştıkları bedel (semen-i müsemma) ile malı kabul eder. Satıcının sağlam olduğunu söyleyerek sattığı ineğin süttan kesilmiş olduğu ortaya çıkınca müşteri vasıf muhayyerliğine sahip olur. Vasıf muhayyerliği bulunan müşteri satın aldığı malda mülkiyet gereklerinden olan bir tasarrufta bulunursa muhayyerliği sona erer. Vasıf muhayyerliği olan müşteri vefat ettiğinde bu hak vârislerine intikal eder.

6.4.2.3. Nakit muhayyerliği (hıyâru'n-nakd)

Tarafların belirli bir vakte kadar bedelin ödenmesini, ödenmediği takdirde akdin geçersiz olması şartıyla anlaşmış olmaları halinde nakit muhayyerliği oluşur. Bu süre içerisinde müşteri bedeli (semen) tediye edemezse nakit muhayyerliği ile yapılan satış fasit olur.

6.4.2.4. Ta'yin muhayyerliği (hıyâru't-ta'yin)

İki veya üç kıyemi malın fiyatları ayrı ayrı belirlenerek müşterinin dilediğini alması veya satıcının dilediğini vermesi şeklindeki bir satışta oluşan muhayyerliktir. Ta'yin muhayyerliğinde sürenin belirlenmesi gerekir. Bu süre içerisinde muhayyerlik sahibinin malı ta'yin etmesi gerekir. Örneğin, iyi, orta ve düşük kalite üç top kumaşın fiyatı ayrı ayrı belirlenip üç veya dört gün içerisinde müşterinin dilediğini satın alınması şartıyla satıcı birini satsa; müşteri de bu şekilde kabul etse akit kurulmuş olur. Müşteri belirlenen süre içerisinde birini seçerek adlandırılmış bedelini (bedel-i müsemma) ödemeye mecburdur. Ta'yin muhayyerliği var ise intikal eden bir muhayyerliktir. Ta'yin muhayyerliği ile müşterinin teslim aldığı bu mallardan seçmiş olduğu satım akdinin konusu (mebi') olur, diğer iki mal ise satıcının malı olarak kalır ve müşterinin yanında emanet olarak bulunur. Emanet hükümlerine tabi olur.

6.4.2.5. Görme muhayyerliği (hıyâru'r-ru'ye)

Satıcının satım akdi esnasında mevcut olan ancak yanında hazır bulunmayan bir malı satması caizdir. Bununla birlikte bu durum müşteri için görme muhayyerliği doğurur. Görme muhayyerliği, bir malı görmeden alan müşterinin görünce kabul etmek veya akdi feshetmek hakkına sahip olmasıdır. Malı görmemiş olan müşteri bedeli ödemeye zorlanamaz. Görme muhayyerliği zaman ile sınırlı değildir. Görme muhayyerliği bulunan müşteri bu hakkını zaman ile sınırlı olmaksızın kullanabilir.

Hanefi hukukçulara göre muhayyerlik dört yerde söz konusu olur.

a. Satın akdinin konusunun "ayn" olması halinde görme muhayyerliği vardır. Akdin konusunun (mebi') deyn olduğu selem akdinde mebi (teslim edilecek mal) hakkında müşterinin muhayyerliği yoktur.

b. Kiralanan yer görüldüğünde reddedilebilir. Bu bakımdan icâre akdinde görme muhayyerliği vardır.

c. Bir ayn ortaklığın izalesi için taksim edildiğinde (ifraz) paylarını sonradan görenler görme muhayyerliği sahiptirler. Dilerse kabul dilerse taksimi feshedebilirler. Misli bir mal taksim edildiğinde görme muhayyerliği yoktur. Çünkü bu mallar birbirinin benzeridir.

d. Bir mal davasında görmediği bir mal karşılığında sulh olan kişi, görmediği malı görünce muhayyerdır. Dilerse kabul eder dilerse reddederek akdi fesheder. Mâlikiler ile Şâfiilere göre tarafların yanında hazırda bulunmayan ve sıfatları bildirilmeyen ayrı bir malın satışı sahih değildir. İmam Ahmed'e göre sahihtir.

Görme muhayyerliğinden asıl kastedilen malın yalnızca göz ile görülmesi değil, malın hal ve mahalli hakkında bilgi sahibi olmaktır.

Şâfiî mezhebi dışındaki hukuk ekolleri âmânın vasfını bilmediği bir mal satın aldığında görme muhayyerliğinin bulunduğunu kabul ederler. Âmâ kişiye satıştan önce mal cins ve sıfatı ile tarif edilirse muhayyerliği sona erer.

Numune gösterilerek satılan bir malın numunesini göstermek yeterlidir. Ancak teslim edilen mal numuneden düşük kalitede çıkarsa müşteri dilerse kabul eder dilerse reddeder. Bir birine benzer olan şeylerin bir kısmını görmek yeterlidir. Farklı olanların ise her birinin görülmesi lazım gelir.

Bir malı satın almaya veya teslim almaya (kabz) vekil olan kişinin görmesiyle muhayyerlik sona erer, malı yalnızca alıp getirme hususunda elçi olan (rasul) kişinin görmesi ile muhayyerlik sona ermez. Çünkü rasul malı beğenmeyip iade etme yetkisine sahip değilken, vekil bu yetkiye sahiptir.

Görme muhayyerliği vârise intikal etmez .Bu nedenle müşteri almış olduğu malı görmeden vefat ederse vârisi muhayyer olmaksızın malın sahibi olur.

6.4.2.6. Ayıp muhayyerliği (hıyaru'l-ayb)

İslam hukukçuları malım bir kusurunu gizlemeyi (tedlis), ayıp muhayyerliği olarak adlandırıp aldatılan tarafa akdi feshetme hakkı tanındığı konusunda görüş birliğine varmışlardır. Ayıp muhayyerliğinin oluşması için satıcının malın kusurunu biliyor olması şart değildir. Satıcı sattığı malın kusurunu ister bilip gizlemiş olsun, isterse kusuru olduğundan habersiz olsun, akit'ten ve teslimden önceye ait bir malın değerini düşüren bir kusur ortaya çıkarsa müşteri ayıp muhayyerliğine sahip olur. Eğer satıcı akdin konusundaki ayıbı biliyor ve gizliyorsa tedlis yapmış olur. Eğer satıcı malın ayıbını bilmiyorsa tedlis yapmış olmaz; ancak malın kusursuz satımı ilkesi gereği karşı tarafın ayıp muhayyerliği ile malın iadesini kabul etmek zorundadır. Örneğin, satım akdinde, satıcı ortaya çıkacak ayıplardan sorumlu olmadığı şartıyla malı satar ve müşteride malın görünen kusursuzluğuna dayanarak şartı kabul ederse akit ve şart sahih kabul edilir. Ancak burada satıcının kusur hakkındaki bilgisine göre iki durum ortaya çıkar. İlk durumda bu şartı ileri süren satıcı, malın bir kusuru olduğundan habersiz olarak yalnızca ihtiyat için bu şartı ileri sürmüştü, müşteri ayıp muhayyerliğine sahip olmaz. İkinci durum ise satıcı malın kusurunu bilmekte ve kötü niyetini korumaya almak için bu şartı ileri sürmektedir. Bu durumda satıcı'nın ileri sürdüğü şart, Hanefiler dışındaki hukukçulara göre sahih/geçerli kabul edilmez ve ayıbı gizleyen kişi (müdelis) tazmin ile sorumlu tutulur.

Muhayyerlikler bahsinde ayıp, bilirkşi tarafından malın değerini azaltıcı kabul edilen kusurdur.

Bir akit ile satın alınan şeylerin bir kısmı ayıplı çıkarsa, malın tesliminden (kabz) önce müşteri dilerse tamamını satın almaktan vazgeçer, dilerse adlandırılan bedel (semen-i müsemma) ile tamamını kabul eder. Ayıplı olanı reddedip ayıbı olmayanı elinde tutmaya yetkili değildir.

Satıcının ihtiyat şartı olarak malın ayıbından sorumlu olmadığını şart koşması veya müşterinin malı kusuru ile birlikte kabul ettiğini beyan ettiği bir akitte ayıp muhayyerliği yoktur. Müşterinin malda bir ziyade de bulunması ayıp muhayyerliği ile akdin feshine engeldir.

6.4.2.7. Ğabn ve tağrir muhayyerliği (hıyâru'l-ğabn ve't-tağrir)

Tağrir, satım ve icâre gibi ivazlı akitlerde taraflardan birinin gerçek dışı sözlü ve fiili araçlarla diğer tarafı akdi kurmaya sevk ve teşvik ederek aldatmasıdır. Ğabn ise, ivazlı bir akitte akdin konusunun değerinde veya vasfında aldanmadır. Tağrir, satıcının bilinçli olarak aldatıcı söz ve fiili ile oluşurken, ğabn de bu durum söz konusu değildir.

Ğabn aldanmanın miktarına göre fâhiş ve yesîr şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ğabn-ı fâhiş, tağrir ile birlikte alış-veriş feshetme hakkı doğuran aldatmadır ki ölçüsü, piyasadaki en yüksek fiyat esas alınarak, sarf akdinde (nükût) % 2,5 ,urûda %5, hayvanda %10, gayrimenkulde (akar) % 20 ve üzeri aldanmadır. Mâlikiler fâhiş ğabn miktarının malın değerinin üçte biri olduğunu söylemişlerdir. Haberiler ise ğabnın tespitini âdete bırakmışlardır. Hanefî hukukçuları vakıf, yetim ve devlet hazinesine (beytülmal) ait mallardaki aldanmada tağrir şartını ileri sürmemişlerdir. Bu mallardaki aldanmada tağrir olsun olmasın fâhiş ğabnın bulunması halinde akit sahih olmaz.

Bu üç malın dışında tağrir bulunmaksızın ağabeyini ğabn-ı fâhişin oluşması halinde aldanmış kişiye akdi feshetme yetkisi tanınmamıştır. Fâhiş ğabn tağrir ile birlikte bulunduğu aldanan tarafın akdi fehetme hakkı doğar. Fâhiş ğabn ile aldatılan (tağrir) kişinin vefatı halinde muhayyerlik hakkı varislerine intikat etmez. Tağrir ve Ğabn-ı fâhiş ile satın alınan bir mal telef olursa, bir ayıp meydana gelirse, bu mal da bir ilave değişiklik meydana getirilmişse muhayyerlik hakkı sona erer.

6.4.2.8. Meclis muhayyerliği (hıyâru'l-meclis/hıyâru'l-Kabul)

Meclis birliğini durum birliği olarak kabul eden Hanefî ve Mâlikilere göre meclis birliği icabta bulunan tarafın kabul den önce beyanından geri dönme hakkı (hıyâru'r-rücû) şeklindedir. İcabta bulunan tarafın icabı diğer tarafın kabulü ile karşılık bulmadan hüküm tesis etmediğine göre bu iki muhayyerlik doğurur. İlki meclis içerisinde kendisine icâbta bulunan kişinin kabul muhayyerliğidir. İkincisi ise, icâbta bulunan tarafın başkasının hakkından hâli cevabından henüz kabul gerçekleşmeden rücû etme muhayyerliğidir. Zorluğu defetmek ve kolaylaştırmak için meclisin sözün birleştiği an olması lazım gelir.

Meclis bildiğini, mekân birliği olarak anlayan Şâfiî ve Hanbeli hukukçular, tarafların akdi gerçekleştirdikleri mekânı terk etmedikleri sürece muhayyer oldukları kanaatindedirler.

6.5. Akdin bozulması (inhilâlu'l-akd)

Akdin bozulması (inhilâl), hukuken kurulmuş ve sonuçlarını doğuran bir akdin iradi veya iradi olmayan bir sebeple sonlanması demektir. Akdin bozulması kavramıyla ifade ettiğimiz durum akdinin batıl oluşu (butlân)ndan farklıdır. Akdin butlanı, akdin hukuken hiç kurulmamış olduğu anlamına gelir. Bozulması ise, hukuken varlık kazanmış bir akdin sona ermesi anlamındadır.

Akdin iradi olarak bozulmasına fesih, tarafların iradesi dışında ki bir sebeple bozulmasına ise infisah adı verilir.

6.5.1. Fesh ve infisah kavramları

İki taraflı bağlayıcı akitlerde tek taraflı fesih yetkisi kimseye tanınmamıştır. Bu akitler karşılıklı rıza ile feshedilirler ki buna fıkıh literatüründe “ikâle” adı verilir. İslam hukukçularına göre ikâle, akdin tarafları bakımından fesihtir. Sözü geçen akit ikâle ile fesh olur ve akdin taraftarı akit kurulmadan önceki duruma geri dönerler. İkâle, akdin tarafı olmayan kişiler bakımından ise yeni bir akit kabul edilir. Örneğin, şuf'a hakkı doğuran bir gayrimenkul satıldıktan sonra akdin taraflarının ikâle yoluna başvurmaları sonucunda mal satıcıya geri dönerse, bu işlem onlar için fesihtir. Ancak satış ile şuf'a hakkı ortaya çıkan kişi açısından bu yeni bir akitir.

