

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA KABZ ÖNCESİ SATIŞIN HÜKMÜ

(Yüksek Lisans Tezi)

86033

ALİ AVCI

Danışman
Prof. Dr. Celal Yeniçeri

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

İstanbul 1999

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
ÖNSÖZ.....	6
KISALTMALAR.....	7
GİRİŞ.....	8

I. BÖLÜM KABZIN MAHİYETİ

A. KABZ KAVRAMI.....	11
1- Kabz'ın Sözlük Anlamı.....	11
2- Kabz'ın İstilah Anlamı.....	12
3- Kabzla İlgili Kavramlar.....	12
a. Mebî.....	13
b. Semen.....	14
c. Mebî ve Semen Arasındaki Farklar.....	15
ca. Nakitler.....	16
cb. Mislî Mallar.....	16
cc. Kıyemî Mallar.....	17
cd. Mislî-Kıyemî Mal Ayrımının Hukukî Sonuçları.....	17
d. Mebî-Semen Ayrımında Hanefilerin Ölçüleri.....	19
e. Mebî-Semen Ayrımının Hukukî Sonuçları.....	20
f. Mebî ve Semene Ait Teslim Giderleri.....	24

B. KABZA KONU OLAN MALLAR.....	26
1. Mal Kavramı.....	26
2. Menkul Mallar.....	27
3. Menkul Malların Kabzı.....	29
4. Gayrı Menkul Mallar.....	31
5. Gayrı Menkul Malların Kabzı.....	32
6. Menkul-Gayrı Menkul Ayrımının Önemi.....	33
a. Medeni Hukuk Bakımından.....	34
b. Usul Hukuku Bakımından.....	35
c. İcra-İflas Hukuku Bakımından.....	35
d. Devletler Hususi Hukuku Bakımından.....	35

II.BÖLÜM

KABZIN GERÇEKLEŞMESİ

A. DOĞRUDAN KABZ.....	37
1. Sarih Kabz.....	38
2. Tam Kabz-Eksik Kabz.....	38
3. Tam Kabz-Eksik Kabz Ayrımının Sonucu.....	39
B. DOLAYLI KABZ (KABZ SAYILAN HALLER).....	42
1. Satılan Malın Alıcının Hakimiyet Alanına Girmesi.....	42
2. Tüketim Yoluyla Kabz.....	43
3. Emanet ve Âriyet Muamelesinin Satışta Kabz Yerine Geçmesi.....	43
4. Satılan Malın Kabzından Önce Üçüncü Kişinin Fiiliyle Telef Olması Halinde Kabz.....	44
5. Bir Kimsenin Başka Bir Sebep Elinde Bulunan Malı Satın Alması Halinde Kabz.....	44
C. MUHTELİF AKİT VE TASARRUFLARDA KABZ ŞARTI VE SONUÇLARI.....	45
1. Hibe.....	47
a.Hibenin Rüknu.....	48
b.Hibede Aranılan Şartlar.....	49

c.Hibeye Konu Olan Şeyin Kabzedilmesi.....	50
d.Hibenin Hükümü.....	51
2. Rehin.....	51
a.Rehnin Rüknu ve Unsurları.....	52
b.Rehnin Kabzedilmesi (Lüzum) Şartı.....	52
c.Rehin Malı Nasıl Kabzedilmeli.....	53
3. Sarf.....	54
4. Selem (Selem Akdinde Sermaye).....	56
a.Selemin Tarifi ve Rüknu.....	56
b.Selemin Şartları.....	57
5.Karz.....	58
D. KABZDA ARANAN ŞARTLAR.....	60
1. Kabzedende Aranan Şartlar.....	60
a. Kabza Ehil Olmak.....	60
b. Kabzedenin Velayet Hakkına Sahip Olması.....	61
c. İzin.....	61
2. Kabza Konu Olan Malda Aranan Şartlar.....	62
a. Kabza Konu Olan Mal Başkası Tarafından İşgal Edilmiş Olmamalı.....	62
b. Kabza Konu Olan Mal Ayrılmış Olmalı.....	63
c. Kabza Konu Olan Mal Şâyi Hisseli Olmamalı.....	63
d. Kabza Konu Olan Mal Mevcut Olmalı.....	64
e. Kabza Konu Olan Mal Mütekavvim Olmalı.....	65
f. Kabza Konu Olan Mal Bizatihi Mülkiyet Altında Olmalı.....	66
g. Kabza Konu Olan Mal Sözleşme Esnasında Teslim Edilebilir Nitelikte Olmalı.....	66
h. Kabza Konu Olan Mal Miktar ve Nitelik Olarak Taraflarca Bilinmeli.....	67
E. KABZ YERİ.....	68
1. Kavram.....	68
2. Kabz Yeri.....	69
a.Alacaklının Konutunda Teslim.....	70

b.Malın Bulunduğu Yerde Teslim.....	71
c.Borçlunun Konutunda Teslim.....	71
F. KABZ ZAMANI.....	72

III.BÖLÜM

SATIM AKDİNİN BEDELLERİNDE KABZ ÖNCESİ TASARRUF

A. MÜLKİYETİN İNTİKALİNDEN SONRA ALICININ MEBÎ ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARI.....	75
1. Kabz Öncesi Mebî Üzerindeki Tasarruflar.....	75
a. Gayrı Menkullerde Kabz Öncesi Tasarruf.....	75
b. Menkullerde Kabz Öncesi Tasarruf.....	78
c. Hisse Senetlerinde Kabz Öncesi Tasarruf	84
d. Satıcının Satıp da Teslim Etmediği Maldaki Tasarrufu.....	88
2. Kabz Sonrası Mebî Üzerindeki Tasarruflar.....	88
B. MÜLKİYETİN İNTİKALİ SONRASI KABZ ÖNCESİ SATICININ SEMEN ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARI.....	89
C. MÜLKİYETİN İNTİKALİ SONRASI TESLİM ÖNCESİ MEBÎ VE SEMENDEKİ DEĞİŞİKLİKLER.....	92
1. Mebîde Meydana Gelen Eksilme.....	92
2. Mebîde Meydana Gelen Artma.....	93
3. Akit Sonrası Kabz Öncesi Mebî ve Semen Artırılması.....	94
4. Akit Sonrası Kabz Öncesi Mebî ve Semen Eksiltilmesi.....	95

IV.BÖLÜM

MÜLKİYETİN İNTİKALİNDEN SONRA MEBÎİN TAZMİN SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK.....	97
B. KABZ ÖNCESİ MEBÎİN TAMAMEN TELEF OLMASI.....	99

1. MEBÛİN SATICININ FİİLİ, TABÛÎ ÂFETLE YA DA MEBÛİDEN KAYNAKLANAN BİR SEBEPLE TELEF OLMASI.....	100
2. MEBÛİN KABZ ÖNCESİ ALICININ FİİLİYLE TELEF OLMASI.....	101
3. MEBÛİN ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN FİİLİYLE TELEF OLMASI.....	101
C. KABZ ÖNCESİ MEBÛİN KISMEN TELEF OLMASI.....	102
D. KABZ SONRASI MEBÛİN KISMEN TELEF OLMASI.....	103
E. KABZ SONRASI MEBÛİN TAMAMEN TELEF OLMASI.....	104
F. SEMENİN TELEF OLMASI VE PİYASADAN KALKMASI.....	105
G. MEBÛDE YENİ AYIP ORTAYA ÇIKMASI.....	107
1. Aybın Tanımı.....	107
2. Aybın Mevcut Olma Zamanı.....	107
SONUÇ.....	110
KAYNAKÇA.....	111

ÖNSÖZ

Bütün İslamî bilim dallarında olduğu gibi İslam hukukunun da temel kaynakları Kur'an ve Peygamberimiz Hz. Muhammed (SAV)'in sünnetidir. Kur'an, genel ilkeler koyarken ayrıntıyı ve uygulamayı sünnete bırakmıştır. Peygamberimiz (SAV) söz konusu ilkeler ışığında günün hayat şartlarına göre bazı alanlarda düzenlemeye gitmiş, bazılarında ise İslam toplumlarının kendi şartlarına göre ve genel çerçeveden ayrılmadan düzenleme yapmalarını öngörmüştür. Çünkü o dönemin hayat şartları bugüne nazaran daha sade olduğundan o dönem için söz konusu olan çözümler, değişen şartlar ve toplum yapısı açısından bugüne uyarlanamayabilir. Geliştirilen yorumlar, genel ilkeler ve İslamın ruhuyla çelişmemelidir.

İslam hukukunun temel nüvelerinin oluşum döneminde bu iki temel kaynaktan beslenerek karşılaşılan meselelere çözüm bulunmuş, hatta karşılaşılması mümkün olmayan farazî meseleler üretilerek buna göre de çözümler üretilmiştir. Nassların doğrudan düzenlediği alanlar dışında fıkıh bilginleri tarafından geniş bir fikir hamûlesi oluşturulmuştur. Geliştirilen yorumlar temel kaynaklara uygunluğu oranında kabul görmüş, kaynakla uyuşmayan düşünceler zamanla unutulmuştur.

Üzerinde çalıştığımız konu da İslamın ilk döneminde insanların ticarî hayatında sıkça uygulanan bir gelenek halini almıştır. Peygamberimiz (SAV)'in hadisleri ve bu çerçevede oluşan fikhî yorumlar, döneme ait meseleleri çözme noktasında yeterli iken sonradan hayat şartlarının değişmesi, ticarî yelpazede kavram ve uygulamaların genişlemesi, iletişim araçlarının devreye girmesiyle farklı boyuta ulaşarak konuyu yeniden gündeme getirmiştir. Biz de bu benzeri düşüncelerden hareketle konunun yeniden işlenmesi gereğine kâni olduk.

Şunu da ifade etmeli ki, ilmî çalışmaya başlamanın yeniliği, zaman darlığı vs. gibi nedenlerden konu istendiği ve planlandığı ölçüde işlenememiştir.

Çalışma boyunca çok değerli fikir ve yönlendirmelerinden müstefid olduğum danışmanım Sayın Prof. Dr. Celal Yeniçeri Bey'e ve çeşitli konularda yardım gördüğüm diğer şahıslara minnet duygularımı sunmayı bir borç biliyorum.

Ali AVCI
Üsküdar 1999

KISALTMALAR

AMK.	: Alman Medeni Kanunu
b.	: Bin (ođlu)
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
bs.	: Basım
bty.	: Baskı tarihi yok
byy.	: Baskı yeri yok
c.	: Cilt
DİA.	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
Hız.	: Hazreti
md.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
MKB.	: Menkul Kıymetler Borsası
SAV.	: Sallalahü Aleyhi ve Sellem
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
trc.	: Tercüme
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: Vefat
vb.	: Ve benzeri
vs.	: Ve saire

GİRİŞ

İslam hukukunda kabz öncesi satış, borçlar hukukunun satım (bey) akdi ana başlığı altında işlenmekte olup, klasik eserlerde “*fâsid sözleşmeler*”, “*akdin hükmü*”, “*muhayyerlikler*” ve “*sözleşme konusunu teslim gücüne sahip olamama*” alt başlıklarında ele alınmaktadır. Ayrıca konuyla ilgili “*bey’ül-mebî kable’l-kabz*” türü başlıklar da vardır. Bazı eserlerde konuyla ilgili malumat farklı konulara serpiştirilmiş haldedir. Özellikle ilk dönem eserlerinde konuya ait malumatı konuyla ilgilendirmek epeyce çaba istemektedir. Çünkü son dönem eserlerindeki konuları tasnif ve ayrıntılı başlıklara ilk dönem eserlerinde rastlanmamaktadır. Çağdaş hukuk kitaplarında ise “*borçlar özel*” bölümünde konuyla ilgili bilgilere rastlanabilir.

İslam hukuku genel bir sözleşme nazariyesine sahip olmayıp meseleci tarzda geliştiği için model sözleşme olarak satım merkeze alınmış ve diğer sözleşmeler satım paralelinde işlenerek varsa farklı yönlerine temas edilmiştir. Diğer sözleşmeler için aranan şartların bir çoğu satım sözleşmesine uyarlanmış şekildedir.

Kabz öncesi satış meselesi de satım sözleşmesinin bir konusu olması hasebiyle satım sözleşmesi için gerekli ve geçerli olan şartların yanında bir takım özel şartlar söz konusudur. Özel şartlardan maksat satılan malın niteliğine ve sözleşmenin çeşidine göre özelliği olan şartlardır.

Konu fikhın temel nüvelerinin olduğu peygamberimiz (SAV) döneminde ve günün ticari geleneğinde oluşan bir uygulamadır. Döneme ait, temeli garar, hile ve aldatmaya dayanan uygulamalara peygamberimiz özellikle dikkat çekmiş ve sözleşmelerin temeline rıza esasını yerleştirmiştir. Karşılıklı rıza oluşunca taraflar sözleşme serbestisine sahiptirler ve genelde sözleşmeler şeklîlikten uzaktır.

Yörenin coğrafi özelliği gereği Arap toplumunun geçim kaynakları ticarete dayandığından böyle bir uygulamanın oluşması normal bir gelişmedir. Peygamberimiz (SAV) meseleyi temelden yok saymayarak çözümü noktasında belirli ölçüler koymuştur.

Fıkıhın tedvini döneminde fukaha söz konusu ölçüleri ele alarak konuyu eserlerinde tartışmışlar ve boyutunu belirlemeye çalışmışlardır. Klasik (kadım) fıkıh kitaplarının hemen hepsinde konuya değinilmektedir. Ancak müellifler kendilerince önemli gördükleri oranda konuyla ilgilenmişlerdir. Bazı eserlerde bolca bilgiye rastlanırken bazılarında ise kısaca değinilerek genel hatları gösterilmiştir.

Son dönem fıkıh araştırmalarında belirli ölçüde klasik kaynaklardan yararlanarak ve hukuka ait yeni anlayışlardan faydalanarak konunun biraz daha ayrıntılı incelendiğini görüyoruz.