Nikâh akdi dışındaki bütün akitlerde taraflar ikâle yolu ile akdi feshedebilirler.

Akdin her iki tarafının tek taraflı iradesiyle fesih kabul eden vekâlet ve şirket gibi akitler, başkasının hakkıyla ilişkilanmemiş olmak kaydıyla feshedilebilir.

Rehin akdi gibi akdin taraflarından biri için bağlayıcı olmayan akitleri yalnızca bu kişi tek taraflı irade ile feshedebilir.

İnfisah, akdin kendiliğinden bozulması demektir. Şu durumlarda akit kendiliğinden bozulur:

*Bir akdi uygulamak imkânsız hale gelirse kendiliğinden bozulur.

*Uygulanması belirli bir zamanı kapsayan akit (el-akdu'l-müstemir), sürekliliğinin dayandığı esas kaybolduğunda bozulur.

*Satım akdinde mal teslim edilmeden satıcının yanında telef olursa, akdi uygulamak imkânsız hale geldiği için akit infisah eder.

*Hanefîler sürekli vakitlerden (el-akdu'l- müstemir) olan icâre akdinin tarafların ölmesi ile infisah ettiği görüşündedirler. Şâfiî hukukçular ise ölüm ile icâre akdinin bozulmayacağı görüşündedirler.

6.5.2. Aktin bozulmasının sonuçları

İster fesih isterse infisah şeklinde olsun akit bozulması akdin taraflarının sözleşme öncesi durumuna dönmelerini gerektirir. Eğer akit mali türden ivazlı bir akit ise, taraflar akde binaen malik olduklarını karşılıklı iade etmek durumundadırlar. Satıcı aldığı bedeli, müşteri teslim aldığı malı iade etmek zorundadır. Ancak eğer uygulanmış bir akdin sonuçlarının ne bütünüyle neden kısmı olarak ters yüz edilmesi mümkün olursa fesih imkânsız olur. Akdin bozulup akdin konusunun bir kısmı için ayn olarak iadesi mümkün olursa iadesi mümkün için akit fesh olur, diğer için fesh olmaz.

Akdin bozulması, kurulmasıyla birlikte derhal sonuçlarını doğuran fevri akitlerde geçmişe dönük olarak her iki bedelin (ivaz) iadesini gerektirir. Eğer akdin konusunun bir kısmı mevcutsa mevcut kısım için fesh (ikâle) tatbik edilir. Kimi durumlarda ise akdin bozulmasının geriye dönük bir etkisi olamaz, hükmü meydana geldiği tarihten gelecek zamana dönük olarak yürür.

6.5.3. Akdi uygulamaktan kaçınma halinde fesih hakkı

Her iki taraf için bağlayıcı olan mali boyutlu ivazlı akitlerde taraflardan birinin akdi yükümlülüğünü yerine getirmekten katılması halinde, Hanefilerde dahil olmak üzere İslam hukukçularının çoğunluğu, yükümlülüğü yerine getiren kişiye akdi feshetme hakkı tanımamışlardır. Bu durumda hak sahibinin mahkemeye başvurarak akdin cebri tatbiki yolunda gitmesi gerektiği kanaatine sahiptirler.

Modern hukuk, akdi yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmayan tarafın, mahkemeye başvurmak suretiyle akdin tatbikini veya feshini talep hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

Zerkâ, İslam fıkhnın genel çerçevesine aykırı olmayış, İslam hukuk ekollerinin bazı akitlerde bu hakkı tanımış olmaları ve çağın gereklerine uygunluğunu dikkate alarak bu yaklaşımı yerinde bulmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM AKİTLER

1. Satım akdi

1.1. Tanımı ve meşruiyeti

Satım akdi fıkıh literatüründe "bey' akdi" olarak adlandırılır. "Bey" kelime olarak mutlak mübadele (değiş tokuş) anlamına gelir. Fıkıh kaynaklarında "bey" kavramı yerine kullanılan "şira" kelimesi de böyledir. Terim olarak satım (bey') akdi, "Mütekavvim bir malın mülkiyet (temlik ve temellük) tesis edecek şekilde mal ile değiştirmektir. Türkçe'deki "alışveriş" ifadesi bey' ve şira'nın tam karşılığıdır.

Satım akdinin meşruiyeti kitap, sünnet ve akli deliller (ma'kûl) ile sabittir. Satım akdinin Kur'an'daki delili "Allah alış-verişi helal kıldı" (Bakara 275) ve "..... rızasına dayanan ticaret olması hariç..." (Nisa 29) ayetleridir. Sünnetten delili ise, Hz. Peygamber Nebi olarak gönderildiğinde İnsanlar alış-veriş yapıyorlardı, bu yaptıklarını onayladı ve kendisi de bizzat ve vekâlet yolu ile alışveriş yaptı.

Satım akdinin rüknü icap 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 fıkıh ta "mebi" ; ödenen bedele ise "semen" adı verilmiştir.

1.2.1.2. Trampa (mukâyada)akdi

Mukâya da malın mal karşılığında satın mıdır.Bu satım akdinde bedellerin her ikisi de maldır, nakit türü bir bedel yer almamaktadır.

1.2.2. Güveni esas alması bakımından satın 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, şartsız satılması ya da daha düşük bir bedelde anlaşılmasına göre üçe ayrılmaktadır.

a. Murabaha satımı (bey'u'l- murabaha): Satıcının açıkladığı ana paraya (sermaye) belirli bir miktar veya oranda kâr konularak kurulan satın aktidir.

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

c. Vadia satımı (bey'u'l-vadia): Satıcının açıkladığı anaparadan Belirli bir miktar veya oran düşürülerek zararına kurulan satım aktidir.

1.2.2.2. Pazarlık esasına dayalı satım akdi (bey'u'l-musâveme)

Satıcının malın ana parasını (sermaye) söylemeksizin talep ettiği bedel üzerinden pazarlık usulü ile kurulan satım aktidir.Bu satım akdinde anapara ifade edilmediğinden dolayı taraflar güven esasına dayalı bir akti kurmamışlardır.

1.2.3. Bedellerin(ivaz) teslim şekline göre satım akdi

Bir satım akdinde mal(mebi) ve bedel(semen) şu hallerden birinde bulunur ya her ikisi peşin veya her iki bedel vadeli ya da bedellerden biri peşin diğeri vadeli olur. Eğer bedel (semen) peşin mal vadeli olursa ‘selem akdi’ olur. Eğer mal(mebi) peşin bedel (semen) vadeli olursa ‘nesie akdi’ olur. Satım akdinde her iki bedelden birinin vadeli olması caizdir.

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

1.3. Satım akdinin unsurları

1.3.1. Satım akdinde irade beyanı

Satım akdi icap ve kabul ile kurulur.İcap ve kabul, sözlü (lafzi) olarak veya bu anlama gelen teati yoluyla gerçekleşir.Hükmün bağlandığı rıza'yı gösteren bu delaletlere ‘irade beyanı’ adı verilir.

İrade beyanının haberi değil, inşâi tarzda olması gerekir Çünkü satım akdi talep içeren (İnşai) bir tasarruftur. İnşâilik ise, şer’i belirleme ile bilinir.İfadenin inşâi olduğu, dilde talep ifade eden kipler ile kurulmuş olmasının yanısıra 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 satın akti kurulabilir.

Emir kipinin icap ve kabul de kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefi mezhebi emir cümleleri ile irade beyanının yapılamayacağını diyer üç Ehli sünnet mezhebi ise bunun mümkün olduğunu kabul etmişlerdir.

Hanefiler emir sigasının irade beyanında kullanılmayacağını, bu tipini vekâleti içermesine bağlamaktadırlar. Hanefilere göre, ‘şu malı bana sat’ diyen kişi sanki ‘bana vekâleten şu malını bana sa’t demiş gibidir. Böyle olunca satıcı müşteri adına vekâleten icap ta; kendi adına da asaleten kabul de bulunmuş olmaktadır.

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 bin lira karşılığında benden sadaka olarak ver’ derse, sahih bir anlam çıkması için ‘malını senden bin liraya satın aldım’ ve ‘bu satın aldığı 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 ile kurduğu akit sahihtir. Yazarak akit kurması da caizdir.

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

İslam'ın ilk döneminden itibaren kabul gördüğü için âmânın satın akdinin tarafı olarak irade beyan etmesi caizdir. Bu husustaki asıl Hz Ömer'in rivayet ettiği Habbân B. Munkiz hadisidir. Hz Peygamber ona ‘alışveriş yaptığında, aldatma yok ve benim için üç gün muhayyerlik vardır, de’ diye buyurmuştur bu zat âmâ idi. Yine vekalet 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 edilmesi ile 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 kılmışsada sonraki hanefiler Osmanlı'nın çıkardığı ‘Usul-ı Muhakeme-i Hukukıyye Kanunu’nun görüldüğü üzere tedavülü alışlagelmiş hak ve menfaatlerin mütekavvim mal kapsamına dahil etmişlerdir.

Mâliki Şâfi ve Hanbelilere 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 değer (mal) ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bunun sonucunda telif hakkı, patent hakkı, ticari ünvan, 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 faydalanan bir malı satmak caizdir. Bu nedenle kopek, pars/jaguar ve eğitilmiş olsun olmasın yırtıcı hayvanları satmak caizdir. Çünkü bu hayvanlar bekçilik ve avcılıkta kullanılmaktadır. Haşerât, yılan, akrep, keler, kirpi vb. satımı caiz değildir; çünkü bunlardan yararlanılmaz. Ebu Yusuf saldırgan köpeklerin satımı caiz olmadığını söylemiştir. Fil satışı da caizdir. Maymunun satış 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 mal da bilinmezliğin (cehalet) bulunmaması lazım gelir. Klasik dönem İslam hukukçuları satım akdine konu olan malın kıyemi ve misli oluşu bakımından bilinmezliği (cehalet) ortadan kaldıracak şartları tespit etmişlerdir. Piyasada benzeri ve eşit olmayan kıyemi bir maldaki bilinmezlik (cehalet)

bbncinsi, miktarı ve vasfının belirlenmesi ile muayyen hale gelir.Hazırda olmayan bir mal eğer hacim ölçüsü (keyli),ağırlık ölçüsü (vezni) 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.

Keyli veya vezni bir malı cinsleri farklı olduğunda ölçerek,tartarak veya toptan satışı câizdir. 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 satış ise riba ihtimalinden dolayı caiz değildir.

Mebi’in ölçüsü bilinmeyen bir kap ve ağırlığı bilinmeyen bir taş ile tartılarak satılması caizdir. 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(kafız) bir dirhem den 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 ölçeği hakkında satış caiz olur. Ona göre, mal (mebi) ve bedelin (semen) bilinmezliğinden (cehalet) dolayı aktin bütününe döndürmek de zorluk vardır. Bu nedenle bilinen en aza akit döndürülür.

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise, bu akit her şekilde de caizdir.Ebu Hanife'ye göre bir ölçek hakkında satış caiz olduğuna göre, müşterinin üzerinde anlaşılan akdi bölme hakkı (muhayyerlik) var demektir. Mecliste ölçülmesi ve ölçeklerinin tamamının ifade edilmesi de böyledir.

Ebu Hanife, büyüklükleri farklı adedi mallar da dahil olmak üzere kıyemi malların birim fiyat esası ile tamamının satımı 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. Büyüklükleri farklı adedi malların satımı 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 ölçeğinin satış ise, yığının oluşturan mal arasında farklılık bulunmaması sebebiyle caizdir.

Bir kimse bir elbiseyi on arşın (zira) olması şartıyla 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 muhayyerdur. Yukarıdaki durumdan farklı olarak buradaki ‘zira’’ malum birim 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 yitirilmesi ne yol açmıştır.Vasıf farklılığı sebebiyle bedel de belirli bir farklılık oluşturmak mümkün olmamakla birlikte, ifade edilen vasfın bulunmayışı rızayı ortadan kaldırdığı için müşteriye fesih hakkı tanınmıştır.

Eğer bu mallar akit de ifade edilen den fazla çıkarsa fazlalık müşteriye aittir, satıcının muhayyerliği yoktur. Çünkü bu fazlalık, ifade edildiği gibi miktar değil, vasıftır.

Bir kimseye 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'n kendisi ile ölçülen şeyin adı olduğunu ve zira'n kapsadığı şey için istiare yoluyla kullanılmıştır. Bu ise şâyi değil, muayyendir.Burada ki satışta ise satın alınan yer payın aksine malum değildir.

Belirli olmayan bir ürünü (bahçenin meyvesi gibi) satıp belirli bir ölçөгünü satıştan istisna etmeyi Hanefi hukukçular,istisnadan sonra geri kalanın meçhul hale gelmesi sebebiyle caiz görmezler. Mâlikiler bunu caiz görmüşlerdir.Bir bahçenin ağaçlarındaki meyveyi satıp belirli bir kaç ağacı istisna etmeyi ise caiz görmüşlerdir.

Hanefiler, başakta ki buğdayın ve kabuktaki baklanın, pirincin ve susam'ın satışını caiz kabul etmişlerdir. Şâfiî ise yeşil baklanın, ceviz ve badem ve fıstığın ilk kabuğunda satılmasını caiz görmemiştir. Başakta ki buğdayın satışı hakkında da şâfiiden iki görüş aktarılmıştır. Şâfiî, akdin konusunun kendisinde fayda olmayan bir şeyle gizli olduğu gerekçesine dayanmıştır.Bu şekilde satışı toprakla karışık altının satışına benzetmiştir. Hanefiler ise Hz Peygamberin hurmayı kızarınca,başağı beyazlaşınca kadar satmayı yasakladığını belirtmiştir.

Hanefilere göre yiyecek olarak veya hayvan yemi olarak faydalanılabilen meyvenin olgunlaşmadan satışı caizdir.Çünkü bu durumdaki meyve mütekavvim mal kabul edilir.

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

Menkul bir malın kabzdan önce satımı caiz değildir. Çünkü Hz peygamber 'kabzedilmeyen şeyin satımını yasakladı'. Bu malın teslim alınmadan satımının yasaklanmasının sebebi telef olma ihtimalinin bulunması ve akdin malın tesliminin imkansızlaşması sebebiyle infisah etmesidir. Bu şekilde ğarar oluşmuş olur. Mehir, muhalaa,kan bedeli hakkında yapılan sulhun bedeli ise teslim alınmadan tasarruf edilmesi caizdir.Çünkü bunda ğarar bulunmamaktadır.

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

1.3.2.1.2. Mebi'e dâhil şeyler

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

Buna göre akdin konusunun kapsamını biri lafsız diğeri örf olmak üzere iki şey belirlemektedir. Lafzi belirlenen söz konusu ismin dildeki kapma ile ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda bir kişi Arapça'da 'dar' olarak tabir edilen bir mülk satın alırsa evin binası ve arsası birlikte satışa konu olmuş kabul edilir. Zeytinlik satışında da zeytin ağaçları ifade edilmesi de satışa dahildir.

Mal ve eşyanın parçası/cüz'i sayılan şeyler akde dahildir. Örneğin, evin kilidi ve kilidin anahtarı, süt ineğinin emen yavrusu satılan şeyin parçası olması bakımından akde dahildir. Mal ve eşyaya bitişik ve sıkı bir bağı olan şeyler de ifade edilmesi de akde dahildir. Bu bağlamda satış akdinde ifade edilmese de ev satımında kapılar ve arazi satımında ağaçlar satışa dahil olur.

Satılan şeye (mebi') sıkı bir şekilde bağı olmayan ve mebi'in cüzü sayılmayan şeyler ise akit esnasında belirtilmemişse akde dahil değildir. Buna satılan arazide mevcut olan ekin, ağacın üzerindeki ürün, ev satışında gömme olmayan dolaplar, kanepeler vs. akit esnasında ifade edilmemişse akde dahil değildir. Bu örnekler arasında saydığımız ekin, kalıcı olmak üzere değil, ayrılmak üzere araziye bitirmiştir.

1.3.2.2. Semen

Akdin iki karşılığından (ivazeyn) biri olan bedel (semen) mutlak olarak ifade edildiğinde miktar ve sıfatının bilinmesi akdinin sıhhati için gereklidir.

Bir satım akdinde semen mutlak olarak ifade edilmişse ülkenin galip ödeme aracı olan para olduğu kabul edilir. Eğer galip olmayın 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 durum ise, paranın cinsinin belirlenmemesi ihtilafa yol açacağı için akit fasit olur.

Akdin bedelinde (semen) teslimden önce tasarrufta bulunmak caizdir; çünkü teslim alınmamış olsa da bedel üzerinde mülkiyet meydana gelmiştir. Bedel de mal da (sil'a) artırımı yapmak, bedel (semen) de indirim yapmak caizdir ve yapılan indirim ve artırım akdin aslına ilave olur. Peşin olarak kurulan bir akdin bedeli daha sonra vadelenendirilebilir, sahihtir. Bu satıcının hakkıdır, alacağını iskat edebileceği gibi tecil de edebilir.

1.4. Satım akdinin hükmü

Satım akdinin hükmü mülkiyetin intikalidir. Müşteri için malın; satışı için bedelin mülkiyeti akdin kurulması ile sabit olur.

1.5. Satım akdinde şartlar ve muhayyerlik

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

Hanefi hukukçular taraflarından birinin icâbta bulunması halinde diğer tarafın "kabul/meclis muhayyerliği" olduğunu; henüz kabul gerçekleşmeden icapta bulunanın başkasının hakkından hâli olan icabından "rûcu muhayyerliği" bulunduğunu kabul etmişlerdir. Hanefilere göre kabulden önce hangi taraf meclisten ayrılırsa icab sona erer. Taraflardan hangisi kabulden önce kalkarsa icab iptal olur. Çünkü bu icabı kabul etmemek ve rızanın bulunmadığının delilidir. Meclis birliği içerisinde icap ve kabul gerçekleştiğinde ise satım akdi bağlayıcı (lazım) hale gelir ve 'ayıp' ve 'görme' muhayyerliği dışında bir muhayyerliği bulunmaz. Satım akdi yapanların ayrılmadıkça muhayyer olduğunu haber veren hadis kabul muhayyerliğine hamledilmiştir.

Şâfiî, icap ve kabul ile satım akit kurulduktan sonra taraflardan biri için meclis muhayyerliği hakkının bulunduğu görüşündedir. Şâfiî bu hususta, 'alışveriş yapan iki taraf ayrılmadıkça muhayyerdur' hadisine dayanmıştır. Hanefiler ise, bize göre akdi tek taraflı feshetme de başkasının hakkının iptali bulunmaktadır ki bu caiz değildir. Diğer taraftan hadis kabul muhayyerliği şeklinde yorumlanabilir. Zaten hadiste de buna işaret edilmektedir; çünkü 'alışveriş yapan iki kişi' ifadesi işlemin kurulduğu hali göstermektedir.

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 Peygamberin bir Yahudiden zırhını rehin vererek belirli bir vade ile yiyecek satın almış olmasıdır. Vadeli satış da ödeme zamanının belirlenmesi nizaya yol açan cehaleti ortadan kaldırmak için gereklidir.

1.6. Satım akdinin taraflarca sonlandırılması(ikâle)

İkâle, sahih olarak kurulmuş bir akdin tarafların rızası ile feshedilmesidir. Diğer bir ifade ile ikâle, 'mali bir bedel karşılığında icap ve kabul ile mülkiyetin naklidir'. Ebu Hanife'ye göre biri gelecek zaman anlamı taşıyan iki lafızla ikâle kurulabilir. Muhammed eş-Şeybani 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 akitir. Eğer feshedilmezse batıl olur. Ebu Yusuf'a göre ise tüm taraflar açısından yeni bir akitir. Eğer yeni bir akit kılınamazsa fesh olur, o da olmazsa batıl olur. Muhammed eş-Şeybaniye göre ise fesih, Eğer fesih kılınamazsa satım akdi kılınır, o da mümkün olmazsa iptal olur. Eğer satım akdinde mal (mebi') teslim alınmamışsa bütün Hanefi imamlara göre ikâle fesih konumundadır. Teslimden sonra ise Ebu Hanife'ye göre ikâle fesih kabul edilir. Malın tesliminden sonra yavrulamak şeklinde mal da bir artış olursa, Ebu Hanife'ye göre, ziyade sebebiyle feshin imkânsız olmasından dolayı ikâle batıl olur. Ebu Yusuf'a göre bu durumda ikâle caizdir; çünkü yeni bir akit konumundadır. Muhammed eş-Şeybani'ye göre ise, bedel hakkında susar veya ilk bedeli veya daha azını veya mal da bir ayıp meydana gelirse fesihdir. Eğer bedelin daha fazlasını, farklı bir

cinsten olanını talep eder veya malda ziyade meydana gelmişse feshe kabil olmaması bakımından yeni bir akitir.

İkâlenin üçüncü şahıs bakımından yeni bir akit olması şuf'adar hakkında ortaya çıkar.Örneğin, bir kişi evini satar ve bu satış şuf'adara şuf'a hakkı verdikten sonra satıcı ile müşteri ikâle ile akdi feshederlerse şuf'adarın öncelikli satın alma hakkı (şuf'a) bulunur. Züfer'e göre ikâle, üçüncü kişiler hakkında da fesih olduğu için şuf'adarın bu hakkı yoktur.

Satım akdine konu olan mal tamamen telef olmuşsa ikâle yolu ile akdi feshetmek sahih olmaz. Malın (mebi') bir kısmı telef olmuşsa telef olan miktar kadar ikâleye mani olur. Semen'in telef olması ise ikâleye engel değildir. Satım akdinin mukâyede türünde olması halinde bedellerden birinin telef olması ikâleye engel olmaz.

2. Sarf akdi

2.1. Tanımı ve meşruiyeti

Sarf, çevirmek, savmak, care, nakletmek, altın parayı gümüş para ile değiştirmek, bir paranın diğerine üstün oluşu anlamına gelen s-r-f fiilinin mastarıdır. Sarf işini meslek edilen kişiye 'sarraf' ve 'sarrafî' denilir, çoğulu ise 'sayârif' ve 'sayârife' şeklinde gelir. Fıkhi bir terim olarak sarf, her iki bedeli (ivaz) semen olan satım akdidir.

Satım akdi gibi insanların ihtiyaçlarını karşılamak için meşru kılınmış olan sarf akdi, faiz ile ilişkilenmediği sürece caiz bir muameledir.

2.2. Mahiyeti ve kuruluşu

Klasik fıkhıta sarf akdi satım akdinin bir türlü kabul edilir. Satım akdi esas olarak malın mübadelesidir. Bu mübadele bir aynın bir ayn 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 kapsamına dahil edilmiştir.

Sarf akdi yoluyla faizli işlemlerin daha kolay gerçekleştirilebileceğini dikkate alan İslam hukukçuları, bu akitteki değişimi, aynın ayn ile değişiminden daha titiz kurallara bağlama ihtiyacı duymuşlardır.

Sarf akdi, mali muamele ehliyetine sahip kişiler tarafından icap ve kabul ile kurulan konusu nakit/para olan bir akitir. Unsurları tamamen 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 parayı kendi cinsi olan para ile değiştirildiğinde eşit değişim gerekir. Altın ve gümüş kendi içerisinde değiştirildiğinde ağırlık ölçü birimleri ile tartılarak eşit olarak değiştirirler. Çapraz olarak değiştirildiğinde fazlalıkla değiştirilebilirler.

Altın altınla ve 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.

2. Bedellerin peşin olarak teslim (kabz) edilmesi gerekir. Bu hususta fıkıh ekolleri arasında ittifak olunmaktadır. Hanefi ve Şâfiler, akdin taraflarının bedenlen ayrılmadan karşılıklı teslimi gerçekleştirmeleri halinde peşin teslim şartının gerçekleştiğini kabul ederler.Mâlikiler ise, icap 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' olacağını haber veren hadisin yorumuna dayanmaktadır. 'Elden ele'yi meclisin sonu gibi geniş yorumlananlar bedeni ayrılmayı, derhal teslimi anlayanlar akdin kuruluşu ile karşılıklı teslimi şart koşmuşlardır.

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

muhayyerliğı hakkı tanınan kişi, meclis sona ermeden bu şartlardan vazgeçerse, henüz akit oluşmadan onu batıl kılan şartları kaldırdığı için akit sahih olarak kurulur.

2.3. Hükümü

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

3. Karz akdi

3.1. Tanımı ve meşruiyeti

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, akdi veya akit dışı sorumluluk sonucunda oluşan yükümlülükler ile misli geri alınmak üzere verilen mallar için kullanılır. Fıkıh ilminde, akdi veya akit dışı sorumluluk sonucunda zimmette oluşan borca deyn, yardım maksadıyla verilip misli geri alınan borca ise karz adı verilmiştir.

Fıkhi bir terim olarak karz, ‘bedeli iade edilmek şartıyla bir şeyin temliki’ olarak tanımlanmıştır. Daha ayrıntılı bir tanımı şöyle yapabiliriz: Tüketilerek yararlanılan bir malın geçici mülkiyetinin, mislini geri vermek şartıyla, nakli üzerinde kurulan bir akitir.