Araştırmamız dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde kabzın mahiyeti, sözlük ve ıstılah anlamı, ilgili kavramların başında gelen mebî ve semene ilişkin bilgiler verilmiştir. Kabza konu olan mal üzerinde durulmuş menkul-gayri menkul ayırımına göre kabzın nasıl gerçekleştiği belirtilmiştir.

İkinci bölümde kabzın gerçekleşmesi, hangi tasarruf ve davranışların kabz sayılabileceği gösterilmiştir. Kabz, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde incelenmiştir. Ayrıca muhtelif sözleşme ve tasarruflarda kabz şartı ve doğurduğu sonuçlarla birlikte kabzı gerçekleştiren kişide ve kabza konu olan malda aranan şartlara değinilmiştir. Kabz yeri ve zamanının önemi kısaca vurgulanmıştır.

Üçüncü bölümde ise satım sözleşmesinin bedellerinde kabz öncesi tasarruflar ele alınmış olup ağırlıklı olarak satım konusu malın teslim alınmadan önceki tasarrufuna değinilmiştir. Satım konusu malın menkul-gayri menkul türüne göre yasak boyutu belirlenmeye çalışılmış ve günümüzdeki yaygın uygulamalarda hisse senetlerinin teslim alınmadan satımının meşru olup olmama yönüne atıf yapılmıştır.

Dördüncü bölümde ise sözleşmenin tamamlanıp mülkiyetin intikali sonrası, kabz öncesi ve kabz sonrası satış bedellerine ârız olabilecek hasarın tazmin boyutu ele alınmıştır. Konu incelenirken fıkıh kitaplarının yanında çağdaş hukuk kitaplarından da yararlanılmaya çalışılmıştır.



I. BÖLÜM
KABZIN MAHİYETİ

A. KABZ KAVRAMI

1. Kabzın Sözlük Anlamı :

Kabz Arapça (ق , ب , ض) harflerinden oluşan mastar bir kelimedir. Kanat çırpma¹, bir şeyi avuçlayarak almak, pençe ile zaptetmek, yakalamak, dürüp devşirmek gibi anlamlara gelir². Yine bir şeyi salıvermemek üzere sıkıca tutmak anlamına gelir³. Elle alınma imkanı olmayan şeylerin tahsilinde müsteâr anlamda kullanılır. “Evi falandan aldım, yani ev benim mülkiyet ve tasarrufum altındadır” gibi. Ölümünden kinaye olarak kullanılır. “Falan kabzedildi, yani öldü⁴” gibi.

Kur’an-ı Kerim’de kelimenin geçtiği yerlerde farklı anlamlarda kullanılmıştır. “Rızkı daraltmak⁵”, “cimrilikten dolayı ellerini sıkı sıkıya yummak⁶”, güneşin hareketlerinden bahsedilirken “sonra da onu yavaş yavaş kendimize çekmişizdir⁷” ayetinde kendine çekmek, borçlanma ile ilgili ayetten hemen sonra “eğer yolculukta iseniz, bir de kâtip bulamazsanız borca karşılık alınan rehinler yeter⁸” ayetinde kabzın en yakın anlamda kullanıldığını görüyoruz.

¹ Mülk, 67/19

² Zebîdî, *Tâcî'l-Arûs*, V,73

³ İbn Manzûr, *Lisanu'l-Arab*, VII, 213-216 ; *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*, Kabz Maddesi, XXXII, 257 ; Seyyid Ebu'l Kâsım Hûi, *Misbahü'l-Fekâhe*, VII, 528

⁴ Mevsûa, XXXII, 257

⁵ Bakara 2/245

⁶ Tevbe 9/67

⁷ Furkan 25/46

⁸ Bakara 2/283

Kelime “*tef’il*” kalıbına nakledilince “*malı kâbızı olan kimseye teslim etmek*” anlamına gelmektedir⁹.

Kütüb-i Sitte’de kabz kelimesinin geçtiği bir çok *hadiste* “*ruhun alınması*” ve “*bir şeyi tutup yakalamak*” anlamlarında kullanıldığını görüyoruz¹⁰. İstilah anlamda kullanılan hadisleri konu içerisinde kullanacağımız için ayrıca burada verme gereği duymuyoruz.

2. Kabzın İstilah Anlamı :

Kabz, elle tutulma imkanı olsun olmasın bir şeyi teslim alarak ona sahip olmak, el koymaktır. Kâsâni bu konuda ; “*kabzın anlamı güç yetirmek, terketmek (tahliye) ve örfe göre teslim almada gerçek manilerin ortadan kalkmasıdır*” der. İzz b. Abdisselam’a göre kabz, konusuna göre farklı anlamlara gelir. Köleye güç yetirmek, gayri menkulü işgal etmek ve menkullerde tasarrufta bulunmaktır¹¹. Kâdı Beyzâvî’ye göre kabz akarın tahliyesi, menkulün nakli demektir¹².

3. Kabzla İlgili Kavramlar

Kabzla ilgili kavramların başında **mebî** ve **semen** gelmektedir. Teslim, tesellüm, tahliye, tahallî ve îfâ kavramları da ilgili olmakla birlikte öne çıkan mebî ve semendir. Çünkü mebî ve semen nokta-i nazarından sözleşmenin adı ve niteliği değişebilmektedir. Semen açısından tevliye, murâbaha, müsâveme, vazîa ; mebî açısından bey, selem, sarf ve mukâyeda.

Mebî ve semen kavramlarının ayırtilmesi ve bu ayrımın hukukî sonuçları ıvazlı (karşılıklı borç yükleyen) sözleşmeler için önem taşımaktadır. Tek taraflı irade ile bağlayıcı olan sözleşmelerde ve teberru sözleşmelerinde mebî ve semen ayrımının pek önemi bulunmamaktadır.

⁹ Sarı Mevlüt, *el-Mevârid*, 60

¹⁰ Weinsinck, *Concordance*, VII, 5469-5473

¹¹ Mevsûa, XXXII, 257

¹² Beyzâvî, *el-Ğayetü ’l-Kusvâ fi Dirayeti ’l-Fetvâ*, I, 483

Hanefilerin çoğunluğuna göre **mebî** ve **semen** farklı anlamlarda kullanılabilen sözcüklerdir. Mebî, tayinle belirli hale gelen, semen ise tayinle belirli hale gelemeyen şeydir. Ancak Hanefilerden Züfer, Mâlik, Şâfiî ve Zâhirîlerden Ahmed'e göre mebi ve semen, satım akdinin her iki bedelini ifade eden müteradif (eş anlamlı) kelimelerdir¹³. Ancak birinin diğerinden ayrılması “ *ba* ” harfinin eklenmesiyle olur¹⁴. Bu da genellikle semene aittir. Çoğunlukla kabul edilen bu genel kaidenin her hangi bir ârızî durum karşısında her iki hale de değişme ihtimali vardır. Bu durumda tayine ihtiyacı olmayan şey mebî, tayin edilebilen ise semen olur. Farklı yorumlar geliştiren her mezhebin kendine göre delilleri vardır. Ancak buradaki mesele bir terim meselesidir¹⁵. Yine de mebî ve semenin ayrı ayrı tanımları yapılarak çerçevesinin belirlenmesi gerekir. Çünkü bağlanan hukuki sonuçlar farklıdır.

a. Mebî

Mebî sözcüğü köken olarak (*ع. ب. ي.*) harflerinden oluşup ismi mef'uldür. Satılan, satılmış¹⁶, semeni tayin edilmiş şey anlamına gelir¹⁷. İstilah olarak şöyle tarif edilmiştir : “Mebî başkasına satılan şey olup satım akdinde tayinle taayyün eden (belirginleşen) ayn'dır¹⁸”. Para ile değiştirilmesi mümkün ve iktisadi değeri olan bütün maddi ve maddi değeri olmayan şeylerdir¹⁹. Genel olarak belirleme ile belirginleşen, sözleşme esnasında belirlenip ortada mevcut, muayyen, müşahhas olan şeydir. Ayrıca maddi eşya kadar elektrik, su, doğalgaz gibi mülk edinilmeye elverişli tabii kuvvetler de olabilir²⁰. Kıymete tabi, çarşı ve pazarda benzeri olmayan, olduğu

¹³ Bu alimler delil olarak Bakara suresinin 41. ayetini göstermektedirler. Ayette “... ayetlerimi de yok pahasına satmayın....” buyrulmaktadır.

¹⁴ Kürdî, Ahmed el-Haccî, *Fıkhü'l-Muâvadât*, I, 226-227 ; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâî fi Tertîbi's-Şerâî*, V, 233

¹⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 269

¹⁶ Mecelle, md.151

¹⁷ İbn Manzûr, VIII, 23

¹⁸ Ali Haydar, *Dürrerü'l-Hukkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 237 ; Kaşıkçı Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 251

¹⁹ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 39

²⁰ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, II, 45 ; Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, 36-37

takdirde her birinin birim fiyatları farklı olan mallardır. Kural olarak ferden tayin edilmiş olup özel vasıfları ve bireysel özelliklerine göre yeterli ölçüde belirlenmiştir²¹. Kıyemî mal da misli mal da olabilir. Kıyemî malın tayini genel olarak görmekte gerçekleşir. Mebî misli bir maldan oluşuyorsa onun tayini de ya o malın kendisinin ya da numûnesinin görülmesi ile gerçekleşir. Misli mal nakit para karşılığı satılıyorsa mebî olur. Ya da semen olarak bir mal ile değiştirildiğinde misli mal mebî kabul edilir²². Mâmeleke girebilen her şeyin mebî kavramına dahil olacağı da ifade edilmiştir. Bu da “her çeşit mal, haklar, henüz hak mertebesine yükselmemiş iktisadî menfaatler, geleceğe ait semereler, kazanç ihtimalleri²³” gibi.

“Tayin edilen misli mal sözleşme esnasında ayırtdilmişse veya bir yerde mevcut olanın bütünü (ister götürü olarak, ister daha sonradan yapılacak miktar tespitine göre tayin edilerek) akde konu yapılmışsa bu misli mal parça borcu (ferden tayin edilmiş) haline gelir²⁴”.

b. Semen

Satılan malın bedeli, pahası, karşılığı olup zimmete taalluk eden şey demektir²⁵. Alıcının karşı edim olarak ödemeyi taahhüt ettiği belli bir miktar paradır²⁶. Sözleşme esnasında ayn olmayan şeydir. Alış verişte genel olarak belirleme ile belirgin hale gelemeyen, her hangi bir mal mübadelesinde insanın zimmetinde sabit olan borcudur²⁷. Nakit para olup sözleşme esnasında işaretle belirlense de yine zimmete taalluk eder. Satım akdinde ferden tayin edilmeyen şey olup ferdî özellik ve niteliklerine göre kesin olarak gösterilmiş bulunmamaktadır²⁸. Bu da altın, gümüş,

²¹ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6 ; Hatemi / Serozan/ Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 67 ; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 115; Tandoğan, 39

²² İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, IV, 531 ; Döndüren, Hamdi, *Delileriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, 141 ; *Fetevâ-i Hindiyeye*, V, 480 ; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 5 ; Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, 50

²³ Olgaç, Senai, *Borçlar Huk. Akdın Muhtelif Nevileri*, I, *Satış, Trampa*, 7

²⁴ Aybakan, 50

²⁵ Mecelle, md. 152 ; Ali Haydar, I, 238

²⁶ Yavuz, 45

²⁷ İbn Âbidin, 4, 531 ; Kürdî, I, 227 ; Kâsânî, V, 233

²⁸ Eren, I, 115

paralar veya mislî mallardır. Mislî mallar ölçüle, tartıyla, adetle belirlenen kısaca bugünkü ifadeyle standart olan mallardır. Eğer bunlar bir mal karşılığı olarak veriliyorsa, o mal da kıymete tabi ise, mislî mal semen kabul edilir. Satış bedeli (semen)in en önemli özelliği, zimmette borç olarak kalabilmesidir. Semen ancak kabz ile belirginleşebilir²⁹.

Semenin mutlak anlamda para olması gerekmez. Ancak Türk hukuk düzenine göre semenin mutlaka para olması asıldır³⁰. Aksi takdirde semenin para olmaması durumunda sözleşme trampa (mukâyeda³¹) olur. İslam hukuku kaynaklarında semen paradan daha geniş bir muhtevaya sahiptir. Altın ve gümüş mutlak anlamda para sayılmıştır ki, semeniyet vasfı altın ve gümüşün özündendir. Bundan dolayı mebî sayılmaları uygun değildir. Ancak bunlar günümüzde birer mal olarak kabul edilmektedir³². Şirket akdine altının sermaye yapılması durumunda altın mal olarak değerlendirilmez³³. Roma hukukuna göre de semen bir miktar paradan ibarettir. Şayet bir mal karşılığında paradan başka bir şey verilmişse sözleşme trampa olur³⁴.

Semen, semen-i müsemma ve semen-i misil olmak üzere ikiye ayrılır. Semen-i müsemma tarafların karşılıklı irade ve rızalarıyla tespit ettikleri bedeldir. Semen-i misil ise bir malın gerçek değeridir ki, kıymet anlamını ifade eder³⁵.

c. Mebî ve Semen Arasındaki Farklar

Mebî semen ayırımında genel kural şudur ; Nakit para ve mislî mallar satış bedeli olabilir. Kıymet (standart olmayıp, değerini piyasanın belirlediği) mallar da satış bedeli olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte kıymet malların mebî olması asıldır. Satış bedeli kabz ile, satılan şey ise tayinle belli olur³⁶.