Terimler

ikrâz.	: Borç verme
Mukriz.	:Borç veren
Müstakriz	:Borç isteyen
Mukraz.	:Borç verilen mal/akdin konusu

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 ve kuruluşu

Hanefi hukukçular, borç verilen malın misli daha sonra geri alındığı için karz akdini âriyet akdi kapsamında ele almış ve mecazi âriyet olarak adlandırılmışlardır. Mecazi demelerinin sebebi, âriyet 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. Âriyet 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.

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 siga şeklinde tespit etmişlerdir. Tarafların borç verme ve almayı kabul etme anlamına gelen bir sözleri ile karz akdi kurulur.

Karz akdinin kurulması için borç verenin (mukriz) teberru ehliyetine, yani âkil,bâliğ ver reşid 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 akitir. Bu mallar hacim ölçüsü (mekîlat), ağırlık ölçüsü (mevzûnât) ile alınıp satılan mallar ile büyüklükleri birbirine yakın olup tane ile satılan mallar (el-adediyyât el-mutakâribe)dir. 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. İbni 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 akdi, hibe, âriyet, vedia, rehin ile birlikte aynı akitler içerisinde yer alır ve tamamlanabilmesi için akitlerin genel şartlarının yanı sıra teslim (kabz) şartının da gerçekleşmesi gerekir.

3.3. 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 aktinde 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.

Karz akdinde vadenin hukukun 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 ivazlı (mübadele) akitlere benzeteceğini ve nesie faizine yol açacağı gerekçesiyle caiz olmadığını savunmuşlardır. Hâkim görüşe göre ise, karz akdi kurulurken şart koşulmuşsa akdin sahih şartının da batıl olduğu yönündedir.

4. Selem akdi

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 akitir. Hanefi fakihlerden el-Mevsili selemi, ‘semenin teslimi akdin kuruluşu, malın (mebi’) teslimi ise belirlenen vadede gerekli kılan akit’ şeklinde tanımladığı dikkate alınırsa, yukarıdaki tanımın daha çok Hanefi ekolünü yansıttığı görülmektedir. Bu itibarla selem mahiyetine ilişkin doktrinel farklılıklar dikkate alındığında Şâfiiler bakımından tanımdan ‘vadeli’ kaydı kaldırılmalı, Mâlikilere göre ise tanıma ‘veya peşin hükmündeki bedelle’ kaydı eklenmelidir. Akdin iki bedelinden olan semenin (re’su’l-mal) peşin verilmesinden hareketle buna ‘selef’ adı da verilmiştir.

Selem akdinde peşin bedel ‘re’su’l-mâl’, bu bedeli ödeyen tarafa ‘rabbü’s- selem’ (müslim), karşı beadle ‘müslümün fih’, bunu borçlara tarafa ‘müslümün ileyh’ denir.

İslam hukuk ekolleri, ‘ma’dumun bey’i’ kapsamına dahil gördükleri selem kıyasa aykırı olarak nass sebebiyle caiz olduğu görüşündedirler. Selem Kur’an’dan delili ‘Müdayene ayeti’dir. (El Bakara 282) Selem akdine ruhsat verildiği üzerinde icmâ da meydana gelmiştir. İflas edenlerin ihtiyacını gidermek için meşru kılındığı için müflislerin satımı olarak da adlandırılmıştır.

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 (keyli) buğdayın arpa karşılığında, ağırlık ölçüsü (vezn) ile satılan bir şeyin de vezni bir şey karşılığında selem ile satılması caiz olmaz. Bu kaideden insanların ihtiyaçları

sebebiyle altın ve gümüş istisna edilmiştir. Bunlar karşılığında ağırlık ölçü birimi ile (vezn) satılan bir mal selem yolu ile satın alınabilir.

c. Karşılıklı bedeller belirlenmiş (malum) olmalıdır. Selem akdinde belirginleştirme özellikle akdin konusu (müsellem fih) bakımındandır. Çünkü selem akdinde Maliki mezhebinde re'sul mâli üç gün geciktirmeyi şart koşturmaye izin verilmişse de diğer mezhepler bakımından peşin teslimi gerektirir. Bu bakımdan fakihlerin çoğunluğu re'sul mâlin akit meclisinde görölmesini belirginlik için yeterli görmüşlerdir. Bu genel yaklaşıma rağmen Ebu Hanife misli mal dan oluşan re'sul mâlin miktarının; Hanbeliler ise, re'sul mâlin her halükârda nitelik ve miktarının belirlenmesini gerekli saymışlardır.

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. Kıyemi malların örneğin hayvanların cins, yaş, nev' ve vasıflarının tayini ile muayyen hale geleceğini kabul eden Mâliki, Şâfiî ve Hanbeli mezhepleri hayvanları seleme konu yaparken, belirginlik için başvuru 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-mutakârîbe) seleme uygun görürken, birimleri arasında fiyat farkı oluşan ve tane ile satılan nar, ayva, karpuz vb. ürünleri (el-adediyyât el-mütefâvite) seleme elverişli görmemişlerdir.

Mesellem fih olan mal da belirsizliği (cehalet) gidermek için cinsinin, nevinin, vasfının ve miktarının belirlenmiş olması gerekir.

d. Selem akdinde re'sul mâlin peşin teslimi gerekir. Bununla beraber teslimi akit meclisi içerisinde gerçekleşmesi yeterli görölmüştür. Meclis içerisinde teslim edilmemesi halinde, re'sul mâl nakit ise bir deyn karşılığında bir deyn satışdır ki Hz. Peygamber tarafından yasaklanan "bey'u'l-kâli bi' -kâli" konumunda olur.

Hanefiler selem akdinde taraflardan biri veya her ikisi için şart muhayyerliği olması halinde akdin kurulmaması olacağını kabul ederler. Selem akdinde bir yararı olmadığı için görme muhayyerliği de geçerli değildir. Mâlikiler ise, re'sul mâlin üç gün sonra teslimi şartı ile yapılan akdi sahih görmüşlerdir. Üç günü aşan şartın koşulması halinde akdin geçersiz olacağını kabul etmişlerdir. Bununla birlikte Mâlikilere göre herhangi bir şart koşulmaksızın re'sul mâlin tesliminin geciktirilmesi akdi geçersiz kılmaz.

e. Müsellem fih olarak belirlenen mal piyasada mevcut olmalıdır. Hanefilere 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 mevcut olması halinde, teslimi imkân dahilinde olduğu için akdin caiz olduğu görüşündedir.

f. Müsellem film olarak belirlenen malın teslimi zamanının (vade) belirlenmiş olması gerekir. Hanefiler selemi düzenleyen hadiste yer alan "belirli bir vade ile" ifadesinden dolayı vadeyi akdin sıhhat şartı saymışlardır. Esasen bu Şâfiiler dışındaki mezheplerin ortak görüşüdür. Şâfiiler ise vadeli selem caiz oluşuna kıyasla peşin selem akdinin de caiz olduğunu söylemişlerdir. Hanefi fakihlerden Tahâvi vadenin en az 3 gün olması gerektiğini, diğer bazı Hanefilerin şart muhayyerliğinin en az suresini esas alarak yarım gün vade şart koşulsa dahi selem akdinin caiz olduğunu söylemişlerse de Hanefilerde fetvaya esas görüş en az vade Muhammed eş-Şeybaninin de tercihi olan bir aydır.

g. Mesellem fih malın teslim (ifa) yerinin belirlenmiş olması gerekir. Bu mesellem fih malın tesliminin taşıma vb bedeni ve mali külfetler taşıması sebebiyle Ebu Hanife tarafından şart koşulmuştur. Selem vadedi olması halinde Şâfiiler de borcun ifa yerinin belirlenmesini geçerlik şartlarından saymışlardır. Mâlikiler, Hanefilerden Ebu Yusuf ve Muhammed ile akdin peşin olması halinde Şâfiilere göre satım akdinde olduğu gibi teslim yerinin belirlenmesi ne gerek yoktur, teslim yeri akdin yapıldığı yerdir. Müsellem fih malın tesliminde herhangi bedeni veya mali bir külfet bulunmuyorsa, Hanefi imamları ifanın yerinin belirlenmesine gerek olmadığı hususunda hemfikirdir. Teslim almadan (kabz) önce re'sul mâl ve müsellem fih malda tasarrufta bulunmak caiz değildir. Müsellem firmanın ibra edilmesi caizdir.

5. istisnâ' akdi (Sipariş akdi /Eser Akdi)

5.1.İstisnâ' Akdinin tanımı ve meşruiyeti

‘İstisna’ sözlük bakımından bir sanatkârdan sanatıyla ilgili bir şeyi veya bir kişiden maharet gerektiren bir şeyi imal etmesini talep etmek ve ismarlamak anlamına gelir. Terim olarak ise, Hanefi hukukçular tarafından ‘zimmette yer alan ve iş şart koşulan bir ürün üzerinde yapılan akittir’.

Modern hukukta istisna’ akdi, bir tarafın diğer tarafa vermeyi taahhüt ettiği bedel (semen) karşılığında bir şeyin imalini taahhüt ettiği akit 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 istisna akdine ‘eser sözleşmesi’ adı verilmiş ve ‘yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşısında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme’ şeklinde tanımlanmıştır.

Terimler

Sâni' : işi yapan sanatkâr

Müstesni' : işi yaptıran, sipariş eden

Masnû' : Yapılan iş, sipariş edilen ürün

İstisnâ' akdinin meşruiyeti

İstisna akdi, aslında mevcut olmayanın (ma’dum) 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 olmayı satma’ hadisindeki nehiy sebebiyle caiz değildir.

Tespit ettikleri ana kaideye (asl) dayanarak kıyas yolu ile fıkhi hükmü genişletme metodunu kullanan Hanefiler, yukarıdaki açıklamaları yaptıktan sonra bu kaide ile tespit ettikleri sonucunu 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 icma olarak değerlendiren Hanefiler istisna’ akdini istihsan deliline dayanarak caiz görmüşlerdir. İstisna’ akdinin meşruiyetini gösteren en kuvvetli delilin Hz. Peygamber zamanından itibaren insanların bu akde dayalı uygulamaları olduğunu ifade etmişlerdir. Bu uygulamanın ameli icma 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.

Hanefi hukukçular aktin meşruiyet için istihsan vecihlerinden olan zorluğun giderilmesi ilkesine de başvurmuşlardır. İnsanlar piyasaya arz edilenlerin ihtiyacı karşılamadığı özel nitelikler de ki bir ayakkabıya ve terliğe vs. ihtiyaç duyabilirler. İstisna’ akdinin caiz olmayışı halinde insanların zorluğa düşeceği bir vakia olduğuna göre, insanların şiddeti ihtiyacı sebebiyle akdin konusunun mevcut hükmüne ilhak olduğunu ifade etmişlerdir.

5.2. İstisna akdinin mahiyeti

İstisna akdinin mahiyeti İslam hukukçuları tarafından ilk dönemlerden itibaren ele alınmış ve tartışılmıştır. Mahiyeti üzerinde farklı değerlendirmeler ortaya çıkmış ve doktrin de yer almıştır.

İslam hukuk doktrinin de istisna akdinin hukuki mahiyeti hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler akit olup olmadığı ve akit ise ne akdi olduğu çerçevesindedir.

a. İstisnan’ın vaat veya akit olduğuna dair görüşler: Hanefi hukukçulardan Hâkim eş-Şehid, Ebu'l-Kâsım es-Saffâr, Muhammed b. Seleme bu görüştedir. Bu görüşü savunanlar istisna’ akdinin sipariş edilen ürünün hazırlanıp teslimiyle teati yoluyla kurulur. Ancak hukukçuların çoğunluk görüşüne göre istisna vaatleşme değil, bir akittir. Muhammed-eş Şeybani satım akdi kabul ettiği istisna’ı ispat için kıyas ve istihsanı kullanmakta halbuki vaatlerde bunları kullanmak caiz değildir. İstisna’ ile vaat arasındaki mahiyet farkına ilişkin olarak ise Hanefiler,

1. Vaadin teamül olan veya olmayan hususlara caiz olduğunu, istisna’ın ise ancak teamül bulunan hususlarda olduğunu.

2. Vaatlerde görme muhayyerliği bulunmadığını istisna akdinde bunun caiz olduğunu
3. Vaatleşmede derhal beadle malik olunmadığını, istisna da ise sanatkrın (sâni) bedele derhal malik olduğunu
4. İstisna ilişkisi kurmuş kişilerin bu sebeple oluşan hak ve borçlarından dolayı birbirlerini dava etmelerinin caiz olduğunu, vaatlerde bu durumun söz konusu olmadığını söyleyerek istisna'ın akit olduğunu savunmuşlardır.

b. İstisna akdi ve diğer akitler ile ilişkisi: İstisna'ı bir akit kabul eden Hanefiler istisna' akdini kendine özgü hususiyetleri olan bir satım akdi kabul ederler. Mâliki ve Şâfiiler ise istisna'ı müstakil bir akit kabul etmemiş ve selem akdi kapsamında değerlendirmişlerdir. İstisna'ı zimmette vasfedilen bir şeyi satmak (bey' bi'l mevsuf) şeklinde tanımlayan Hanbelilerin de bu akdi satım (bey') akdi kapsamında gördükleri anlaşılmaktadır.

İstisna'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, sanatkrın işlemi (iş yapması) şartını içermesi bakımından icare akdine (isti'câr) benzetmektedir.

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 istisna akdin de bu mal genelde misli olmayan bir maldır.
2. Selem akdinde ücretin peşimi verilmesi gerekirken, istisna akdin de böyle bir şart yoktur.
3. İstisna akdi, sipariş edilen ürünün ham maddesinin sanatkrâna ait olması bakımından icare akdinden ayrılır. İcare akdinde işlenecek ham madde sanatkrâna icare eden (icare-i ademi) kişiye aittir.
4. Hanefilere göre hem icare hem de istisna' akdi taraflardan birinin ölümü ile fesih olur.
5. Selem ve icare tarafları bağlayıcı (lazım) iken istisna akdi bağlayıcı değildir. (gayri لازم) Ancak daha Mecelle ile birlikte Ebu Yusuf'un görüşü kabul edilmiş ve ürün sipariş şartlarına uygun yapıldığında tarafları bağlayıcı kabul edilmiştir.

c. Akdin konusu: İstisna akdinin satım akdi olduğunu kabul eden Hanefilerin bir kısmı akdin zimmette yer alan malın (mebi') üzerinde, diğer bir kısmı ise iş şart koşulan zimmette ki mal (mebi') üzerinde meydana geldiğini söylemişlerdir. Birinci görüşü savunanlara göre sanatkrâna daha önceden yaptığı bir ürünü sipariş verene (müstasni) verir, o da razı olursa akit istisna akdi olarak sahih olur. İkinci görüşe göre sahih olmaz; çünkü geçmişte değil, gelecekte yapılacak bir iş şartı ile akit yapılmıştır. Çünkü istisna ürünün işlenmesini taleptir. İşlenme şart koşulan akit istisna değildir.

5.3. İstisna akdinin unsurları

İstisna 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.

5.3. İstisna akdinin sıhhat şartları

Kurulmuş olan istisna 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. İstisna akdinin insanlar arasında örflenen hususlarda yapılmış olması gerekir. İstisna akdi ameli icma (örf) sebebiyle kıyasa aykırı olarak sabit olmuştur. Örf oluşmayan bir hususta kıyası terk etmeye sebep olan illet oluşmadığından bu hususta istisna akdi de caiz olmaz. Örneğin, Kâsâni, örf oluşmadığı için elbise hususunda istisna akdi yapılmasını caiz görmemiştir. Ancak bu hususta örf oluşunca elbise dikimi hususunda sipariş aktı yapmak caiz hale gelmiştir.
- c. İstisna akdinde vadenin (sure) belirlenmemiş olması gerekir. Eğer vade belirlenmişse selem aksine döner ve selem akdi ile ilgili şartlar gerekli olur. Akit seleme döndüğünde bedel akdin kurulduğu mecliste teslim edilir ve sanatkrâna sipariş ürünü nitelikleri belirlendiği şekilde yaptığı tarafların muhayyerlik hakları bulunmaz. Vadenin belirlenmemiş olma şartı Ebu Hanife'ye göredir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bu akdinin sıhhat şartı değildir, akit her halükarda istisna akdidir. Ebu Yusuf ve Muhammed'in bu görüşü istisna akdinde vadenin belirlenmesi hususunda örfün meydana geldiğine dayanmaktadır. 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, istisna akdinde vade belirlendiğinde doğrudan selem anlamının oluştuğu görüşündedir. Örf haline gelmemiş bir hususta vade belirlenerek akit yapılması halinde her üç imama göre de bu akit selem akdine dönüşmüş olur.

5.4. İstisna akdinin hükmü

Ürünü sipariş edenin (müstesni) sanatkârın zimmetinde yer alan ürünün (mebi') aynında mülkiyetinin sabit olmasıdır. Sanatkârında bağlayıcı olmaksızın (gayri lazım) bedelde (semen) mülkiyetinin oluşmasıdır.

Hanefi hukukçular sipariş edilen ürünün üretimi veya işlenmesinden önce istisna akdinin her iki taraf için bağlayıcı (gayri lazım) olduğu konusunda hemfikirler. Görmediği bir malı 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 şartlar da bir ürün yaptığını, sipariş verenin böyle bir ürünü kabul etmeme hakkının bulunmasının sanatkâra zarar vereceğini görüşünün gerekçesi kılmıştır. Mecelle Ebu Yusuf'un görüşünü kanunlaştırmıştır. Ebu Yusuf'un bu yaklaşımı günümüz iktisadi şartlarına yarar sağladığı gibi akitlerin bağlayıcılığı genel ilkesine de uygundur.

6. İcare akdi (kira akdi)

6.1. Tanımı ve mahiyeti

İcâre kelimesinin türetildi 'e-c-r' fiili, 'işin kirası' ve 'kırık kemiği onarmak ve düzeltmek' şeklinde iki anlama sahiptir. Kira, mükâfat ve ücret anlamına gelir. Onarmak/düzeltilme anlamı esas alındığında ise 'eli onarıldı, düzeltildi' ifadesi çalışanın yorgunluğuna karşı ücreti verildi anlamına gelir.

Terimler

Âcir : Kiraya veren kimseye denir. **Mukâri ve Mucir** terimleri de aynı anlamda kullanılır.

Müste'cir : Kiralayan kimseye denir.

Me'cûr : Kiraya verilen şeye denir. Mûcer ve müstever de denir.

Müste'cer fih : Ecirin iş/hizmet akdiyle yüklendiği işi ifa edebilmesi için müstecir tarafından kendisine teslim edilmesi gereken mal.

Ecir : Nefsini kiraya veren kişidir

Ecr-i misil : Tarafsız bilirkişinin takdir ettiği ücrettir.

Ecr- i müsamma : Akit esnasında belirlenen ücrettir.

Damân : Misli bir malım mislini ve kıyemi bir malın ise takdir edilen kıymetini vermektir.

Muhâeye : Kendisi paylaşılabilen bir şeyin menfaatini paylaşmaktır.

Tanım

Hanefi fakihleri icareyi "yararlanma karşılığında bedel (ivaz) ödemek" ve "bir bedel karşılığında menfaat üzerine yapılan bir akit" şeklinde tanımlamışlardır. Mâlikiler, "bir bedel (ivaz) karşılığında menfaatin temlik üzerinde yapılan bir akittir" veya "belirli bir menfaati belirli bir zamanda belirli bir ücret karşılığında temlik etmektir" şeklinde tanımlamışlardır. Şâfiî fakihler, "belirli bir ücret karşılığında mübah ve sarfı mümkün belirli bir menfaat üzerinde yapılan bir akit" şeklinde tanımlamışlardır. Hanefilerin tanımını esas alan Mecelle ise icareyi, belirli bir menfaati belirli bir bedel karşılığında satmak şeklinde tanımlanmıştır.

Mahiyeti

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

- a. Hem satım akdi hemde icare akdi ivazlı (bedelli) akitlerden olup sahih olarak kurulduktan sonra tek taraflı irade ile feshe kabil değildirler.
- b. Hem icare akdi hem de satın (bey') akdi ta'liki şart ile kurulmaz.
- c. Hem satım akdinde hem de icâre akdinde şart, görme, vasıf gibi muhayyerlik her yer alır.
- d. Satın akdinin konusu teslimi derhal mümkün olan ve zimmette vasfedilebilen maldır. İcare akdinin konusu peyderpey oluşan menfaattir.
- e. İnsanın satım (bey') akdinin konusu olması caiz değildir; ancak icare akdine (hizmet/iş akdi) konu olması caizdir.
- f. Satım akdi muzaf şart kabul etmezken idare muzaf şart ile kurulabilir.

6.2. Meşruiyeti

İcare akdinin konusu olan menfaatin akit esnasında mevcut olmayışı, dolayısıyla tesliminin de mümkün olmayışı sebebiyle Hanefi hukukçular, bu akdin kıyasa aykırı olarak meşru kullandığını kabul etmişlerdir. Akdin bedelli akitleri alanında Hanefilerin asıl kabul ettikleri 'ma'dumun satımının caiz olmayışı'' ilkesine aykırı düşmesi sebebiyle Hanefi hukukçulardan Serahsi icâreyi sahih bir akit kabul etmemiştir.

Bedelli akitlerde akdin konusunun mevcut ve akdi kuranın mülkü olması gerektiği sıhhat şartıdır. 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.

İcâre akdinin konusu olan menfaatin ''mevcut ve mülk'' olmayışı sebebiyle, menfaat temin eden aynın akdin konusu kılınması, akdin meşruiyeti için geliştirilen önemli bir izahtır.

İslam hukukçuları icare akdinin meşruiyetini gösteren çeşitli deliller ortaya koymuşlardır.

Kur'an'da icare akdi ile 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'' (Talak 6)ayetidir. İkinci ayet çocuğun süt anneye emzirmesi için verilmesi ile ilgilidir: ''çocuklarınızı (süt anneye) vererek emzirtmek isterseniz maruf ölçülerde vermeniz gereken şeyi (ücret) teslim etmeniz şartıyla size bir günah yoktur'' (Bakara 233)Bu husustaki üçüncü delil ise, insanların vasıf ve meziyet bakımından birbirinden farklı olduklarını haber veren ayetin illet olarak ''bir kısmı bir kısmına iş görülsün diye'' (Zuhuf 32) ifadesinin işaretidir. Medyen'e giden Hz. Musa'nın Şuayb Peygamber'in yanında 8-10 yıl çalışması da icare akdinin sıhhat delilleri arasında kabul edilmiştir.

İslam hukukçularının icare akdinin meşruiyetini dayandıkları diğer bir delil ise icma dır. Buna göre Hz. Peygamber gönderildiğinde insanlar icare akdi kurmaktaydılar. Hz. Peygamber insanların bu yaptığını onayladı ve üzerinde icma meydana gelmiştir.

6.3. icare akdinin kuruluşu (unsur ve şartları)

Hanefilere göre icare akdinin rükunları icap ve kabuldür. İcareye delalet eden ''icare,kira'' gibi bir lafız ile kurulur. Cumhura göre ise taraflar, akdin türünü belirleyen siga ücret ve menfaattir.

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

6.3.1. İrade beyanı

İrade beyanı, tarafların icare akdi kurma kararlarını gösteren açıklamadır. İrade beyanının taşıması gereken şartlar şunlardır:

- a. İrade beyanı icap ve kabul den oluşur. Akit icap ve kabulün uyuşması ile kurulmuş olur. İcap ve kabul sözlü, yazılı ve dilsizlerin bilinen işaretleri ile gerçekleştirilebilir.
- b. İcabın kabule uygunluğu şarttır.
- c. Meclis birliği (meclis-i akdin ittihadı) şarttır.

6.3.2. Taraflar

Taraflarla 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. İcare akdinde tarafların temyiz kudretine sahip olması akdinin sıhhat, mükellef ve reşid olmaları da lüzüm şartıdır.
- b. Akit ehliyetine sahip olmayanlar hukuki temsil yolu ile akde taraf olurlar. Bu çerçevede kiraya verenin (âcir) söz konusu yerin (me'cur) mutasarrıfı veya mutasarrıfın vekili, velisi ya da vasisi olmalıdır.

6.3.3. İcare akdinin konusu (me'curun aleyh)

6.3.3.1. Mahal ve menfaat

İcare akdinin konusu menfaattir. Menfaat mevcut olmadığından menfaatin elde edileceği şey (me'cur) akdin konusu olarak ikame edilmiştir. Buna göre menfaatin kaynağı (me'cur) ve bu menfaat karşılığında ödenen ücret birlikte akdin konusunu oluştururlar.

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

Şer'an haram olan bir menfaatin kiralınması halinde de akit batıl olur. Örneğin, ağıt yakması için tutulan kadın ile yapılan icare akdi gibi... Farz-ı ayın olan bir menfaat hususunda icare akdi batıl olur. Kendi yerine namaz kılması, oruç tutması vs.çin bir kişiyle icare akdi yapmak gibi...

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

- a. İcâre akdinde akdin mahallenin malum olması gerekir. Çünkü icare akdinin konusu olan menfaat bilinirliği onu temsil eden mahallin (me'cur) bilinmesine bağlıdır. Bu itibarla kiralanan ev, işyeri, arazi vs.nin taraflarca bilinmesi gerekir. Bu nedenle iki dükkandan biri belirlenip seçilmeksizin icar olunması sahih olmaz.