²⁹ Kâsânî, V, 233

³⁰ Tunçomağ, 48 ; Olgaç, 4 ; Tandoğan, 41

³¹ *Trampa, alış-verişte bir mal bedelinin-başka bir mal ile ödenmesidir*. Bilmen, VI, 8

³² Kürdî, I, 228 ; Aybakan, 79

³³ Bilmen, VII, 82-83

³⁴ Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, 357

³⁵ Ali Haydar, I, 239 ; Akgündüz A. / Cin H, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, II, 239 ; Kaşıkçı, 253

³⁶ Kâsânî, V, 233-237 ; Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192 ; Muhammed Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve Nazariyyeti'l-Akd*, 55 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 141

Satım akdinde birbirine bedel olan şeyler üç başlıkta ele alınır :

ca. Nakitler : Genellikle altın gümüş veya tedavülde bulunan paralar satılan mala bedel yapıldığı zaman satış bedeli (semen) sayılırlar. Bunlar karşılığında satılan şey mebî olur. Sikkeli nakit paralar, ıvazlı sözleşmelerde tayinle belirli hale gelmezler. Diğer yandan satış bedelinin satılan mal ile belirlilik açısından eşitlenmesi için önce verilmesi gerekir. Veresiye satışlar veya örfen yerleşmiş ödeme şekilleri bunun dışındadır. Mesela ödemeyi çekle yapmak gibi.

İmam Şâfiî ve Züfer'e göre, nakit paralar ödeme için ayrılmakla belirli hale gelir. Bu durumda satış bedeli kabzdan önce telef olsa satış batıl olur. Satış bedeli sikkeli nakit para niteliğinde olmazsa diğer ticaret malları gibi belirli hale gelir³⁷.

cb. Mislî Mallar : Mecelle'ye göre mislî mal çarşı ve pazarda önemli (fiyat farkını gerektirecek) bir fark bulunmaksızın misli bulunan şeydir³⁸. Gazâli'ye göre mislî mal ; menfaat ve kıymet açısından birimleri birbirine denk olan mallardır³⁹. Buğday, arpa, zeytin yağı, petrol gibi ölçü, tartı veya standart olup sayı ile alınıp satılan şeyler nakit para karşılığı satılınca mebî durumunda olurlar. Şayet standart bir mal yine standart bir malla mübadele edilecek olursa, muayyen olanlar mebî, zimmette borç olarak kalanlar ise satış bedeli (semen) sayılır. Mislî mallar genel olarak **çeşit borcu** konusunu oluştururlar.

Mislî. mallar dört kısma ayrılır :

cba Mekîlât : Ölçü ile alınıp satılanlardır. Buğday, arpa gibi. Günümüzde petrol ürünleri ve bazı sıvı maddeler litre ölçüsü ile satılmaktadır. Bunlar nakit para karşılığı satılınca mebî olur.

cbb. Mevzûnât : Tartı ile alınıp satılanlardır. Demir, kömür, çimento, şeker gibi. Standart olup ağırlık ölçüsü ile satılan şeylerin satılan mal durumunda bulunması asıl olmakla birlikte bunların tartılarak rayiç bedellerini belirlemek mümkün olduğu için satış bedeli olarak kararlaştırılmaları da mümkündür.

³⁷ Zuhaylî, IV, 403-404 ; Döndüren, , *Ticaret İlmihali*, 142.

³⁸ Mecelle, md. 145

³⁹ Mahmasâni, Subhi, *Mücebât*, I, 17 ; Zuhaylî, V, 43 ; Ebu Zehra, 55

cbc. Zer'ıyyât : Uzunluk ölçüsü ile alınıp satılanlardır. Arazi ve her türlü kumaş.

cbd. Adediyyât : Standart olup sayı ile alınıp satılanlardır. Birimleri arasında önemli fark bulunmayan yumurta⁴⁰, standart konfeksiyon ürünleri, markası ve nitelikleri belirli beyaz eşya ve sıfır kilometrede motorlu araçlar⁴¹.

cc. Kıyemî Mallar : Ölçülebilir, tartılabilir veya standart olup sayı ya da uzunluk ölçüsü ile alınıp satılmayan, başka bir ifadeyle çarşı ve pazarda misli bulunmayan, bulunsa da fiyat farkı olan mallardır⁴². Bunlar mislî bir mal karşılığında satılırsa mebî, mislî mal da satış bedeli (semen) olur. Kıyemî mal başka bir kıyemî malla mübadele edilirse bedellerden her birisi bir bakıma mebî, bir bakıma da semendir. Kıyemî mallar da kural olarak parça borcunu oluşturur.

Parça borcu ve çeşit borcu ayrımının dayandığı esas aslında o şeyin ticaret hayatında kabul edilen mahiyeti değildir. Bir borca çeşit borcu veya parça borcu niteliğini veren kişilerin bu husustaki iradeleridir. Söz konusu iradeler mislî bir eşyadan da parça borcu teşkil edebilir. Teslim için ayrılmış yığın halindeki mallar gibi. Yine ilgililerin iradeleri kıyemî maldan çeşit borcu meydana getirebilir. Örneğin bir koşu atının borçlanması gibi⁴³.

cd. Mislî-Kıyemî Mal Ayrımının Hukuki Sonuçları :

1. Mislî mallar para borcu gibi zimmete taalluk eder, borçlunun zimmetini işgal eder. Muayyen bir mala bağlı olmaz. Örneğin ödünç alınan yüz ölçek buğday, aynı cinsten herhangi bir yüz ölçek buğdayla ödenebilir.

2. Mislî-kıyemî ayrımı menkul mallarda yapılabilir. Gayri menkuller daima gayri mislî maldır⁴⁴.

3. Mislî mallarda zimmetler arasında karşılıklı takas (borçların mahsubu) caiz görülmüştür. Ancak kıyemî mallarda zimmet borcu takası kabul etmez. Zaten kıyemî

⁴⁰ İbn Âbidin, IV, 531

⁴¹ Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 143

⁴² Mecelle, md. 146 ; Fetevâ-i Hindiyeye, V, 12-13 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 144 ; Mahmasânî, I, 17 ; Zuhayli, V, 44

⁴³ Tunçomağ, I, 69

⁴⁴ Reisoğlu Safa, *Türk Eşya Hukuku*, I, 17

mallar zimmet borcu olamaz. Kıyemî mal mevcut olmadıkça satım konusu olmaz. Örneğin ortada olmayan bir baş koyun ya da sığırı satmak, sonra da herhangi bir koyun veya sığırı teslim etmek mümkün ve caiz değildir.

4. Fukaha kıyemî mallarda karz akdinin geçerli olmayacağı ancak mislî mallarda geçerli olabileceği görüşündedirler. Bunun yerine kıyemî mallar âriyet (iğreti) akdine konu olabilir⁴⁵.

5. Mislî mal aynî hakka da şahsî hakka da konu teşkil ettiği halde kıyemî mallar ancak aynî hak konusu olur⁴⁶.

6. Mislî mallar zimmet borcu olabildikleri için telef edilmeleri halinde kıymetleri ile değil misilleri ile tazmin edilirler. Kıyemî malların misli bulunmadığı için tazmin ancak kıymeti ile yapılır⁴⁷. Mesela bir kimse haksız yere bir malı gasb edip tüketir, ya da telef ederse bu malı tazmin etmekle sorumludur. Mal mislî ise mislini, kıyemî ise gasb zamanı ve yerindeki kıymetini öder⁴⁸.

7. Kısmet sözleşmesinde⁴⁹ mal iki kişi arasında ortak ise, mislî mallarda ifraz (bütünden ayırma) ciheti tercih edilir. Yani ortaklardan her biri diğerinin izni olmadan hissesini alabilir. Ancak gaibin hissesi kendisine takdim edilmedikçe kısmet sözleşmesi tamam olmaz. Kıyemî mallarda ise mübadele (karşılıklı değiştirme) ciheti tercih edilir. Yani mübadelede karşılıklı rıza veya hakim kararı gerekir⁵⁰.

8. İslam'da yasak olan fazlalık faizi (ribe'l-fadl) kıyemî mallarda değil mislî mallarda cereyan eder. Bir ölçek buğday iki ölçeğe satılırsa bedeller arasında eşitlik olmadığı için fazlalık faizi tahakkuk eder. Buna karşılık bir koyun iki koyun karşılığı satılırsa faizli satış olmaz⁵¹.

⁴⁵ Bilmen, VI, 45.

⁴⁶ Karaman Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 16.; Zuhaylî, V, 45

⁴⁷ Mecelle, md.851

⁴⁸ Mahmasâni, I, 18

⁴⁹ Kısmet : "Taksim etmek bir şeyi bölmek demektir. Yani müteaddit kimselerin bir şeydeki hisse-i şâyialarını bir mikyasa tayin ve tahsis etmektir". Bilmen, VII, 58

⁵⁰ Mahmasâni, I, 18

⁵¹ Karaman, III, 17; Zuhaylî, V, 45

d. Mebî-Semen Ayrımında Hanefîlerin Ölçüleri

1. Dinar ve dirhem (altın ve gümüş) her ne şekilde olursa olsun satım sözleşmesinde mutlak olarak semendirler, mebî olamazlar. Çünkü ıvazlı (karşılıklı borç doğuran) sözleşmelerde belirleme ile belirgin hale gelmezler⁵². Semeniyet vasfi altın ve gümüşün yapısındanadır. Onun karşılığında kıyemî ya da misli mal olması farketmez.

2. Kıyemî mallar daima mebî olarak değerlendirilir. Çünkü zimmete taalluk etmeyip tayinle taayyün eder. Ancak vasıfları belirlenmiş bir giysinın selem akdine konu olması hali müstesnadır. Çünkü ıstısnâ ve selem sözleşmeleri insanların ihtiyaçlarından ötürü kıyasın aksine zimmette borç olarak belirginleşir⁵³.

3. Misli malların şu durumda semen olmaları gibi mebî olmaları da eşittir.

a. Satım akdinde nakit para karşılığı satılan misli mallar mebî, para ise semen sayılır. Çünkü bu durumda paranın taayyünü kabil değildir. Misli mallar bu konuda kabil-i tayin olduğu için mebîdir⁵⁴.

b. Satım akdinde misli malla kıyemî mal karşılaştığında iki durum söz konusu olur :

ba. Misli mallar satım akdinde belirginleşmişse mebî sayılır. Örneğin, “*şu kitabı sana bir sa’ buğday karşılığı sattım*” cümlesinde, misli mal olan buğday da kıyemî mal olan kitap da mebî sayılabilir. Her ikisinin mebî kabul edilmesi durumunda sözleşme trampa olacağından misli malın belirginleşme özelliğine binaen mebî sayılması gerekir.

bb. “*Bu kitabı sana bir sa’ buğday karşılığı sattım*” cümlesindeki gibi misli mallar bey akdinde belirginleşmemişse, başına “*ba*” harfi gelen semen, diğeri mebi sayılır. Çünkü her iki bedel de semeniyete elverişlidir⁵⁵.

c. Satım sözleşmesinde misli mallar karşı karşıya gelmişse (buğdayı buğday karşılığı satmak gibi) birinin özellikleri bilinip diğeri bilinmiyorsa özellikleri

⁵² Kâsânî, V, 237 ; Kürdî, I, 227

⁵³ Kürdî, I, 228

⁵⁴ Bardakoğlu, Ali, “*Bey*”, DİA, VI, 16

⁵⁵ Kürdî, I, 228-229

bilinmeyen semen diğeri mebî olur. Her ikisinin de vasıfları bilinmiyorsa başına “ba” harfi gelen semen diğeri mebî olur. Her ikisinin de özellikleri biliniyorsa her ikisinin de mebî olması uygundur.

d. Altın ve gümüş dışında piyasadaki basılmış paralar, İmam Muhammed’e göre piyasada para değerini koruduğu müddetçe paradırlar. Şayet para olarak kullanım değeri yoksa maddenin yapısına göre kıyemî veya mislî mal muamelesi görür. Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf’a göre, satım sözleşmesinde kıyemî veya mislî mal karşılığında olursa altın ve gümüş gibi semen sayılırlar⁵⁶.

e. Mebî-Semen Ayrımının Hukukî Sonuçları

İslam hukukunda satış bedeli (semen) ve satılan mala (mebî) farklı hükümler uygulandığı için bu iki unsurun ayırte edilmesi gerekir. Mebî semen ayrımı gerek kabz öncesi ve sonrasında tarafların mebî ve semenle ilgili hak ve sorumluluklarını, gerekse mebî ve semenin şart ve durumunun akde tesirini yakından ilgilendirir⁵⁷. Bu ayrımın hukuki sonuçları olarak şunlar görülebilir :

1. Satım sözleşmesinin meydana gelebilmesi için satılan malın *mütekavvim*⁵⁸ olması gerekir. Halbuki satış bedeli için böyle bir şart yoktur. Bir kimse bir miktar para karşılığı lâşe (meyte) satmış olsa bu satış sözleşmesi batıldır. Çünkü meytenin mal olarak değeri yoktur. Ya da bir miktar şarap karşılığı koyun satmış olsa sözleşme fâsit olur. Çünkü satım konusu mütekavvim olduğu halde satış bedeli mütekavvim değildir. Dolayısıyla satılan malın mütekavvim olmaması sözleşmeyi batıl kılarken satış bedelinin mütekavvim olmaması sözleşmeyi fâsit kılmaktadır. Hanefilerdeki yaygın görüş olan “fesat sebebi izale edilen akdin geçerliliğe kavuşacağı” hatırlanmalıdır⁵⁹.

⁵⁶ Kürdî, I, 230-231

⁵⁷ Bardakoğlu, “Bey”, DİA, VI, 17

⁵⁸ *Mütekavvim iki anlama gelir. Birisi kullanılmasında şer’an engel olmayan diğeri ise ele geçirilmiş maldır. Mecelle, md: 127*

⁵⁹ Dönmez, İbrahim Kâfi, “Garar”, DİA, XIII, 366-371

2. Satım sözleşmesinin geçerlik kazanması için satılacak malın satım anında satıcının mülkiyetinde bulunması gerekir. Fakat satım anında semenin alıcının mülkiyetinde olması mutlak şart değildir.

3. Mebûin mevcudiyeti sözleşmenin asıl şartıdır. Ancak semenin mevcudiyeti sözleşme için mutlak şart değildir. Bir kimse ağaçtaki henüz oluşmamış meyveyi satarsa sözleşme batıldır. Satım sözleşmesinin asıl unsuru mebî, vasfı ise semendir.