Kiralanan yer ve eşyanın menfaatin temin için gerekli olan parçaları, müstemilatı ve avadanlığı da akdin kapsamına dahildir. Örneğin, müstakil bir evi kiralayan 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. Kiralanan şeyin kullanım şekli, süre ve kullanacak şahsın belirlenmesi veya genelleştirilmesi ile bilinir hale gelir. Ev ve işyeri kiralamada menfaat, icâre süresinin belirlenmesi ile bilinir olur.

Bu şekilde icare akdi ile elde edilecek yarar, sürerim belirtilmesiyle (kira süresi, ekim süresi) veya bir fiilin veya işin (elbiseyi boyamak, dikmek, araçla belirli bir şey 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 kiraltıyorum' şeklindeki bir icap 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 ölçüğü bir dirhem olması hesabına göre senden satın alıyorum" şeklindeki satım akdine kıyas yaparak caiz görmüştür. Ebu Hanife ve Şâfii ise bu akitte meydana gelen cehaletin fahiş cehalet olduğunu kabul etmişler ve 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 belirlemeksizin yıllık ücreti söylenerek bir yıllığına yapılan kira akdi de müddet belirli olduğu için sahih olarak kurulmuştur.

Herhangi şart ileri sürülmediğinde kiralanan bir yer veya şeyden meşru yararlanma şekillerinin tamamına yaralanan sahip olur. Buna göre bir yeri kiralayan başka bir kayıt konulmamışsa ondan kendisi faydalanacağı gibi başkasına da faydalandırabilir. 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 elverişli olsun olmasın şâyi hisseli mülkün ortak dışındaki kişiye kiraya verilmesini caiz görmemiştir. Böyle malların kiralınması halinde yararlanmayı mümkün gören Mâlik ve Şafiiler ise şâyi hisseli mülkün icâresini caiz görmüşlerdir. Hanefiler, bu mallar muhayee yoluyla menfaati taksim edildikten sonra ortağın kendi sırasını kiraya vermesini kabul etmişlerdir. Menfaatin faydalanılabilir olmasının (makdur'ul-istifa) şart oluşu sebebiyle firari bir hayvanın kiraya verilmesi sahih olmaz.

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

6.3.3.2. Menfaatin kaynağı bakımından icare akdi

Menfaatin kaynağı bakımından icâre ayn icâresi ve insan icâresi olmak üzere iki kısma ayrılır. Günümüz hukukunda aynın icâresi kira akdi, insan icâresi ise iş ve hizmet akdi şeklinde ele alınmaktadır. Mâliki fakihleri arasında icare ve kira kavramlarını birbirinden 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 "ademi/insan icâresi" şeklinde ikiye ayırmışlardır.

6.3.3.2.1. Aynın icaresi (icare-i ayn/Kira akdi)

Eşyanın (ayn) yararı üzerine kurulan icra akdidir. Mecelle bu akit türünü "menafi-i ayan üzerine varid olan akd-i icare" şeklinde tanımlanmaktadır. Modern hukuk icârenin bu türünü kira akdi olarak adlandırılmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse ayn icaresi üç kısma ayrılmaktadır:

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

Ev ve dükkan mutlak olarak kiralınabilir. Yani kimin ve ne amaçla kullanacağı belirlenmeden kiralınırsa akit sahih olur. Ancak açıkca zarar veren demircilik, bez ağartma ve değirmencilik türü işler yapamaz. Çünkü bu işler binaya zarar verir.

Ziraat için bir araziye kiralamakta belirli ve amaçlanan bir menfaat olduğu için caizdir. Araziye kiralayan kişi (müste'cire) akit esnasında şart koşmasa dahi sulama ve yol hakkına sahip olur.

Zirai arazi ya ekilecek ürün hususunda bir kısıtlamaya gidilmeksizin mutlak olarak kiralınmalı veya ekilecek şeyin belirlenmesi gerekir. Gerek mutlak gerekse mukayyet bir belirleme olmadan arazinin kiralınması halinde akit sahih olmaz. Bir arazinin ağaç dikimi veya bina yapımı için kiralınması da caizdir. Ancak müste'cir, kira süresi sona erince bina ve ağaçları sökerek araziye boş olarak teslim etmek zorundadır. Ekinin durumu ise bundan farklıdır. Bu sebeple icare süresi sona erdiğinde ürün daha olgunlaşmamışsa emsal ücret (ecir-i misil) ile olgunlaşma zamanına kadar beklenir. Arazi sahibi (âcir) ağaçların sökülümünün araziye zarar vermemesi halinde müste'cir in rızası ile, zarar vermesi halinde ise rızasını aramadan ağaç ve binanın sökülümüş ve enkaz bedelini vererek bunlara sahip olabilir.

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

b. Eşyanın (urûz) icâresi: Elbise, ev eşyası, kap kakac gibi şeylerin belirli bir ücret ve belirli bir süre ile kiralınması gibi. Eşya mutlak olarak kiraya verileceğı gibi kullanacak kişi ve kullanım şekli bakımından sınırlar getiren şartlarla da kiraya verilebilir.

c. Nakliye vasıtalarının icâresi : Binek hayvanlarının, insan ve yük taşıma araçlarının kiralınması gibi. Bunların icâresi de belirlenmiş bir menfaat olması bakımından caizdir. Nakliye hayvanı mutlak olarak icare edilmişse müste'cir dilediğı kişiyi bildirebilir. Eğer binecek kişi takyid edilmişse başkasını bindiremez. Aynı husus araç kiralarnına da tatbik edilebilir. Mutlak araç kiralamada sürücü farklı olabilir.

Nakliye araçlarının kiralınmasında eğer bu hizmeti gören aracın sahibi veya sahibinin yetkilendirdiğı kişi akitte belirlenen yere ulaştırılmak ile sorumludur. Yolda aracın arıza yapması akdin hükümlerini yerine getirmemenin mazeret değıldir.

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.

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.

6.3.3.2.2. İnsanın icâresi (icâre-i âdemi)

Belirli bir işi yapması için bir insanı kiralamaktır. Mecelle icârenin bu türünü ‘amel üzerine varid olan akd-i icâre’ şeklinde ifade etmektedir. Bir insanın emeğinden, sanatından ve hizmetinden yararlanmak üzere yapılan akitler klasik İslam fihhında icâre akdi kapsamında değıerlendirilmiştir. İcâre akdinin bu türü günümüz hukukunda iş/hizmet akdi olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda işçi, memur, hizmetli, süt anne veya hammaddenin müşteriye ait olduğı bir malı 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 icâre akdi haline gelmektedir. Bu akitte emeğini kiraya veren kişiye ise ‘ecir’ adı verilir.

İnsanın icâresi, tam zamanlı oluşu ve tek kişiye hizmet ile sınırlı olup olmayışı açısından ikiye ayrılmaktadır.

a. Ecir-i müşterek

Belirli bir kişiye çalışmak ile bağlanmamış olan ecirdir ki, Mecelle, ‘müste'cirden başkasına işlememek şartı ile mukayyet olmayan ecir’ şeklinde tanımlamaktadır. Bu ecir türüne terzi, saat tamircisi, kuyumcu, toplu taşıma gibi esnaf ve sanatkârlar girmektedir. Bunlar süre kaydı olmamak üzere iş akdi yaparlar, akitlerinin özünde işi yapmak bulunmaktadır. 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.

Ecir-i müşterek in özellikleri

1. Sözleşme konusu ya bir iş veya işin semeresidir.
2. Menfaat sözleşme ile hak edilmez. Ücrete ancak işin bitirilmesi ile hak sahibi olunur.
3. Bir çok kişiye çalışma hakkı bulunur.
4. Ebu Hanife ve Züfer'e göre mal elinde emanettir; çünkü sahibinin izniyle alınmıştır. Bu sebeple kaçınması mümkün olmayan bir sebeple mal telef olursa tazmin etmesi gerekmez. Malı korumak ecir-i müşterek üzerine esas hüküm olarak değıil tebei hüküm olarak gerekli olmuştur. Ücretle kurulan vedia akdinde farklı olarak korumasının karşılığında bir ücret yoktur. Ücretli vedia akdinde ise koruma akdin aslı hükmüdür ve bu sebeple vedia olarak alan (vedi') ücrete hak sahibi olur. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise, genel bir yangın ve büyük bir düşman saldırısı hali dışında müşterek ecir müşteriden aldığı malı tazmin eder. Bu iki fakih Hz Ömer ve Ali'nin ecir-i müşteriye zarar verdikleri malı tazmin ettirdiklerini delil almışlardır.

Ecir-i müşterekin fiili sebebiyle telef olan malın tazmini gerekir. Örneğin, eciri-i müşterekin fiili ile elbise yırtılır, hamalın ayağının kaymasıyla sırtına bağlanan yükün ipinin kopar ve denizin kabarıp geminin 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 has gibi olur. Hanefiler ise, izin kapsamına giren şeyin akdin kapsamına da giren olduğunu, bunun ise yararlı iş olduğunu söylerler.

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

b. Ecir-i hâs

Belirli bir süre için tutulan ecirdir. Ecir-i vahd olarak da adlandırılır. Belirlenen süre boyunca başkası için çalışma hakkının bulunmaması, çalışmaya dahi ücrete hak sahibi olmasını gerektirir. Ecir-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 hizmetkârı örnek vermektedir. Ecir-i hasın müste’ciri tek kişi olabileceği gibi tek kişi hükmündeki bir toplulukta olabilir. Yalnızca x köyü’nün koyunlarını otlatmak üzere tutulan çoban tek kişi hükmündeki bir topluluk tarafından kiralandığı için ecir-i hastır.

Ecir-i has kendisini müste’cirin emrine teslim ettiğinde fiilen iş görmese dahi ücrete hak sahibi olur.

Ecir-i has, elinde olanı tazmin etmesi gerekmediği gibi zarar verme kastı olmaksızın iş görürken telef ettiği şeyin ziyanını da tazmin etmez. Elinde telefon 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. Ecir-i has ise, başkasından iş kabul etmediği için böyle bir şüpheden uzaktır. Bu sebeple kıyasın gerektirdiği hüküm tatbik edilir.

6.3.3.3. İcare akdinde müddet

İcare akdinin zamana izafe edilmesi caizdir. Ayn 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 icare 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 icare de ise çalışma süresi belirlenmemişse örf itibar edilir. İşçinin yemeği de şart koşulmamışsa örfi göredir.

İslam hukuk ekolleri menfaatin kaynağı olan me’curun bir akit ile kiraya verilmesi süresi hususunda farklı içtihatlar ortaya koymuşlardır. Hanefî ve Mâlikî’ler, me’curun kiraya vermek hususunda bir üst sınır koymamışlardır. Bu hususta esas olanın menfaatin belirli olması olduğunu kira suresinin belirlenmesiyle de bunun belirli hale geldiğini kabul etmişlerdir. Şâfiî, kira süresini bir yıl ile sınırlamıştır. Mâlikîler 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 arazinin en fazla on yıllığına kiraya verilmesi caizdir.

Kira süresi tarafların belirlemesine bırakıldığı halde, ortaya çıkan gasp ve suistimalleri önlemek için vakıf, yetim ve hazine mallarının en çok 1-3 yıl süre için kiraya verileceği hükmü kabul edilmiştir.

6.3.3.4. Ücret

Akdin sahih olarak kurulması için gereken şartlardan biri de ücretin (semen) bilinmesi gerekir. İcare akdinde ücretin belirlenmemesi veya bilinir olmaması halinde akit fasit olur. Ücret hususundaki fahiş bilinmezlik de aynı hükümlere tabidir. Buna göre rneğin, kiracıdan tutarı önceden bilinemez bir takım 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 bilinmezliği hükmünde olup akdin fasit olmasına yol açar.