Yukarıdaki şarttan selem sözleşmesi istisna edilmiştir. Kıyasa aykırı olmakla birlikte bu, olmayan şeyin satımı iken istihsanen caiz görülmüştür. Peygamberimiz insanın yanında olmayan şeyi satmasını yasaklamış ancak selem sözleşmesine ruhsat vermiştir. İbn Abbas'tan rivayet edilen bir hadiste, peygamberimiz Medine'ye geldiğinde insanların bir veya iki yıllığına selem yaptığını görmüş ve "*kim selem yaparsa, ölçü, tartı ve vadesi bilinsin*" demiştir.⁶⁰

4. Selem satışında satış bedelinin peşin ödenmesi gerekirken selem konusu olan standart malın tesliminin vadeye bağlanması asıldır. Selem akdinde bedelin vadeli olması akdi batıl kılar. Konuyla ilgili nasslar mebûin vadeli fakat selem bedelinin peşin olması gerektiğini bildirmektedir. Özellikleri ve vadesi bilinen bir standart malın satımında sözleşme meclisinde bedel kabzedilmedikçe sözleşme batıldır. Çünkü selem sözleşmesinin özelliği gereği bedelin peşin olması asıldır⁶¹.

5. Satış bedelinin teslim, külfet ve masrafı alıcıya, satılan malın teslim ile ilgili masrafları satıcıya aittir. Yani mebî ve semene ait teslim masrafları taraflara aittir. Mesela vadeli bir satışta çek veya senedin tahsili ile ilgili masraflar alıcıya ait olduğu gibi alacaklının kefil veya rehin istemesi halinde bununla ilgili masraflar da satıcıya aittir. Kısaca malın teslimine kadar çıkacak masraflara satıcının katlanması gerekir.

6. Satış bedeli belirlenmeksizin yapılacak satım sözleşmesi fâsit, satılacak mal belirlenmeksizin yapılacak satım sözleşmesi batıldır.

⁶⁰ Kudame, *Muğni*, IV, 304; Şirbinî, *Muğni 'l-Muhtac*, II, 202

⁶¹ Kürdî, I, 230-231

7. Satılan bir mal alıcıya teslim edildikten sonra *ikâle*⁶² yoluna gidilemez. Fakat böyle bir durumda satıcının teslim aldığı satış bedelini kaybetme, çalınma gibi bir yolla telef olması ikâleyi etkilemez

8. Satın alınan menkul bir malda alıcının kabzdan önce tasarrufta bulunması caiz değilken, satıcının henüz teslim almadan satış bedeli üzerinde tasarrufta bulunması caizdir.

9. Ödemenin peşin yapılacağı konuşulan alış-verişte alıcının malın teslimini isteyebilmesi için önce satış bedelini ödemesi gerekir⁶³.

Alış-verişte taraflar bedellerin öncelikle teslimi konusunda anlaşmazlığa düşerlerse önce alıcının semeni, sonra satıcının mebî teslim etmesi gerekir. İslam hukukuna göre mülkiyet sözleşmeyle karşı tarafa geçtiği için öncelikle alıcının mebiddeki hakkı belirir. Satıcının ise semendeki hakkı ancak kabz ile belirginleşir⁶⁴. Hanefilere göre ayn borçlanmalarında teslimin vadeye bağlanması caiz değildir. Çünkü sadece zimmetteki borcun tecili (vadeye bağlanması) mümkündür⁶⁵.

Hanefilere göre, satış bedeli vadeli olmadığı müddetçe, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için alıcının semeni önce teslim etmesi gerekir. Şayet semen vadeli ise satıcının sözleşmeden hemen sonra malı teslim etmesi gerekir. Böylelikle satıcının satış bedelini teslim alma hakkı doğar. Satış bedelinin bir kısmı vadeli bir kısmı peşin ise peşin kısmını aldığı an malı teslim etmelidir. Satılan mal teslim hazır değilse hazır oluncaya kadar alıcı satış bedelini geciktirir. Bütün bunlar aynın⁶⁶ deyn⁶⁷ karşılığı satıldığı satım akdi için geçerlidir. Sarf akdinde taraflar bedelleri aynı anda teslim etmelidir⁶⁸.

⁶² Bir sözleşmede tarafların karşılıklı rızalarıyla akdi sona erdirmeleridir. Bilmen, VI, 12

⁶³ Zuhaylî, IV, 405; Mevsûlî, Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar*, II, 10;

Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 145-146

⁶⁴ Kudame, IV, 219

⁶⁵ Atar Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, 51

⁶⁶ Ayn : *Muayyen, müşahhas olan şeydir. Mesela bir araba, bir masa vb. şeydir. Karaman, "Ayn", DİA, IV, 258 ; Ali Haydar, I, 234-235*

⁶⁷ Deyn : *Zimmette sabit olan şeydir. Aydın, M. Akif, "Deyn", DİA, IX, 266. Deyn zıt anlamlı kelimelerdendir. Deyne alacaklı açısından bakıldığında bir hak, borçlu yönünden bakıldığında bir borç, bir mükellefiyet olarak görünür. Atar, 50-52*

⁶⁸ Kürdî, I, 235

Hanefiler, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması konusundaki görüşlerini şu delillerle kuvvetlendirirler :

Rivayet edildiğine göre Peygamberimiz “*Deynin ödenmesi gerekir*” buyurmuştur. Deyn mebî olmayıp semendir. Bundan dolayı semenin îfa talebi mebîden önce gelir⁶⁹.

Yine rivayet edildiğine göre Peygamberimiz “*Üç şey ertelenmez : ödenme imkanı olan borcun îfası*” buyurmuştur. Burada ödenme imkanı olan borcun ertelenmesinin uygun ve caiz olmayacağı belirtilmektedir⁷⁰.

İmam Şafii’ye göre taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması konusunda anlaşmazlık çıktığı takdirde taraflardan her birine bedelleri teslim etmeleri emredilir. Çünkü Şafii’ye göre **mebî** ve **semen** müteradif kavramlardır. Her ikisi de tayinle taayyün ettiği için aynı anda teslim edilmeleri gerekir. Bir diğer görüşünde ise Şafii, “öncelikle satıcının mebîi tahliye etmesi, sonra da mebî teslim alan alıcının semeni teslim etmesi gerekir” der. Burada mebîin tesliminin öncelikli olması satım sözleşmesinin fesihden korunması maksadına yöneliktir. Çünkü mebî kabzdan önce telef olursa sözleşme fesholur. Ancak semenin kabzdan önce telef olması akdin sonucunu etkilemez⁷¹.

Netice şu ki, satıcının satış bedelini teslim alıncaya kadar satılan malı alıkoyma (hapis) hakkı vardır⁷². Ancak alıcının böyle bir hakkı yoktur. Alıcının öncelikle bedeli teslim etmesi gerekir. Alıcının şu durumlarda satış bedelini alıkoyma hakkı vardır ki bu durumlar da istisnadır :

1. Satışın vadeli olması durumunda alıcı vade gelinceye kadar semeni alıkoyabilir.
2. Herhangi bir sebeple satılan malın teslim hazırlanmaması durumunda.

⁶⁹ Kürdî, I, 232

⁷⁰ Kürdî, I, 232

⁷¹ Kürdî, I, 232

⁷² İbn Âbidin, IV, 561 ; Aybakan, “*Hapis*”, DİA, XVI, 65-67

3. Akdin, trampa (mukâyada) ve sarf olması durumunda satıcı ve alıcı teslim açısından eşittirler⁷³.

f. Mebî ve Semene Ait Teslim Giderleri

Karşılıklı her iki tarafa borç yükleyen satım sözleşmesinde, satıma konu olan şeyle (mahall-i akd) ilgili masraf ve giderler satıcıya ait olup, satış bedeliyle ilgili masraf ve giderler de alıcıya ait olur⁷⁴. Semenin nakit para dışında bir şey olması durumunda, tartılması, sayılması vs işlemlerin giderleri alıcıya aittir. Semenin nakit para olmasında ise havale vs. giderleri yine alıcıya aittir.

Mebîin ölçülen, tartılan veya sayılan cinsten bir mal olması halinde gerekli işlem ve masrafların giderleri satıcıya ait olur⁷⁵. Ancak bu kurallar düzenleyici hukuk kuralları olduğundan tarafların aksine anlaşma yapmaları halinde yapılan anlaşma geçerlidir.

Türk Borçlar Kanunu md. 185'e göre "hilafına âdet veya mukavele mevcut değilse ölçme ve tartma gibi teslim masrafları satıcıya aittir". Ölçme ve tartma giderlerinden kasıt satılanın veya satış bedelinin tayinine yarayan giderlerdir. Satılanın korunması ve satımı için paketlemenin gerekli olduğu hallerde paketleme masrafları satıcıya aittir. Buna karşılık senet yapma ve satılanı teslim alma masrafları alıcıya aittir⁷⁶.

Satıcı ve alıcı arasındaki anlaşmaya göre ölçü ve tartı giderleri alıcıya yüklenebilir. Ya da yerel göreneklerden aynı sonuca varılabilir⁷⁷. Örneğin su, doğalgaz ve elektriğin ölçülmesi için mutaden (satış bedeline eklenen) bir kira (sayaç kirası) alınır ve böylece teslim giderlerini alıcı ödemiş olur.

Hanbelilere göre satılan şeyle (mebî) ilgili giderler satıcıya, bedelle ilgili masraflar ise alıcıya aittir. Ancak satılan şeyle ilgili nakil ücreti alıcıya aittir. Çünkü

⁷³ İbn Âbidin, IV, 561

⁷⁴ Mecelle, md 288-289 ; Bardakoğlu, "Bey", DİA, VI, 18

⁷⁵ Bilmen, VI, 52

⁷⁶ Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21 ; Olgaç, 23

⁷⁷ Tunçomağ H, 99

sözleşme yapılmakla mülkiyet alıcıya geçmiş olmaktadır. Nakil ücretinin satıcıya ait olması şartıyla yapılan sözleşmelerde nakil ücreti satıcıya ait olur.

Götürü usulü toptan yapılan satışlarda satılan şeyle ilgili giderler alıcıya aittir. Bir vasıta üzerine yüklenerek satılan şeylerin, alıcının evine ulaştırmak hususundaki masraflar için örfe başvurulmalıdır. O yörede bu konuda neler yapılmakta ve hangi gelenekler var ise ona göre yapılmalıdır. Örneğin 5 ton kömür alan şahıs, kömürü evine getirinceye kadar olan masrafa katlanmaz. Çünkü bu konudaki yerleşik örf satıcının bu giderlere katlanması yönündedir. Ancak aksi bir anlaşma söz konusu ise anlaşmaya uymak gerekir.

Çağdaş hukuk toptan satışlardaki giderlere şöyle bakmaktadır. Yığın halindeki bir malın götürü usulü satımında ölçme ve tartma, fiyatın tayini için değil de alıcı çıkarına yapıldığında giderlerin de ona yüklenmesi doğaldır⁷⁸.

Sözleşme anında mebiin teslim mekanı belirlenmişse satıcının oraya kadar taşınması gerekir. Bununla birlikte yerleşik örfeye göre satılan malla ilgili resmi giderler alıcıya ait olur. Gayri menkul ve oto satışlarında noter masrafları ve devletin almış olduğu resmi vergiler alıcıya aittir.

Bir kişi başkası adına onun izniyle malını satarsa ücretini satıcıdan alır. Satıcı bu ödemiş olduğu bedel karşılığı alıcıdan fazladan bir şey isteme hakkına sahip değildir. Komisyonculuk yapanlar, günümüz yerleşik örfüne göre hem satıcıdan hem de alıcıdan belli oranda ücret almaktadırlar.

⁷⁸ Tunçomağ, II, 99

B. KABZA KONU OLAN MALLAR

1. Mal Kavramı

Kabza konu olan malları incelemeye geçmeden önce mal kavramı üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

İslam hukukçuları “mal” kavramına farklı anlamlar yüklemektedirler. Yapılan bazı tanımların kapsamına menfaatler girmemektedir. Mecellenin yapmış olduğu tanım şöyledir : “Mal, tab-ı insani olup da, vakti hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayri menkule şamil olur⁷⁹”

Mecelle genelde Hanefi fıkıh mezhebini esas aldığı için yaptığı tanımdan da anlaşılmaktadır ki menfaatler mal kabul edilmemektedir. Ancak menfaat malla olan ilişkisi ölçüsünde mal kabul edilebilir. Hanefiler tanımdan yola çıkarak malın elde edilmesi, kazanılması, ihtiyaç zamanı için biriktirilmesi özelliği olduğunu, fakat menfaat için böyle bir şeyin söz konusu olamayacağını savunmuşlardır. Diğer mezhepler menfaati mal kabul etmektedirler. Çünkü onlara göre mal insan yararına yaratılmış olup menfaatler de insan yararı için vardır. Bir şeyin mal sayılıp sayılmamasındaki temel ölçü o şeyden faydalanılıp faydalanılmadığıdır. Dolayısıyla kendisinden yararlanılmayan şeyler mal sayılmaz⁸⁰.

İnsan ihtiyacının karşılanması noktasında bir çok şey mal sayılmamaktadır. Ancak, mal sayılmayan bazı şeyler gerekli işlemlerin yapılmasıyla alımı ve satımı mümkün olabilmektedir. Tabaklama ile temizlenen eşek ve katırın derisi böyledir⁸¹.

⁷⁹ Mecelle, md. 126

⁸⁰ Şafak Ali, *Menkul Kıymetler ve Ticareti, (İslami Açıdan Borsa)*, 72 ; Kaşıkçı, 252

⁸¹ Kâsâni, V, 142

Bir şeyin mal olup olmadığını belirleyen temel unsur insan fitratının meyli ilkesi değil, o şeyden gerçekten yararlanma imkanı ve mütekavvim olmasıdır. Bu unsurlardan birisinin olmaması halinde mal kabul edilmez ve böyle bir şey üzerine yapılan sözleşmeler batıl olur. Fıkıh kitaplarında malın hukukî cephesini yansıtan değişik tanımlar yapılmıştır. Yapılan tanımlardaki ortak unsur, “*insanlar arasındaki maddi kıymeti haiz olan her şeye (ayn') mal*” denir⁸².

Hanefiler dışındaki İslam hukukçularına göre menfaatler de mal sayılır. Ancak Hanefiler menfaatleri mal olarak kabul etmezler.

2. Menkul Mallar

Mecelle'ye göre bir yerden diğer bir yere taşınma imkanı olan şeydir⁸³. İster ilk şekli üzere hiç değişikliğe uğramadan kalsın isterse nakil ve aktarma sebebiyle değişikliğe uğrasın. Nakit para, ticaret eşyası, mekîlât, mevzûnât ve hayvanlar bu niteliktedir⁸⁴. Medeni kanunun 686. Maddesi ve Borçlar Kanunu md.184/1 bu kavramın muhtevasını açıkça göstermiştir. Buna göre menkuller bir yerden diğer bir yere nakledilebilen eşya ile gayri menkul mülkiyetine dahil olmayan ve tapu siciline kaydedilen haklardan başka⁸⁵ temellüke elverişli bulunan gözle görülüp elle tutulmayan ama denetlenip egemenlik altına alınabilen doğal güçler (enerjiler) olarak değerlendirilmiştir⁸⁶. BK md. 184/1 de kanun koyucu menkul satımının konusunu olumsuz olarak tanımlamakta ve gayri menkul satımının veya mülkiyetinin kapsamına girmeyen hususların menkul satımının konusunu teşkil edeceğini ifade etmektedir. BK md 184/1 anlamında menkul kavramından, alacak hakları ve mâmelekî mahiyette imalat sırları, alıcı çevresi ve diğer maddi olmayan mallar üzerindeki haklar menkul

⁸² Şener, Mehmet, *Gasp ve İtaftan Doğan Mali Sorumluluklar*, (Basılmamış Doktora Tezi), 4

⁸³ Mecelle, md.128

⁸⁴ Mecelle, md.128

⁸⁵ Aral, 21 ; Atar, 164 ; Tandoğan, 50

⁸⁶ Hatemi / Serozan / Arpacı, 68 ;Reisoğlu, I, 6 ; Yavuz, I, 57

mal sayılmaktadır⁸⁷. Hatta mülkiyete elverişli olan buhar, elektrik enerjisi ve tüpe doldurulan gaz da menkul kapsamına dahil edilmektedir⁸⁸.

Mecelle'nin vermiş olduğu tanımdaki örnekler gayet açık olduğu için geniş bir şekilde izaha gerek yoktur.

Hayvanların nakil, yük, taşıma ve ziraat için önemi eskiden beri bilinmektedir. Deve, at ve diğer hayvanlar cahiliye döneminde olsun daha sonra olsun arapların iktisadi hayatlarının temeliydi. Bu önemi şiirlerinde ve özdeyişlerinde sık sık dile getirmişlerdir⁸⁹.

Nakit paralar menkul malların en önemlisidir. Servet ve temel mübadele aracı olma özelliğini hiç kaybetmemiştir. Önceleri basılmamış madenlerden müteşekkil olup, sikke halinde olsalar bile farklı ağırlıkta bulunduğu için sayı ile değil normal ticaret malları gibi tartı ile işlem görürdü. Ödemelere esas teşkil eden bu paraların yanı sıra değişik ağırlıklarda ve çeşitli madenlerden kesilmiş paralar da tedavülde bulunmaktaydı. 1929 dünya iktisadî buhranından sonra dünyada metal para sisteminin yerine kağıt para sistemi geçmiştir. Kağıt para itibarı bir değere sahiptir⁹⁰.

Mecelle'ye göre nakit para altın ve gümüşdür⁹¹. İnsanlar arasında mübadelesi teâmül haline gelmişse basılmamış altın ve gümüş de hükmen nakittir. Aksi halde normal mal muamelesine tabidir⁹². Ancak nakit para konusundaki bu anlayış Mecelle'nin hazırlanma dönemindeki anlayışı yansıtmaktadır. Günümüzde parayla ilgili yargılar değişmiştir. Altın ve gümüş bugün para olma özelliğinden çok mal kabul edilmektedir⁹³.

Menkullerin diğer bir çeşidi ölçü ve tartıyla alınıp satılan mallardır. Bunlar tabiatı gereği menkuldür. Çünkü taşınma imkanı olmayan şeyin ölçülüp tartılması da düşünülemez.

⁸⁷ Aral, 23 ; Olgaç, 21

⁸⁸ Gözübüyük Şeref, *Hukukun Temel Kavramları*, 121 ; Tekinay, *Eşya Hukuku*, 23

⁸⁹ Mahmasâni, I, 11-12

⁹⁰ Mahmasâni, I, 11 ; Aybakan, 73 ; Atar, 164

⁹¹ Mecelle, md. 130

⁹² Mecelle, md. 1340

⁹³ Mahmasâni, I, 12 ; Bilmen, VII, 82

Menkullerin bir diğere çeşidi de ticaret malları (urûz) olup para dışındaki her şeydir. Yani sözü geçen menkul malların dışındakilerdir. Mecelle'nin deyimini ile "meta"⁹⁴; kumaş, toplandıktan sonra meyve, kitap elbise, çadır vb. şeylerdir"⁹⁵". Ayrıca hisseler, alacaklar da menkul mal kapsamında düşünülmüştür. Buradaki hisseden kasıt sahip olunan bir şirket hissesi, iştirak halindeki mülkiyet hissesi ve müşterek mülkiyet hissesidir. Bu hisseler menkulü olabileceği gibi gayri menkulü de temsil edebilir⁹⁶.

3. Menkul Malların Kabzı

Menkul malların satışı genellikle şekle bağlı olmadığından menkul mülkiyetinin intikali de teslimle, yani kabz ile gerçekleştiği⁹⁷ için menkullerin farklı türlerinde kabzın nasıl gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekir.

İslam hukukçuları menkul malların kabzının keyfiyetinde farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Çoğunluğu kabz açısından menkul malları tasnife tabi tutma noktasında hemfikirdirler. Şöyle ki, bazıları âdete göre kabzın elle almak olduğunu bazıları ise bu işlemin yeterli olamayacağı görüşündedirler. Bu açıdan konuya bakıldığında menkuller üç halde bulunur :

a. Örf'e göre elle alınabilenler ; Bunlar nakit para, elbise, mücevher ve zînet eşyalarıdır. Bu tür malların kabzı Şâfiîler, Hanbelîler ve Mâlikîlerin çoğunluğuna göre elle almakla gerçekleşir.

b. İmkan dahilinde olsun olmasın ölçülüp tartılamayan ve sayılamayan eşyalar, hayvanlar ve götürü usulü satılan gıda maddeleridir. Bu tür malların kabzı hususunda Şâfiîler, Mâlikîler ve Hanbelîlerin ihtilafı vardır. Mâlikîlerin bir görüşüne göre örf'e müracaat etmek gerekir. Neler örf'en kabz sayılırsa öyle yapılması gerekir⁹⁸.

⁹⁴ Mecelle, md. 131

⁹⁵ Mahmasâni, I, 12

⁹⁶ Atar, 167-168

⁹⁷ Gözübüyük, 111

⁹⁸ Mevsûa, XXXII, 260 ; Tandoğan, 53

Şâfîiler ve Hanbelîlere göre ise bu tür malların kabzı nakille olur. Bu hususta İbn Ömer'den rivayet edilen şu hadisi delil gösterirler : “*Biz şehir dışından pazara gelenleri karşılar ve mallarını götürü usûlü (toptan) alırdık. Peygamberimiz, onu yerinden nakletmedikçe satmamızı yasakladı*”⁹⁹. İlgili hadiste geçen ölçü gıda maddelerine ve başka şeylere de kıyas edilmiştir¹⁰⁰.

c. Ölçme, tartma ve sayma işlemleri ile belirlenenler (Keylî, veznî ve adedî) ; Bu durumdaki malların kabzının gerekli işlemleri tam yapmak olduğunda Şâfîiler, Mâlikîler ve Hanbelîlerin görüş birliği vardır. Ayrıca Şâfîiler nakil şartını da eklerler.

Fukahanın çoğunluğuna göre menkul mallardan bu durumda olanlar için gerekli işlemleri yapmak kabz sayılır. Bir rivayette peygamberimiz ; “*Biri satıcı diğeri alıcı tarafından iki ölçme işlemi yapılmadan gıda maddelerinin satışını yasaklamıştır*”¹⁰¹. Bir başka rivayette “*Kim bir gıda maddesi satın alırsa onu ölçmeden satmasın*”¹⁰² buyurmuştur. Onlara göre ilgili hadislerden çıkarılan deliller kabzın ancak ölçmekle gerçekleşeceğini gösterir. Diğer işlemler de ölçme işlemine kıyas edilmiştir.

Hanefilere göre menkul malların kabzı, el koyma veya imkan dahilinde ise tahliye ile gerçekleşir. Mecellede eşyanın tesliminin alıcının eline vermek ya da yanına koymak veya görerek ona kabz izni vermekle olacağı belirtilmiştir¹⁰³. Fetevâ-i Hindiyeye'ye göre ; bir adam ev satıp, anahtarını alıcıya verirse alıcı evi kabzetmiş sayılır. Yine mebiin teslimi alıcının kabzetmesine engel bırakmayacak şekilde mebi ile arasındaki engelleri kaldırmaktır. Semen açısından da durum aynıdır¹⁰⁴.

⁹⁹ Kudame, IV, 126

¹⁰⁰ Mevsûa, XXXII, 260

¹⁰¹ Kudame, IV, 125 ; Buhari, Buyû, 2002 (Şerh-i Kirmani), Beyrut 1981

¹⁰² Kudame, IV, 125

¹⁰³ Mecelle, md. 274

¹⁰⁴ Mevsûa, XXXII, 261

4. Gayri Menkul Mallar

Mecelle'ye göre gayri menkul (akar), bir yerden diğer bir yere taşıma imkanı olmayan maldır. Ev ve arazi gibi¹⁰⁵. Hanefilere göre bina, ağaç ve topraktaki ekili şeyler müstakil olarak akar sayılmayıp toprağa bağlı olarak akar kabul edilir. Üzerinde bina, ağaç veya ekin bulunan arazi satılırsa, toprağa bağlı olarak bunlara da akar hükmü uygulanır. Buna göre akar, Hanefilerde sadece araziye şamildir. Menkul ise arazi dışındaki her şeydir¹⁰⁶. Maliki mezhebi bu konuda farklı düşünmüş, bina ve ağaç gibi şeyleri de taşınmaz mal saymıştır. Çünkü bunların önemli vasfı bozulmadan taşınmaları mümkün değildir. Vasıflarını bozmadan korumak arazi üzerinde kalmalarına bağlıdır. Arazi üzerinde devamlı kalma zarureti de onları taşınmaz mal kabul etme mecburiyetini doğurur¹⁰⁷.

Çağdaş hukuk açısından gayri menkul mallar esas itibariyle bir yerden diğer yere taşınamayan ev ve arsa gibi arz parçalarıdır. M.K.'nin 632.maddesi gayri menkul kavramını biraz daha genişletmiş ve gayri menkul konusu olarak arazi, tapu siciline müstakil ve daimi olmak üzere kaydedilen haklar, madenler ve kat mülkiyetinde bağımsız bölümleri zikretmiştir.¹⁰⁸ Gayri menkulün bütünleyici parçasına (mütemmim cüz) dönüşmüş taşınır eşya da (örneğin betona çevrilmiş bir torba çimento) artık taşınmaz konumuna tabidir. Bununla birlikte özel iktisâdî değere sahip oldukları için uçaklar, gemiler, motorlu araçlar aslında taşınır eşya oldukları halde giderek taşınmaz eşya özelliği kazanmışlardır. Teslim teslim açısından resmi işleme bağlanması taşınmaz eşya sayılmasının en belirgin alametidir¹⁰⁹.

Mecelle akarı mahdut ve gayri mahdut diye ikiye ayırmıştır. Birincisi sınırlarının çizilme imkanı olan akardır. İkincisi ise boyutları belirlenemeyen akardır¹¹⁰. Mecelle'nin böyle bir tasnife gitmesi, çağdaş hukukun gayri menkul

¹⁰⁵ Mecelle, md. 129

¹⁰⁶ Zuhaylî, V, 42

¹⁰⁷ Karaman, III, 18-19

¹⁰⁸ Hatemi / Serozan / Arpacı, 67 ; Aral, 21-22

¹⁰⁹ Hatemi / Serozan / Arpacı, *Eşya Hukuku*, 305

¹¹⁰ Mahmasâni, I, 13

tanımındaki “bağımsız ve daimi haklar” kavramını daha önceden öngörmüş olmasına binaendir. Mecelle de gayrı menkul kavramını surf maddi mallara hasretmemektedir.

Mahmasâni’ye göre gayrı menkulden faydalanmaya bağlı hayvan ya da zirai alet ve edevât menkul mal kavramına dahilken, yapılan yeni düzenlemeye göre gayrı menkul sayılmıştır¹¹¹.

Bir çok ülkede gayrı menkule ait kanuni düzenlemeler oldukça zor gerçekleştirilmiştir. İslam hukuku ve Osmanlı kanunları bu noktada orta bir yol takip ettiğinden, yeni düzenlemeler yapıldığı halde hala etkisini sürdürmektedir.