Hanefi fakihleri işlenen ürünün bir kısmının ücret olarak belirlenmesini de “mevcut ve mülkiyette bulunmayan bir ayn karşılığında icare” sayarak caiz görmemişlerdir. Bu değerlendirmeyi yapan Tahâvi Hz. Peygamberin değirmenci ölçeği (kafiz) karşılığında buğday öğütmeyi yasakladığını ifade eden hadisinin cahiliye dönemindeki şu uygulamayı yasakladığını söylemektedir. Cahileye dönemde bir kısım kişiler buğdayı değirmene götürür ve öğütülen buğdaydan meydana gelen unun bir miktarı karşında 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 kurulamaz. Hanefi hukukçular ücret olarak değirmenci ölçeğini belirlemeyi yasaklanan hadisi asl kabul etmişler ve dokuduğu yünün bir kısmı karşılığında yün dokutmayı ve taşıdığı yükün bir kısmı karşılığında yük taşıtmayı caiz görmemişlerdir. İşin bir parçasının ücret olarak belirlenmesinin caiz olmayışı hususunda Şafiiler’de Hanefilere muvafakat etmiştir. Mâlikiler ise, bu şekilde bir icare akdi kurmanın caiz olduğu görüşündedirler. Onlara göre bu akit yiyeceğim 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. Diğer bir ifade ile mal sayılmayan ve kendisinden faydalanmanın hukuken serbest ve helal olmadığı şeyler kira ücreti olarak ödenemez. Menfaatler, Hanefi hukukçularınca mal sayılmadığı halde akde konu olarak mütekavvim olması sebebiyle kira akdinde bedel olabilir. Akdin konusunu oluşturan menfaatlerin farklı olması halinde ise, örneğin, bir evde iskan etmek karşılığında bir arazi veya araç kiralanabilir. İcare akdinde menfaatin ücret olmasını bu şartlar dahilinde kabul eden Hanefiler satım akdinde (bey’) ise menfaatin bedel olarak tayin edilmesini caiz kabul etmezler. Diğer mezhepler menfaatlerin icare akdinin ücreti yapılması hususunda Hanefilerin yaptığı ayrımı yapmamışlardır. Onlara göre aynı cinsinden olsun olmasın menfaat icare akdinde ücret kılınabilir.

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

Akdin konusuun (ma’kud aleyh), ücretin ve sürenin bilinmemesi (cehalet) satım akdini fasit kıldığı gibi icare akdini de fasit kılar. Bir icare akdi fasit olarak kurulduğunda taraflar ücreti belirlemiş olsalar dahi, ecir-i müsemma değil, ecir-i misil gerekir. İnsanın icaresi kavramıyla ifade edilen iş akdi kapsamında çalışan kişi (ecir) de akit fasit olduğunda ecir-i misile hak sahibi olur.

Hanefi hukukçular icâre akdinde ücretin akdin kurulması ile zorunlu hale gelmediğini ücrete üç durumdan birinin gerçekleşmesi ile hak sahibi olunacağını kabul etmişlerdir. Bu durumlar, akit esnasında ücretin peşin ödeneceğinin şart koşulması veya şart koşulmasa da peşin ödenmesi ya da akdin konusunun yerine getirilmesidir. Bu hususta Mâlikilerde Hanefilerle benzer görüşleri paylaşırlar. Şâfiî ise ücrete bizzat akit ile sahip olunacağı kanaatindedir. Şâfiî, ücretin geciktirilmesini deynin deyn ile satımı kapsamında görmüştür. Hanefiler ile Mâlikiler ise menfaatin daha önce ifade edildiği gibi perdeypey oluştuğunu ve bu sebeple de bedele akit ile malik olunmayacağını başka bir şart koşulmamışsa menfaatin elde edilmesinden sonra ücretin bir hak haline geleceğini ifade ederler.

Hayvan ve taşıt icaresi bir yük veya insanı belirli bir yere nakletmek üzere yapıldığında Hanefi 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 işin 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.

Eşya (ayn) üzerinde yaptığı işin etkisi bulunan her sanatkârın ücretini almadan aynı teslim etmeme (habs) hakkı vardır. Terzinin diktığı elbiseyi, ayakkabıcının 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 sanatkâr 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 hepsettikten 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 ecirin ise ücretini almak için onu hapsedme hakkı yoktur.

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

Müste'cirin piyasa fiyatı farklı iki işleme şekline göre hangisini işlerse ecire onun ücretini vereceğini şart koşarak yaptığı icare akdi sahihtir. Ecir hangisini işlerse onun ücretini hak eder. Örneğin, makine işleme bir salon takımı yaptırmak isteyen bayan kumaşını teslim ettiği sanatkâra Maraş işi yaparsan 1000 lira, kum iğnesi yaparsan 800 lira veririm derse ecir hangisini yaparsa onun ücretini hak eder. Yine kiraya veren (âcir) müste'cire bu dükkanda atarlık yaparsan aylığı 1000 lira, demircilik yaparsan aylığı 2000 liraya kiraya veririm şartıyla yaptı akit caizdir. Müste'cir hangi işi yaparsa onun hakkında belirlenen ücret gerekli olur. Bu Ebu Hanife göredir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre icare fasit olur. Şayet müste'cir, işi bugün yaparsa 100 lira yarın yaparsa 80 lira vereceği şartıyla ecir ile anlaşır ve ecir bugün yaparsa 100 lirayı hak etmiş olur. Yarın yapar ise, Ebu Hanife'ye göre 80 lirayı geçmeyen ecir misil gerekli olur. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre şartlar caizdir.

6.4. icâre 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. İkâle yoluyla: İcare akdi iki taraflı lazım bir akit olması sebebiyle iki tarafın anlaşması yoluyla fes olur.

Ancak elde edilmiş menfaatin geri verilmesi mümkün olmadığında sahih akitte menfaat belirlenen ücret esas alınarak; fasit akitte ise ecir misil yolu ile tazmin edilir.

2. Menfaatin kaynağının (me'cur) ortadan kalkmasıyla akit kendiliğinden fesh olur: Bu akdin infisahi anlamındadır. Kiralanan ev ve dükkânın yararlanamayacak 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 olağandışı bir durumun gelmesi halinde akdin feshine cevaz vermiştir.

Örneğin, kiraladığı yerde yangın çıkıp ticari eşyası yanan veya çalınan kişinin akdi feshetme yetkisi bulunmaktadır. Cumhuriyet bu hususta "akitlere vefa gösterin" (Maide, 1) ayetinin umumuna dayanarak icarenin menfaat üzerine yapılan ivazlı bir akit olduğunu ve bedel (ivaz) üzerine yapılan bir akit olduğu için bu sebeple fesholmayacağını söylerler. Ebu Hanife ise, kendisiyle menfaat elde ettiği ticari eşyasını gitmesini, kendisinden menfaat elde edilen me'curun 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 fesih sebebi saymışlardır. Zararı defetmek için akdinin feshedilebileceğini kabul etmişlerdir. Bir dükkân kiralayıp iflas eden kişi bu sebeple akdi feshedebilir.

5. Müste'cir miras veya hibe tür bir yolla kiraladığı ayna sahip olsa icarenin hükmü kalmaz.

6. Akdin gereğinin icrasına engel bir özür ortaya çıktığında icare münfesi olur. Örneğin, düğün için bir aşçı kiralınmış olsa, düğün yapılmadan damat ve gelin vefat etse icare fesih olmuş olur.

7. Kiraya veren ve kiralayan taraflardan birinin vefatı halinde Ebu Hanife, Servi ve Leys'e göre akit fes olur. Mâlik, Şâfîî, Ahmed b. Hanbel'e göre ise, akit fesholmaz. Fesh olmayacağını kabul edenler icarenin ivazlı akitlerden olduğunu bu sebeple tarafların ölümü ile fesholmayacağını kabul ederler. Ebu Hanife ise ölümün

kiralanan şeyin mülkiyetini bir kişiden başkasına nakletmesi sebebiyle kira akdinin feshini gerektirdiğini söylemiştir. Hanefiler ayrıca kiraya verenin ölmesi halinde müste'cirin varisin mülkünde artık akdi kuranın mülkiyetinde olmayan bir akit gereğince yararlanmış olacağını söylerler. Müste'cirin ölümü halinde ise ölümünden sonra ücret yükümlülüğünün oluşacağını, halbuki ölünün üzerinde borç oluşmayacağını icma ile sabit olduğunu belirtirler.

7.Hibe Akdi

7.1. Tanım ve meşruiyeti

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 “ittihab” ise hibeyi kabul etmek anlamına gelir.

Terimler

Vâhib : Hibe eden kişi.

Mevhûb : Hibe edilen şey.

Mevhûb leh: Kendisine hibe edilen kişi.

Meşruiyeti

Hiz. Peygamber hediyeleşmeyi övmüş ve teşvik etmiştir. Bu bağlamda “hediyeleriniz, birbirinizi daha çok seversiniz” buyurduğu rivayet edilmiş ve fakihler bu hadisi hediyeleşmenin sünnetteki delili kabul etmişlerdir. Bu itibarla hibe mendub bir fiil kabul edilmiştir.

Hibe iki çeşittir: Temlik hibesi, ıskat hibesi. Hibe üzerinde icma meydana gelmiştir.

Fıkıh kaynaklarında hibe, “malın bedelsiz temlik” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda “temlik” ifadesiyle hibenin ariyat ve karzdan; “bedelsiz olma” ifadesiyle satım akdinden ayrıştırıldığı ve “mal” ifadesiyle de manevi-mecazi bağışların akdin kapsamı dışına çıkarıldığı görülmektedir. Hibe “karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken temlik” şeklinde tanımlanmıştır.

7.2. Mahiyeti ve kuruluş şartları

Hibe,teberru akitlerinden biri olan hibe icap, kabul ve kabz ile kurulur. Bazı Hanefi fakihleri, hibenin, hibe eden açısından vasiyet ve ikrar gibi olup yalnızca icap ile kurulduğu, hibe edilen (mevhub leh) açısından ise kabul ve kabz ile kurulduğunu söylemişlerdir. Ancak mezhebin hakim görüşü hibenin bir akit olup icap ve kabul ile kurulduğu şeklindedir. Hibenin icap ve kabulü gerekli kılması mülkiyetin intikali sebebiyledir.

Bu sebeple hibe akdi icap, kabul ve kabz ile sahih olur. Mülkiyetin sabit olması için hibe edilen (mevhub) kabzedilmiş olmasının şart koşulması hibe edenin istemediği bir yükümlülüğün altına sokulmasıdır.Ölünün ehliyeti bulunmadığı için kendisi için bir borç(ilzam) oluşmamıştır. Varisinde 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 olmayışıdır. Hibe edenin (vâhib) mülkiyeti ise güçlüdür. Bu itibarla zayıf bir mülkiyet sebebiyle bağlayıcı olmaz.

Hibenin mahiyeti ile ilgili değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere Hanefilere göre hibenin rûknü icap ve kabuldür. Rûkûn kavramını unsur gibi değerlendiren cumhura göre ise, hibenin rûkûnleri, hibe eden (vâhib), lehine hibe yapılan kişi (mevhub leh), hibe edilen mal veya menfaat (mevhub) ile sigadır. Mevhubun teslimi (kabz) ise hibenin hükmü olan mülkiyetin intikalinin sabit olması içindir. Bu Ebu Hanife, Şâfiî ve Servi'nin görüşüdür.

Hibe edenin izni olmaksızın hibe meclisi'nde 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.

Hibe edilen şey vedia, 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 hibe 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 kabzi ile malik olur.

7.3. 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 gücüne sahip olduğu halde reşid olmayanın hibesi sahih olmaz.

2. Hibe edilen kişinin (Mevhûb leh) ise mülk edinmeye ehliyetli olması yeterlidir

Hibe, mevhûb leh bakımından malvarlığında mutlak artma doğuran kazandırıcı bir hukuki işlemdir. Bu sebeple hibe edilen kişinin tam ehliyetli olması şartı aranmaz. Hibe edilen kişinin kamil vücup ehliyetine sahip olması yeterlidir. Anne karnındaki çocuğun vücup ehliyeti nakıs olduğu için kendisinde yapılan hibe sahih olmaz. Bu Cumhur alimlerin görüşüdür. İmam Mâlik ise cumhurdan ayrılarak cenine hibe edilebileceğini savunmuştur.

3. Hibe edilen (mevhûb) mal olmalıdır

Menfaat hibe olmaz, bedelsiz temlik edilirse ariyet olur. Örneğin, bir günlüğüne arabasından yararlanma izni veren kişi arabayı ariyet olarak vermiş olur. Deyn (alacak) borçluya veya ondan almak şartı ile başkasına hediye edebilir.

4. Hibe, hibe edenin (vâhib) mülkü olmalıdır.

Sahib olunmayan hibe edilemez.

5. Hibe edilen (Mevhûb) hibe anında mevcut, malum ve muayyen olmalıdır

Paylaştırılamayan (taksim edilemeyen) şeyi hisseli şeyde hibe caizdir. Paylaştırılabilen şeyler de caiz değildir. Taksime zorlama zararı muhayee üzere kalmayı gerektirmez. Muhayee menfaatler hususundadır, onu teberru etmedi.

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. Ayrılması mümkün olmayan parçanın hibe edilemeyeceği gibi, istisna edilerek bünyesine dahil olduğu bütünün hibe edilmeside caiz olmaz. Yani anne karnındaki yavru hibe edilemeyeceği gibi, yavru istisna edilerek annede hibe edilemez. Bu durumlarda fasit şartlar batıl hibe ise sahih olarak kurulmuş olur.

Bir cariyeyi 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.