Mahmasâni ülkesindeki gayrı menkule ait düzenlemenin genel tasnifini şöyle veriyor :

- 1.Sahipli araziler ; Ayn ve menfaat mülkiyeti bir kişiye ait olan akardır.
- 2.Vakıf araziler ; Geliri belirli yerlere harcanmak üzere vakfedilen arazilerdir.
- 3.Metruk araziler ; Halkın mera vs. olarak kullandığı yerlerdir.
- 4.Ölü araziler ; Sahibi olmayan yerlerdir.
- 5.Miri araziler ; Mülkiyeti devlete ait olup isteyene kiraladığı arazilerdir¹¹².

5. Gayrı Menkul Malların Kabzı

Menkullerin aksine gayri menkullerin satışı şekle bağlandığı için mülkiyeti de teslimle değil tescille intikal etmektedir¹¹³.

İslam Hukuku açısından meseleye bakıldığında fukaha gayrı menkullerde kabzın tahliye ve tasarrufa imkan bulmak olduğunda görüş birliğine varmışlardır. Tasarrufta bulunmak bir şahıs tarafından engellenirse gayrı menkul tahliye edilse bile, kabz gerçekleşmez. Şafîilerde tahliyenin gerçekleşmesi için ekili alanların hasat edilmesi gerektiği yönünde bir görüş vardır. Hanefilerden İmameyn, zahirürrivaye ve mezhebin yerleşik görüşüne göre akarın kabzı için “*yakın olma*” şartı aranır. Şayet

¹¹¹ Mahmasâni, I, 13, Burada Mahmasâni’nin ülkesindeki kanuni düzenlemeyi kastettiği anlaşılmaktadır

¹¹² Mahmasâni, I, 14

¹¹³ Gözübüyük, 111 ; Tandoğan, 37

akar uzak ise tahliye kabz sayılmaz. Ebu Hanîfe bu görüşe katılmamaktadır. İbn Âbidin uzaklık ve yakınlık ölçüsünü aynı şehirde bulunmak şeklinde belirtiyor. Gayrı menkule ait bir anahtarın alıcıya teslim edilmesi tahliye ve kabz sayılmıştır¹¹⁴.

Hanefiler, Şâfîiler ve Hanbelîler kabza engel manilerin ortadan kalkması noktasında ağaçtaki meyvenin tahliyesini akara kıyas etmişlerdir. İnsanların ihtiyacı ve örf de bunu gerektirir.

6. Menkul-Gayrı Menkul Ayrımının Önemi

İslam hukuku açısından menkul-gayrı menkul ayrımının önemi şöylece tebarüz etmektedir :

1. Şuf'a hakkı¹¹⁵ ve vefa satışı¹¹⁶ akarda geçerli olur.

2. Hanefilere göre vakıf ancak gayrı menkullerde geçerlidir. Menkulün vakfi gayrı menkule tabi olarak geçerli olur. Bir araziye üzerindeki zirai alet ve hayvanlarla vakfetmek gibi. Hanefiler dışındaki fukahaya göre menkulün de vakfi geçerlidir.

3. Vâsînin, vesayeti altındaki kişinin malını satması ; Akarın satışı caiz değildir, ancak borç ödemek, zarurî bir ihtiyacı gidermek veya mühim bir maslahatı gerçekleştirmek için satılmasını caiz kılan şer'î bir sebeple satabilir. Menkulün ise satımında bir maslahat gördüğü zaman satabilir.

4. Komşuluk ve irtifak hakları¹¹⁷ akarda caridir, menkulde değildir¹¹⁸.

Çağdaş hukuk açısından gayrı menkuller, menkullere nisbeten daha özel bir önem taşımaktadır. Gayrı menkuller başta şekle bağlılık yönünden, ayrıca ayıptan

¹¹⁴ Mevsûa, XXXII, 235

¹¹⁵ Şuf'a, "Satılan bir mülkü satın alana kaç mal oldu ise o miktar karşılığında mülkiyetine geçirmektir". Mecelle, md 950

¹¹⁶ "Bedeli iade edildiğinde geri alınmak üzere bir malın satılmasını konu edinen satış akdi". Bayındır, "Bey bi'l-vefa", DİA, VI, 20

¹¹⁷ "Bir gayrı menkule ait yol, sulama ve su tahliyesi haklarıdır". Karaman, Anahatlarıyla İslam Hukuku, II, 287

¹¹⁸ Zuhaylî, V, 42-43

ötürü garanti sorumluluğunun kapsamı ve süresi açısından özel hukukî konuma tabi tutulmuştur¹¹⁹.

MK. aynî haklar kitabında gayrı menkulleri çok geniş ve etraflıca düzenledikten sonra kanun koyucu bununla yetinmeyerek bazı özel kanunlar koyma ihtiyacı duymuştur.

Kanun koyucunun gayrı menkullere göstermiş olduğu özel ilgi bunların her şeyden önce ülkenin parçaları olması ve genel olarak menkullerden daha yüksek iktisadi değer taşımaları gibi sebeplere dayanır. Her ne kadar bazı kıymetli şeyler (mesela değerli bir taş) bir kaç dönüm araziden daha pahalı olsa bile devlet gayrı menkullerin tedavülünde sağlamış olduğu denetim kolaylığını menkullerde bulamazdı. Bu sebeple değeri ne olursa olsun menkuller daha külfetsiz ve sade bir hukukî konuma tabi tutulmuştur¹²⁰.

Mevzuatın menkullerle gayrı menkul arasında gözettiği belli başlı farklar şunlardır :

a. Medeni Hukuk Bakımından ; Gayrı menkullerin hukuki durumunu bilmek ve tedavülünde emniyeti sağlamak için “*tapu sicili*” ihdas edilmiştir. Bunun neticesi olarak gayrı menkullerdeki aynî haklar tapu siciline yapılacak tescille kazanılır. Menkullerdeki aynı hakkın iktisabı ise zilyetliğin elde edilmesi ile olur. Sadece gayrı menkullere ait bulunan kanuni şuf’a hakkı, irtifak hakkı gibi haklar vardır.

Menkul ve gayrı menkul ayrımı MK.’un eşya hukuku dışındaki alanlarına da kaymıştır¹²¹.

Aile hukukunda ; kendisine kanuni müşavir tayin edilen kimse menkul alım-satımı yapabilmesi için, müşavirin iznine gerek yoktur. Oysa aynı işlemler gayrı menkule ilişkin olursa müşavirin izni şarttır (MK, md. 379). Yine vesayet altında bulunan kişinin söz konusu işlemleri yapması menkullerde imkan dahilinde iken,

¹¹⁹ Hatemi / Serozan / Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 68

¹²⁰ Tekinay, 24

¹²¹ Tekinay, 25

gayrı menkullerde hem sulh hakiminin hem de asliye hakiminin iznine ihtiyaç vardır (MK. md. 405-406).

Miras hukukunda ; miras taksim edilirken terekede mevcut gayrı menkuller için özel bazı kurallar uygulanır (md.595-599).

Borçlar hukukunda ; menkullerin satımı, bağışlanması, kiralanması gayrı menkullerle bazı kanuni farklar gözetilmiştir. Diğer taraftan bazı sözleşmeler ancak menkullere aittir. Ödünç, vedîa ve taşıma sözleşmeleri gibi.

b. Usul Hukuku Bakımından ; Menkul davaları yetki kuralına tabi olup davalının ikametgahı mahkemesinde görülürken gayrı menkul davaları gayrı menkulün bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

c. İcra-İflas hukuku bakımından ; Alacaklı alacağını tahsil için borçlunun mal varlığına el koymak zorunda kalırsa menkullerin haciz ve satışını daha kolay yapacağı halde gayrı menkullerin paraya çevrilmesinde oldukça külfetli icra muamelelerine tabi olacaktır. Ayrıca taşınmazlar üzerindeki aynı haklara dair kararlar kesinleşmeden icra olunamazlar.

d. Devletler Hususi Hukuku Bakımından ; Yabancı uyruklu şahısların hukuki muamelelerinden doğacak ihtilaflarda hangi memleket kanununun tatbiki gerektiği meselesi devletler hususi hukukunun başlıca konularından biridir. Bu “*kanunlar ihtilafı*” karşısında devletler hususi hukuku menkuller ve gayrı menkuller için ayrı esaslar tespit etmiştir. Mesela Türkiye’de malları olan ve Almanya’da oturan bir Almanın ölümünde bu malların menkul olanları, ölenin ikametgahı kanununa (AMK), gayrı menkul olanlar ise TMK’na tabi olur.

Aynı şekilde yabancıların Türkiye’de gayrı menkul kazanımları belli bazı kayıtlara tabi olduğu halde menkuller için böyle bir kayıt yoktur¹²².

¹²² Tekinay, 26



II.BÖLÜM
KABZIN GERÇEKLEŞMESİ

A. DOĞRUDAN KABZ

İslam hukukçuları ve hukuk mezhepleri kabz kavramına farklı anlamlar yüklemişlerdir. Bu farklı anlam yüklemenin hukukî sonucu, kabzın gerçekleşmesinin de değişik yollarla tamamlanacağıdır. Alıcı tarafından mebûin, satıcı tarafından semenin herhangi bir engel olmadan teslim alınması sözleşmenin hukuken tamamlanmasıdır. Sözleşmede muhayyerlik olması sözleşmenin bağlayıcılığına engeldir. Dolayısıyla kabzın gerçekleşmemesi de sözleşmenin tamamlanmasına engeldir. Salt sözleşmeyle meydana gelen mülkiyet zayıf olup kabz ile bu zayıf mülkiyet kuvvet kazanmaktadır¹²³. Akdin tamamlanmasıyla da hukukî neticelerini beraberinde getirir. Bundan dolayı kabzın niteliğinin bilinmesi ve çerçevesinin belirlenmesi gerekir. Borçların ifasının bir türü olan verme borçlarında, özellikle de parça borçlarında borcun ifası teknik olarak kabz kelimesi ile ifade edilmiştir¹²⁴. İfa ve kabz kavramları birbiriyle doğrudan alakalıdır. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılması için alacaklının kabzı gereklidir.

Kabzda asıl olan sarih olmaktır. Her ne kadar aslen kabz sayılmasa da hükmen kabz sayılan bazı haller vardır. Bunlara dolaylı kabz denir ki, ilerde üzerinde durulacaktır.

¹²³ Aybakan, 61

¹²⁴ Aybakan, 90

1. Sarih Kabz

Hanefî fıkıh mezhebinde sarıh kabz, satıcının mebûi teslim etmesi, *tahliye*¹²⁵, alıcının teslim alması ise *tahalli* kavramlarıyla ifadelendirilmiştir. Tahliye, geniş kapsamlı bir kavram olup bütün malların teslimi için kullanılmıştır¹²⁶. Tahliye, satıcının satılan şey ile alıcı arasındaki engelleri kaldırarak mebûde tasarruf imkanı tanınması ve alıcının da satıcıyla semen arasındaki engelleri kaldırarak semende tasarruf imkanı sağlamasıdır. Bir evde bulunup da satılmış olan buğdayı teslim için satıcının alıcıya evin anahtarlarını teslim etmesi bir anlamda tahliyedir¹²⁷. Burada teslim ve tahliyeden kastedilen her iki tarafın sözleşmenin hukuki gereklerini yerine getirmeleridir. Böylece satıcı mebûi teslim, alıcı da kabzetmiş olur¹²⁸. Teslim kavramı sözlükte, “bir şeyi başka birine verme, bırakma, terketme, satılan malı alıcıya verme”¹²⁹ şeklinde geçmektedir. Satılan şeyin teslimi, hiç kimsenin alıcıyla çekişmesine meydan vermeyecek şekilde alıcının hakimiyet alanına geçirmekle olur. Bu anlam da ancak tahliye ile gerçekleşir. Satılan şeyin teslimi satıcının sözleşmeden doğan borcudur. Alıcı da kabz ile yükümlüdür. Satılan malın kabzedilmesi alıcı için hem bir hak hem de bir borçtur¹³⁰. Alıcı mebûi kabzetmekle satın aldığı malda tasarrufa muktedir hale gelir¹³¹.

2. Tam Kabz-Eksik Kabz

Hanefiler kabzı tam ve eksik olmak üzere ikiye ayırırlar. Parça borçlarında¹³² tahliye tam kabz sayılırken cins borçlarında¹³³ tahliye eksik kabz olarak

¹²⁵ “Tahliyeden kasıt, satıcının hiç bir engel bırakmadan alıcıya taşınmaz teslim alma imkanı sağlamasıdır”. Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, II, 71 ; Aybakan, 60 (58.dipnot)

¹²⁶ Kâsâni, V, 244 ; Zuhaylî, V, 282

¹²⁷ İbn Âbidin, IV, 561

¹²⁸ Kâsâni, V, 244 ; Zuhaylî, V, 71

¹²⁹ Doğan, D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*,

¹³⁰ Tandoğan, 137 ; Kuntalp, 5

¹³¹ Kürdî, I, 240-241 ; Döndüren, *Şamil İslam Ansiklopedisi, Kabz md*, III, 259-260 ; Kâsâni, V, 244 ; Aybakan, 59-60

¹³² *Ferden tayin edilmiş şey olup özel vasıflarına ve bireysel özelliklerine göre yeterli ölçüde belirlenmiştir*. Oğuzman / Öz, 6

¹³³ *Ferdi özellik ve niteliklerine göre kesin olarak belirlenmiş bulunmamaktadır*. Eren, I, 115

nitelendirilmiştir¹³⁴. Satım akdine misli olmayan bir mal konu olduğunda bunun satıcı tarafından tahliye edilmesi tam kabzdır. Misli olsa bile götürü usulü satılan mallarda da tahliye, teslim ve kabz sayılmıştır.

Misli olduğu halde parça borcu haline getirilmiş şeylerin kabzında da durum aynıdır. Artık alıcı başka bir işleme gerek kalmadan onun üzerinde tasarrufta bulunabilir¹³⁵.

Cins borçlarında özellikle ölçü ve tartıyla alınıp satılanlarda tam kabzdan söz edebilmek için edimin türüne göre ölçme, tartma ve sayma işlemleri gerekli görülmüştür¹³⁶. Tam kabz ise alıcının bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için şarttır. Bunun sebebi ise peygamberimizin “*biri satıcı diğeri alıcı tarafından ölçme işlemine tabi tutulmadan gıda maddelerinin satılması yönündeki yasağı*¹³⁷” gösterilmiştir. Kıyemi ya da misli olup götürü usulü satılan mallarda da tahliye teslim ve kabz sayılmıştır.

Cins borçlarında mebiin her el değiştirmesinde ölçme, tartma ve sayma işlemlerinin yapılması gerekir.

3. Tam Kabz-Eksik Kabz Ayrımının Sonucu

Tam kabz ile sözleşme tamamlanıp, mebî alıcının sorumluluğu altına girer. Alıcı dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Eksik kabz ile mebî yine alıcının sorumluluğu altındadır. Ancak tasarrufta bulunamadığı gibi, telef olma durumunda da tazmin etmekle yükümlüdür¹³⁸.

Şâfîlere göre sarîh kabz mebîin çeşidine göre değişir. Asıl olan parmak uçlarıyla almaktır. Çünkü kabzın gerçek anlamı da budur. Ne var ki bu şekilde kabza elverişli olmayanlardan nakle elverişli olanlarda nakil, buna da elverişli olmayanlarda Hanefilerin görüşü gibi tahliye gerçek anlamda kabzın yerini alır¹³⁹.

¹³⁴ Kâsâni, V, 244

¹³⁵ Kâsâni, V, 244 ; Aybakan, 68 (98 nolu dipnot)

¹³⁶ Buhûfî, Yunus b. İdris, *Keşşâfu'l-Kınâ an Metni'l-Iknâ*, III, 246

¹³⁷ Kudame, IV, 125

¹³⁸ Kürdî, I, 232

¹³⁹ Kâsâni, V, 244,

Cins borçlarında naklin yanı sıra edimin mübadele biçimine göre ölçme tartma vs. işlemleri yapmak gerekir. Ölçme işlemleri yapılmadan kabz sayılmadığına peygamberimizin bu konudaki yasağı delil gösterilmiştir. Hadiste gıda maddeleri hakkında varit olan hüküm bütün misli mallara teşmil edilmiştir. Ancak misli olduğu halde götürü usulü (toptan) satılan şeylerin yerinden nakledilmeleri yeterli görülmüştür.

Kabz ; dinar, dirhem gibi nakit paralarda elle almak, elbise veya götürü usulü satılan gıda maddelerinde yerinden nakil, hayvanlarda yerinden yürütmek ve ölçülen tartılan bir gıda maddesinde ise ölçmek ve tartmaktır¹⁴⁰.

“Yığın halindeki misli mal götürü olarak veya misli bir mal sözleşme yapıldığı sırada ayırt edilerek satılmışsa buradaki edim parça borcu halini almış olur. Artık bu borcun ifası için tahliye yeterli olur¹⁴¹”.

Malikîler taşınmazlarda kabzın tahliyeden ibaret olduğunu kabul etmişlerdir. Menkullerin kabzında ise örfün esas alınması gerektiği gibi **tevfiye hakkı**¹⁴² bulunan satışta bu işlemlerin yanı sıra bu şeylerin alıcının hakimiyet alanına geçirilmesi gerektiğine kanidirler¹⁴³.

Hanbelîler bu konuda Şafiîler gibi düşünmüş, akde konu olan şeyin niteliğine göre kabzın farklı olacağını, belirtilen şekillerin sabit olmadığını, kabzın kaynaklarda mutlak olarak geçtiğini ve bu nedenle açılımının örfe göre olacağını ifade etmişlerdir. Bununla beraber mezhebin yerleşik görüşüne göre çeşit borçlarında kabz, satılan şeyin ölçülmesi ve tartılması ile olur. Ancak Ebu Hattâb'ın Ahmed b. Hanbel'den yaptığı rivayette bu tür malların ayırt edilip tahliye edilmesi ile de kabz gerçekleşir¹⁴⁴.

Zahirîlere göre, alıcının meb'el koymasına engel olunmaması kabz sayılır¹⁴⁵. Kabzı gereken bir şey satın alınıp da kabzedilmeden satılması caiz değildir¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Kürdî, I, 240-241 ; Kâsânî, V, 244 ; Aybakan, 60

¹⁴¹ Aybakan, 69

¹⁴² *Misli mallarda satıcının sattığı şeyi ölçmesi, tartması veya saymasıdır.* Aybakan, 65

¹⁴³ Zuhaylî, V, 283

¹⁴⁴ Kudame, IV, 125-126 ; Aybakan, 69

¹⁴⁵ Bilmen, V, 44

¹⁴⁶ Kudame, IV, 126

Bütün bunların yanı sıra kabzın geçerli olabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir¹⁴⁷. Burada tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları şartının aranması, kabzın başlı başına bir sözleşme olduğu sonucunu doğurmaz.

Türk hukuk düzeninde satım sözleşmesi bir borçlanma işlemi niteliğinde olduğundan BK md.182/1'e göre satıcının satılanı teslim ve sattığı şeyin mülkiyetini alacaklıya geçirme borcu doğmaktadır¹⁴⁸. Bu da borcun ifasında mülkiyetin nakli için gerekli fiillerin yapılması olup doğrudan doğruya zilyedliğin nakli, yani şey üzerinde fiili hakimiyetin sağlanmasından ibarettir. Böylece alıcıya satın aldığı şey üzerinde fiilen tasarruf imkanı sağlanmış olur. Bu da menkullerde teslim veya teslim yerini tutan fiillerin yapılması, yani zilyetliğin nakli ile gerçekleşir. Gayri menkullerde ise zilyetliğin nakli yanında tapu sicil memuruna yazılı bir beyanda bulunulması ile tecelli eder. Yani tescil yapılmakla gerçekleşir¹⁴⁹.

Fukaha, etkisinin gücü ve zayıflığı açısından kabzı, kabz-ı damân ve kabz-ı emanet olarak ikiye ayırırlar.

Kabz-ı Damân (Tazminat altındaki kabz) : Kabzedenden kişi kabzettiği şeyden ötürü başkasına karşı sorumludur. Mebi herhangi bir sebeple yanında telef olacak olursa tazminatını öder. Gâsıbın elindeki gasbedilmiş mal ve alıcının elindeki mebi gibi.

Kabz-ı Emanet : Kabzedenin koruma noktasında kusurlu olması hali müstesna, kabzedilen şeyden sorumlu olmamasıdır. Vedâ, âriyet, kiralayan veya ortağın elindeki şirket malı gibi

Fukaha kabz-ı damânı, tazminat sebebiyle kabz-ı emanetten daha güçlü kabul etmişlerdir¹⁵⁰. Satım sözleşmesi ve teslim alınmamış malın satımı da, kabzı damân kapsamında düşünülebilir. Çünkü teslim ve kabz gerçekleşmeden bedeller tarafların sorumluluğu altındadır. Meydana gelebilecek hasara taraflar katlanmak durumundadır.

¹⁴⁷ Zerkeşî, *Mensûr*, III, 160 ; Mevsûa, XXXII, 265

¹⁴⁸ Olgaç, 166

¹⁴⁹ Aral, 36

¹⁵⁰ Zuhaylî, V, 285

B. DOLAYLI KABZ (KABZ SAYILAN HALLER)

İslam hukukçularına göre gerçekte kabz sayılmamasına rağmen hükmen kabz sayılan bazı durumlar vardır :

1. Satılan Malın Alıcının Hakimiyet Alanına Girmesi

Alıcının, bir engel olmaksızın satın aldığı şeyi satıcının izni ile teslim alabilmesidir. Burada satım konusu olan şeyin, ayrılmış olması, teslim almaya engel bir halin bulunmaması ve kabzın satıcının izniyle olması gerekir. Mesela bir depodaki malın teslim alınması, satıcının deponun anahtarlarını vererek malı teslim almaya izin vermesiyle gerçekleşir. Malı fiilen kabzetmeden meydana gelecek hasara alıcı katlanır. Ancak, satıcı anahtarları verip hiçbir şey söylemese kabz gerçekleşmez. Bir gayri menkulün teslimi, alıcının görmesi, ev ise içine girmesi veya anahtarlarına sahip olmasıyla olur. Bu durumlar dışında mücerret olarak kullanılan kabz ve teslim sözleriyle kabz gerçekleşmiş olmaz¹⁵¹.

Hanefilere göre menkul olsun gayri menkul olsun kabz, alıcı ile satın aldığı şey arasındaki engellerin kaldırılmasıyla olur. Bununla beraber ölçü ve tartı hakkı olan mallarda gerekli işlemleri yapmak gerekir. Çünkü Peygamberimiz “*onu ölçmeden satma*” buyurmuştur¹⁵².

Şafiîler ve Malikîler gayri menkullerde Hanefiler gibi düşünmektedirler. Taşınırın kabzında ise örfü dikkate almak gerektiği görüşündedirler¹⁵³. Neler örfe göre kabz sayılırsa onların yerine getirilmesi gerekir. Hanbelîlere göre her malın

¹⁵¹ Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 151

¹⁵² Ebu Davut, *Buyû*, 65 ; Nesai, *Buyû*, 55 ; Kâsâni, V, 244 ; İbn Âbidin, IV, 44 ; Zerkâ, 86

¹⁵³ Şirâzi, *el-Mühezzeb*, I, 263 ; Zühaylî, V, 283

kabzı örfe göre değişir. Tevfiye hakkı (bkz. s.39) bulunan mallarda gerekli işlemi yapmak gerekir¹⁵⁴.

2. Tüketim Yoluyla Kabz

Alıcı satın aldığı malı henüz satıcının elinde iken telef eder ya da tüketirse bu bir kabz sayılır. Satış bedelini ödemesi gerekir. Çünkü teslimin amacı, alıcıya satın aldığı mal üzerinde tasarrufta bulunma imkanı sağlamaktır. Satılanın tüketilmesi ise gerçek bir tasarruftur.

Satın alınan malda kusur meydana getirmek de tüketmek gibidir. Mesela, alıcının satın aldığı bir kitabı teslim almadan önce bir kaç sayfasını yırtması durumunda kabz gerçekleşmiş olur ve bedelini ödemesi gerekir. Yine satıcıya icapta bulunarak satın aldığı malda değişiklik meydana getirirse, o malı kabzetmiş sayılır. Böyle durumlarda hükmen telef veya kusur, hakiki telef ve kusur gibi değerlendirilir¹⁵⁵.

3. Emanet ve Ariyet Muamelesinin Satışta Kabz Yerine Geçmesi

Satıcı sattığı malı alıcının yanına emanet veya âriyet olarak bırakması durumunda alıcı malı kabzetmiş sayılır. Çünkü satıcının yapmış olduğu bu işlem geçerli değildir. Böyle bir teslim kabz anlamına gelir. Yine alıcı, satın aldığı malın üçüncü bir kişiye emanet veya âriyet olarak verilmesini istemesi malı kabzetmesi demektir. Ancak alıcı malı emanet, âriyet ve kira sözleşmesiyle doğrudan satıcının yanında bırakması kabz sayılmaz. Alıcının yaptığı bu tür tasarruflar geçerli değildir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Kudame, IV, 111

¹⁵⁵ İbn Âbidin, IV, 44 ; Kâsâni, V, 244 ; Zuhaylî, V, 285 ; Kürdî, I, 243 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 152

¹⁵⁶ Kâsâni, V, 244,246 ; İbn Âbidin, IV, 44 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 152

4. Satılan Malın Kabzdan Önce Üçüncü Kişinin Fiiliyle Telef Olması Durumunda Kabz

Bu durumda satım akdi kendiliğinden ortadan kalkmaz. Alıcı için muhayyerlik söz konusudur. Dilerse akdi fesheder, dilerse bedelini öder ve malı teslim alır. Ancak üçüncü şahsa tazmin ettirir. Alıcının, malı tazmin ettirme yolunu seçmesi kabz hükmünde olur¹⁵⁷.

5. Bir Kimsenin Başka Bir Sebep Elinde Bulunan Malı Satın Alması Durumunda Kabz (Kısa Elden Teslim)

Bir kimsenin gasp veya emanet gibi bir sebeple elinde bulunan bir malı satın alması halinde gaspta mücerret satım akdi ile kabz işlemi gerçekleşmiş sayılır. Çünkü gasbeden kişi, gasbettiğini tazminle yükümlüdür.

Emanet olarak bulunan malın alınmasında kabz işlemi, mal sözleşme meclisinde hazır bulunur veya yanına gidip teslim alma imkanı olursa kabz işlemi gerçekleşmiş olur. Çünkü emanet eli (yed-i emanet), tazminat eliyle (yed-i tazmin) aynı nitelikte olmadığı için biri diğerinin yerine geçmez¹⁵⁸.

Yine bir kimsenin yanında bulunan ved'ia, âriyet, kira ile tuttuğu yer veya ortak olduğu şirket malı gibi emanet hükümlerine tabi olan bir malı satın alması durumunda yeni bir kabz işlemine ihtiyaç duyulur¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Kâsâni, V, 238 ; Ali Haydar, I, 13 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 74 ; Kaşıkçı, 258

¹⁵⁸ Kürdî, I, 242

¹⁵⁹ Kâsâni, V, 248 ; İbn Hümâm, V, 200 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 153

C. MUHTELİF AKİT VE TASARRUFLARDA KABZ ŞARTI VE SONUÇLARI

İslam borçlar hukukunda kabz öncesi satış, öncelikle karşılıklı mülkiyeti geçirme borcu doğuran satım sözleşmesi içerisinde incelenmektedir. İslam hukukuna göre sözleşmelerin genel özelliği sözleşme yapıldığı an sonuç doğurması ve mülkiyet ifade etmesidir. Bununla beraber hüküm ifade etmesi teslim almağa bağlı sözleşmeler de vardır.