7.4. Hibeden rücu

Hanefi hukukçular yabancı kişiye yapılan hibeden vazgeçmenin mekruh olmakla birlikte caiz olduğu görüşündedirler. Şâfiiler ise hibeden rücu etmeyi caiz görmemişlerdir. Bu görüşlerinde “çocuğuna hibe eden baba hariç hibe eden kişi hibesinden vazgeçemez” hadisine dayanmışlardır. Hanefiler ise görüşleri için “hibe eden onun karşılığında bir şey almadıkça hibesine daha hak sahibidir” hadisini delil getirmişlerdir.

Yabancıya yaptığı hibeden dönmesi mekruh olmakla birlikte caizdir. Eğer hibe edilen için bir bedel verilmişse veya hibe edilen de 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 yapılan hibede kabzdan önce hibe hükümleri, kabzdan sonra ise lafız ve manaya riayet için satım (bey') hükümleri gözetilir. Örneğin, bir elbise karşılığında bir köle hibe ettiğinde, hibede olduğu gibi kabzetmedikçe her birinin imtina' (teslim etmeme) hakkı vardır. Karşılıklı kabzettiklerinde satım akdi konumunda olur; ayıptan dolayı iade ederler, şuf'a hakkı gerekli olur. Eğer ikisinden birinin elinde olan hak sahibi olursa eğer mevcut ise bedeli/karşılığı ile geri döner, eğer yok olmuşsa kıymetini ödeyerek geri döner. Ömrü boyunca kullanmak üzere verilen şey yaşadığı sürece ömür kaydıyla hibe edilenindir, öldükten sonra da bu kişinin varislerindir.

Mu'mir: Ömür kaydıyla hibe olarak veren.

Rukba ise, bâtıldır. Bu, "ölürsen bu ev bana kalsın, ben ölürsem senin olsun" demek suretiyle yapılan bir hibe şeklidir.

Sadaka bütün ahkâmın da hibe gibidir; çünkü teberrudur. Ancak sadakada geri dönüş rücu hakkı yoktur.

8. Vedia Akdi

8.1. Tanımı ve meşruiyeti

Vedia, terk etmek veya korumak anlamına gelen "v-d-a" kökünden türetilmiştir. Hz. Peygamberin yola çıkan kişiye hitaben söylediği "senin dinini ve emanetini Allah'a bırakıyorum" sözü ise "onun korunmasını istiyorum" anlamındadır.

Terimler

- Vedia.** : Emanet etme
Mûdi. : Emanet veren
Vedia. : Emaneti alan, bu kelime emanet edilen şey anlamında da kullanılır.
Mûda. : Emanet verilen mal.

Tanımı: Korumaya ehil bir kişi ile bir malın korunması hususunda yapılan akittir.

8.2. 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. Satın (bey') ve icare, 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 icab ve kabul ile kurulur. Tarafların mümeyyiz olmaları kâfidir. Vedia akdi lâzım olmadığı için taraflar dilediği zaman akdi feshedebilirler.

Emanet akdi delalet yolu ile de kurulabilir. Bu bağlamda malın emanet edilenin yanına bir şey söylemeden bırakılması veya "bunu vedia olarak bırakıyorum" şeklinde icabda bulunduktan 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.

8.3. Hükümü

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

Emanet edilen, vediaı bizzat kendisi koruyabileceği gibi, emanet eden (mûdi) izin vermese dahi ailesinden birileri aracılığıyla da koruyabilir.

Vedianın muhafaza yeri (hırz) ister mülk ister kira olsun vedia'nın evi ve dükkânıdır.

Vedia akdi ile teslim edilen eşya emanettir, emanet edilen (vedi) tecavüz (teaddi) ve kusuru (taksir) olmaksızın vedia telef olursa tazmin ile yükümlülüğü doğmaz. Çünkü eğer tazmini gerekirse kimse emanet almaz.

Teaddi:Kasıtlı veya verilen talimata ve örf ve aykırı hareket ile zarar vermektir.

Taksir: Haklı bir sebep bulunmaksızın malın korunmasında gösterilen tedbirsizlik, ihmal ve kusurdur. Böyle bir durum söz konusu olmadığında emanet bırakılan kişi (vedi) tazmin ile mükellef olmaz.

Vedi', zaruri bir durum olmadıkça emaneti korunması 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 edemem vedi', emaneti kendi yanında veya ailesinin yanında koruma yükümlülüğünün dışına çıkmasına rağmen mazur kabul edilir. Bu esnada telef olanlardan dolayı emanetleri tazmin etmesi gerekmez.

Emanet bırakılan (vedi') yanında bulunan emanet (vedia) telef olur ve bu durumun vedi'nin tecavüz (teaddi) ve kusuru (taksir) sebebiyle olup olmadığında şüphe bulunursa kesin olarak bilinen (yakın) ile hüküm verilir. Bu husustaki yakın ise, vedia akdinin vedi'in güvenilir oluşu sebebiyle kurulduğu dikkate alınarak vedi'in güvelenir olduğudur.

Malını emin bir kişiye vedia olarak verip "öldüğümde oğluma teslim et" diyen kişi ölür ve emanet edilen (vedi')de malı kişinin oğluna teslim ettikten sonra adamın başka varisleri çıkarsa, vedi' tazmin ile yükümlü olur.

9. Âriyet akdi

9.1. Tanımı ve meşruiyet

Akdi yapanların sırayla maldan yararlanmaları sebebiyle bu adı aldığı ifade edilmiştir. Akdin adıyla ilgili diğer iddia ise "ariyet" kelimelerinden alındığı şeklindedir.

Hanefi ve Mâliki hukukçular âriyeti, "menfaatin bedelsiz olarak temlik" şeklinde tanımlamışlardır. Şâfiî ve Hanbeliler ise ariyeti, "menfaatin temlik olmaksızın 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 intifa hakkını doğuracak şekilde naklini sağlayan akittir.

Meşruiyeti

Kur'an iyilik ve takva hususunda yardımlaşmayı (el-Maide, 2) emretmiş ve insanların ihtiyaç duydukları şeyleri onlardan sakınmayı kınamıştır. (el-Maun,7) Hz. Peygamber, "kul kardeşine yardımcı olduğu sürece Allah da onun yardımcısıdır" sözleriyle yardımlaşmayı özendirmiş ve Safvân'dan ödünç aldığı zırh örneğinde olduğu gibi ariyet mal almıştır.

Terimler

Âriyet,muâr,müsteâr :Ödünç verilen mal

Muir : Ödünç mal veren

Müsteir : Ödünç malı alan

istiâre : Ödünç isteme

9.2. Mahiyeti ve kuruluşu

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. Hanefi ve Mâliki ekolleri ariyet akdinin kurulması ile müsteir ödünç aldığı aynın menfaatine malik olur. Bu yönüyle ariyet akdi icareye benzer ve menfaatin temlik niteliğindedir.

Hanefî hukukçulara göre, menfaat, bedelsiz olarak temlik edildiği için ariyet akdi menfaatin hibesidir. Ariyet akdiyle menfaat mülkiyetinin müsteîre 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, müsteîrin ödünç verme hakkının olduğu şeklindedir. Âyetin yalnızca bir intifa hakkı olduğunu kabul eden Kerhî ile Şâfiî ve Hanbelî hukukçular müsteîrin ödünç verme hakkını kabul etmezler.

Âriyet, yararlanma ile aynı (maddi varlığı) tükenmeyen elbise, ev, hayvan vb. şeyler hakkında kurulan bir akitir. Bu bakımdan tüketilerek yararlanılan şeyleri ariyet (ödünç) vermek mümkün olmaz.

Îâreyi menfaatin temlikî olarak gören Hanefîler, ödünç alınan malın müsteîr tarafından kiraya verilmesini caiz görmezler. Bunun sebebi icare akdinde sürenin bağlayıcı olmasına karşılık âriyet akdinde bağlayıcı olmamasıdır. Âriyeti bir temlik akdi olarak gören Mâlikîler ise, müsteîrin, belirli bir süre için ödünç aldığı malı, aksi şart koşulmamışsa, kiraya vermesini caiz görmüşlerdir.

Akdin kuruluşu

Hanefîlere göre ariyet 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, ariyet akdinin unsurları, ödünç veren (muir), ödünç alan (müsteîr), ödünç mal (müsteâr) ve sığadır.

Bütün mezhepler ariyet akdinin sahih olması için **muîrin** akıllı olması gerektiğini kabul etmişlerdir. Hanefîler dışındaki mezhepler ayrıca muîrin baliğ ve reşid olmasını şart koşmuşlardır. Buna göre ariyet akdinin kurulabilmesi için muir'in teberruya ehil olması, yani tam eda ehliyetine sahip olması gerekir. Hanefîler ise, muîrin baliğ ve reşid olmasını şart koşmamışlardır. Buna göre ehliyeti nakıs olan mümeyyiz küçükler kanuni temsilcilerinin izin ve icazetiyle âriyet alıp verebilirler.

Müsteîr'in ise, icab ve kabulü içeren bir akit ile kendisine teberru da bulunmaya ehil olması gerekir. Buna göre âriyet alanine, lehte olan tasarrufları sahiholan nakıs eda ehliyetine sahip bir kişi olması yeterlidir. Yaklaşım farklılığının esasını, âriyet akdinin, yalnızca menfaatin geçici olarak temlikini gerektiren bir akit olması oluşturmaktadır. Hanefîler bu tespitten hareketle âriyeti, âriyet verene mutlak zarar veren bir hukukî tasarruf olarak görmemiş, kâr 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.

Akdin konusu malın (müsteâr) ise, fiziki varlığı (ayn) tükenmeden yararlanılabilen bir mal olması gerekir. Burada dikkat edilecek husus, akit ile kazanılan maldan yararlanan hakkının onu tüketmeyi gerektirip gerektirmeyeceğidir. Bu sebeple düğünde takıp geri vermek üzere alınan bilezik ariyet 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 sığa irade beyanı olup Hanefîler, hakiki veya mecazi olarak menfaatin temlikî anlamına gelen herhangi bir lafızla akdin kurulacağını kabul etmişlerdir. Şâfiîler ise bir tarafın ariyet verme veya alma şeklindeki sözü ve diğer tarafın kabulünü gösteren fiili ile akdin kurulmuş olduğunu kabul ederler.

Akdin kuruluşunun tamamlanması için ödünç malın müsteîr tarafından teslim alınması (kabz) şarttır.

Akdin kuruluşu için âriyet verenin (muir) ödünç malın ayn (rakabe) mülkiyetine sahip olması şart değildir, menfaat mülkiyetine sahip olması yeterlidir.

9.3. Hükümü

Ariyet akdinin sonucu (hükümü) menfaatin bedelsiz olarak süreli olarak temlikidir. Âriyet, müsteîr tarafından kabul edilince bu hüküm kesinleşir. Âriyet bir teberru akdi olduğu için âriyet verenin her zaman vazgeçme hakkı vardır. Bu bakımdan âriyet bağlayıcı olmayan (gayri لازم) bir akitir.

Ariyet akdi mutlak veya mukayyet olarak kurulabilir. Bir âriyet akdi vakit ve yararlanma şekli bakımından kayıtlanmamışsa mutlak âriyet olur. Böyle bir ariyet akdi müsteîre 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 ve yararlanma şekli bakımından sınırlandırılmışsa mukayyet ariyet olur. Mukayyet ariyet akdi, bazen yalnızca vakit, bazen yalnızca yararlanma şekli, bazen her ikisi bakımından kayıtlı almış olabilir. 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. Süresi belirlenmiş bir âriyet akdinde âriyet verenin süreden önce rücu hakkı vardır. Ancak diyâni hüküm bakımından mekruhtur.

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

Ariyet akdinin bağlayıcı (lazım) bir akit olmayışının sonucu olarak bina inşası, ağaç dikimi veya ziraat için verilen bir arazi ödöncünde de rucü etmek caizdir. Ziraat için ödönc verilen arazide hasat gerçekleşmeden belirlenen süre sona erdiğinde ise muir, ariyet alandan arazisini boşaltmasını talep edemez. Âriyet süresinin dolmasından sonraki zamanda arazi ücret karşılığında müsteîrin elinde kalır. Bu şekilde her iki tarafını 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 ödönc verenin zararını def etmek için sökülürler.

Yararlanma süresi boyunca ariyet malın yem ve yakıt gibi masrafları müsteîre aittir. Şâfii ve Hanbelilere göre ise kullanım esnasında gerekli olan masraflar ödönc verene (muir) aittir. Âriyetin iade masrafları, onu yararlanmak için teslim alan ödönc alana (müsteir) aittir.

Ödönc veren (muir) ile ödönc alan (müsteîr) akdin vakti, menfaatin mahiyeti, yeri ve şekli bakımından ihtilaf ederlerse, tarafların iddialarını ispatlayacak bir delil ortaya koymamaları halinde, söz yemin ile birlikte ödönc verenin (muir) dir.