Türk hukuk düzeninde sözleşmeler mülkiyeti nakleden (tasarruf işlemi) değil de, mülkiyeti geçirme (teslim) borcu doğuran borçlandırıcı işlemlerdir. Taraflar borçlarını karşılıklı yerine getirdikleri an sözleşme tamamlanmış olmaktadır. TTK. 768. maddeye göre de eşyanın teslimi ile sözleşme tamam olur. Fransız hukuku mülkiyetin intikali açısından İslam hukukuyla benzerlik arz etmektedir¹⁶⁰. Roma hukukunda da akdin tamamlanması için malın tesliminin gerekli olduğu gerçek sözleşmeler (contractus realis) den söz edilmektedir¹⁶¹.

İslam borçlar hukukuyla ilgili nasslar ve genel kurallar bazı sözleşmelerde kabzın gerekliliğine işaret etmektedir. Satım sözleşmesi dahil bir takım sözleşmeler sadece icab ve kabul ile kurulup hüküm ifade ederken diğer bir kısmı kabz olmadıkça hüküm ifade etmezler¹⁶².

İslam hukukçuları kabzın etkisi ve gücü açısından sözleşmeleri genel olarak ikiye ayırmaktadırlar ; Muâvaza sözleşmeleri (ıvazlı akitler) ve teberru sözleşmeleri gibi.

¹⁶⁰ Tekinay, 61

¹⁶¹ Tekinay, 61

¹⁶² Aybakan, 57

Muâvaza sözleşmelerinde sözleşmeden amaçlanan fayda ve menfaat tarafların her ikisini de ilgilendirmektedir. Mesela satım sözleşmesinde meb'î ait faydalanma hakkı alıcıda iken semene ait hak da satıcıya aittir. Teberru sözleşmelerinde ise amaçlanan fayda taraflardan birini ilgilendirir. Mesela hibe akdinde faydalanma hakkı hibe edilen kişiye aittir.

Sözleşmelerin muâvaza ve teberru şeklinde ayrılmasının bazı mezheplere göre önemi vardır. Muâvaza sözleşmelerinde kabz şartı aranmaksızın tarafların rızasıyla sözleşme tamamlanır. Mesela satım akdinde satılan malın mülkiyetinin alıcıya satış bedelinin mülkiyetinin ise satıcıya geçmesi için icab ve kabulün oluşması yeterlidir. Satım akdinin hüküm ifade edebilmesi ve tamamlanması için meb'î ve semenin karşılıklı teslimi şart değildir.

Teberru sözleşmelerine gelince mezhepler farklı kanaat taşımaktadırlar. Mesela hibe akdinin mahiyetiyle ilgili üç değişik nazariye geliştirilmiştir.

1. Teberru sözleşmeleri de ıvazlı sözleşmeler gibidir, sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade edebilmesi için icab ve kabul yeterlidir. İmam Mâlik, Ebu Sevr ve Davud Zâhirî bu görüştedir¹⁶³.

2. Hibe icab ve kabulle tamamlanmaz. Bundan da öte hibe konusu malın hibe edilen kişi tarafından kabzedilmesi gerekir. Ebu Hanîfe, Şafiî ve Sevrî bu görüştedir. Mecelle'nin 57. maddesi "Teberru sözleşmeleri ancak kabz ile tamam olur" der. Yine 837. maddede "Hibe akdi icab ve kabulle kurulup kabz ile tamamlanır" der.

3. Hibe konusu mal keylî ve veznî ise kabz gerekir. Bunun dışındakilerde ise kabz gerekmeksizin sırf sözleşmeyle sıhhat şartı gerçekleşir. Ahmed b. Hanbel bu görüştedir¹⁶⁴.

Kabz, bazı sözleşmelerde sözleşmenin sıhhat şartı olarak aranmaktadır. Mevsûatü'l-Fıkhîyye'nin kabz maddesinde sıhhati kabza bağlı sözleşmeler bölümünde şunlar zikredilmektedir : Sarf, selem, müsâkât, müdârebe, müzâraa ve

¹⁶³ Mahmasâni, I, 272

¹⁶⁴ Mahmasâni, I, 273

bazı ribevî malların satımı¹⁶⁵. Bu tür sözleşmelerde tarafların kabzdan önce sözleşme meclisinden ayrılmaları sözleşmeyi batıl kılar.

Mülkiyetin intikali için kabzın gerekli olduğu sözleşmeler kısmında da şunlar zikredilmektedir : Hibe, vakf, karz, âriyet ve ıvazlı fâsit sözleşmeler¹⁶⁶.

Ayrıca lüzûmunun (bağlayıcılığın) kabza bağlı olduğu sözleşmelerden şunlar sayılmaktadır : Hibe, vakıf, karz, rehin¹⁶⁷.

Burada adı geçen her tasarruf ve sözleşmenin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi konunun boyutlarını aşacağından değişik fıkıh kitaplarının konuyla ilgili bölümlerini gözden geçirmemiz sonucu mülkiyetin intikali ve sözleşmenin bağlayıcılığı açısından aşağıdaki sözleşmeleri inceleme gereği duyduk. Bu tür sözleşmelerde kabzla birlikte kendilerine bağlanan hukuki sonuç doğmaktadır

1. Hibe

Sözlükte “karşılıksız vermek, bağışlamak” anlamına gelen hibe, hediye, sadaka, atıyye, nihle, teberru ve bağış gibi kelimelerle eş anlamlı kullanılsa da hibenin daha özel ve hukukî bir ıstılah olduğu söylenebilir. Hukukî bir kurum olarak gelişme imkanına kavuşan hibe özel borç ilişkileri içinde yer alan ve bir malın karşılıksız olarak başkasına temlikini ifade eden bir sözleşmedir¹⁶⁸. Hibenin başka bir tanımı şudur : “*Hibe, hayatta iken (sağlar arası) bedelsiz olarak temlik ifade eden bir sözleşmedir*¹⁶⁹”. Tarif, sarf, iâre, vakıf, icâre, bey, vasiyyet, zekât gibi sözleşme ve tasarrufları dışlamaktadır.

Hanbelîler hibenin tanımını biraz daha genişleterek daha kapsamlı bir tanım geliştirmişlerdir. “*Hibe, bilinen veya bilinmesine imkan olan, fiilen varolan, teslim edilebilen, vacibin dışında kalan bir malı hayatta iken örfe hibe sayılan hibe, temlik*

¹⁶⁵ Mevsûa, XXXII, 283-288

¹⁶⁶ Mevsûa, XXXII, 279,283

¹⁶⁷ Mevsûa, XXXII, 288-290

¹⁶⁸ Bardakoğlu, “Hibe”, DİA, XVII, 421

¹⁶⁹ Mustafa el-Biğâ, *Fıkhü'l-Muâvezât*, 97 ; Seyyid Ali Fikri, *el-Muâmelât*, II, 159

ve buna benzer lafızlarla bir bedel karşılığı olmaksızın temlik etmektir¹⁷⁰.” Tanımdaki her ayrıntı kendi kapsamına girmeyen şeyleri dışarıda bırakmak için zikredilmiştir¹⁷¹.

Mecelle hibeyi “Bıla ıvaz bir malı ahara temliktir¹⁷²” şeklinde tanımlar. Verilen tanımlardaki ayrıntı sayılabilecek farklılıklar bir yana bırakılırsa İslam hukukunda hibe “karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken (sağlar arası) temlikidir” şeklinde tanımlanabilir¹⁷³.

Kur’anın ve hadislerin konuyla ilgili beyanları incelendiğinde hibenin meşru olup, tavsiye ve teşvik edildiğini görüyoruz. Bir anlamda insanlar arasındaki duygusal iletişime vesile olabileceği dahi vurgulanmıştır¹⁷⁴. Hibenin bütün türleriyle müstehap olduğunda icma vardır. Ancak öncelikle hibenin akrabaya ve yakınlarla yapılmasının daha faziletli olacağı zikredilmiştir¹⁷⁵.

a. Hibenin Rükünü :

Fukaha hibenin icab, kabul ve kabz ile sahih olduğunda ittifak etmişlerdir¹⁷⁶. Hanefilere göre hibenin de bir sözleşme olması münasebetiyle rükünü icab ve kabulden ibarettir. Serahsî’nin Meksûr’unda kabzın da bir rükün olduğu zikredilmiştir. Mülkiyetin geçmesi için kabz gereklidir. Bununla birlikte Kâsânî ye bazı Hanefî ulemasına göre , kendisine hibe edilenin kabulü (istihsanen) bir rükün olarak kabul edilmemiştir. Sadece icab yeterlidir¹⁷⁷. Burada hibe tek taraflı bir hukuki işlem haline geliyor.

¹⁷⁰ Zuhaylî, VI, 151 ; Cezîrî, Abdurrahman, *el-Fıkh ale ’l-Mezahibi ’l-Erbaa*, III, 292

¹⁷¹ Zuhaylî, VI, 151

¹⁷² Mecelle, md 833

¹⁷³ Bardakoğlu, “Hibe” DİA, XVII, 421

¹⁷⁴ Hadis : “*Hediyeleşin, birbirinizi seversiniz.*” Cezîrî, III, 289 ; Ali Fikri, II, 159

¹⁷⁵ Biğa, 102

¹⁷⁶ Akgündüz Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku*, 263

¹⁷⁷ Zuhaylî, VI, 154 ; Cezîrî, III, 293 ; Kâsânî, VI, 115 ; Ali Fikri, II, 165

Son dönem Hanefî fukahasına göre hibe, hibe eden açısından icabla tamam olur, hibe edilen açısından ise icab ve kabul ile tamamlanır. Ancak hibe edilen malı kabul ve kabz ile temellük-mülk edebilir¹⁷⁸.

Mecelle konuyla ilgili maddesinde hibenin icab ve kabul ile mün'akid olup kabz ile tamamlanacağını belirtir¹⁷⁹.

Fukahanın çoğunluğuna göre hibenin rüknü dördtür. Bunlar ; hibe eden, kendisine hibe edilen, bağışlanan şey ve hibe sigasıdır.

Hibe edenin icabı açık ve zımni olabilir. Yani hibe edenin bu ifadeleri açıkça zikretmesi ve üstü kapalı îma etmesiyle gerçekleşir. Hibe, diğer malî muâvaza sözleşmeleri gibi fâsit şartla batıl olmaz. Aynın hibe edildiği gibi menfaat da hibe edilebilir¹⁸⁰.

b. Hibede Aranan Şartlar

Hibe edende ve hibeye konu olan malda bazı şartlar aranır. Hibe eden kişi akıl, rühd ile beraber baliğ olmak suretiyle teberru ehliyetinin bulunması gerekir. Hibeyi, kişinin kendi ihtiyarı ile ve ciddi olarak yapması gerekir¹⁸¹.

Hibeye konu olan malla ilgili şartlar temel sözleşme olan satımda mebi ve semen için aranan şartların konuya uyarlanması mahiyetindedir. Bu şartlar şunlardır : Hibeye konu olan malın sözleşme esnasında fiilen var olması gerekir¹⁸². Şafiiler ve Hanbeliler bu konuda Hanefilerin görüşünü benimseyerek satışı sahih olan her şeyin hibesinin de sahih olacağını söylerler.

Hibeye konu olan şeyin şer'an kıymet biçilebilen, bizatihi mülkiyete konu olabilen ve hibe edenin mülkiyetinde olması gerekir¹⁸³. Ayrıca hibe edilen şeyin el altında ve başka hisselerden ayrılmış olması gerekir. Çünkü bu durum kabzın sıhhatini engeller. Ebu Hanife kabz esnasında şuyûu hibenin sıhhatine engel sayar.

¹⁷⁸ Aydın, M. Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 223

¹⁷⁹ Mecelle, md. 837

¹⁸⁰ Zuhaylî, VI, 156-158

¹⁸¹ Akgündüz, 263 ; Biğa, 105 ; Şener, Abdulkadir, *İslam Hukukunda Hibe*, 36, 80

¹⁸² Şener, 32

¹⁸³ İbn Rühd, *Bidayetü'l-Müctehid*, IV, 105 ; Ali Fikri, II, 162

Zorunlu hallerde şâyi hissenin hibesini de tecviz eder¹⁸⁴. Ancak bu durumu Şâfiî, Mâlik, Ahmet b. Hanbel ve Ebu Sevr caiz sayar¹⁸⁵. Hibe edilenin başkasından ayrı olması, ona bitişik olmaması ve başka bir şeyle meşgul olmaması gerekir¹⁸⁶. Görülüyor ki İslam hukukçuları hibeyle konu olan malla ilgili aranan şartlarda farklı esneklik göstermişlerdir.

c. Hibeyle Konu Olan Şeyin Kabzedilmesi

Hibe, aynî sözleşmeler içinde yer aldığı için kural olarak bağlayıcıdır. Ancak hangi safhada ve şartlarda bağlayıcılık kazandığı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Hibenin tamamlanması ve hüküm ifade etmesi için kabz şarttır. Bazı Hanefîler ve İbn Âkıl'e göre zaten kabz bir rükündür. Hibede kabz, hibe edilenin kabzedilmiş olması demektir. Hibe edilen kişinin mülkiyeti kabzdan önce sabit olmaz¹⁸⁷. Kabz olmadan hibe gerçekleşmez. Yani hibe kabz ile ortaya çıkar. Hanefîlere göre kabz hibenin etkilerini ortaya çıkarır¹⁸⁸.

Bağışlanan şeyin mülkiyeti ancak tam bir kabzla bağışlanana geçer. Şayet bağışlanan şey, bağışlananın elinde ise kabul etmesi şartıyla yeni bir kabza ihtiyaç olmaksızın mücerret sözleşmeyle ona malik olur¹⁸⁹.

Malikîler dışındaki mezhepler hibe edilen şeyin sözleşmeyle değil kabz ile mülk edinilebileceği görüşündedirler. Hibe edilen şahsa mülkiyetin intikali için kabz şarttır. Hibe ancak kabzla mülkiyet ifade eder. Şafîîler ve Cumhûr-u fukaha hibe edenin iznini de şart koşarlar¹⁹⁰.

Malikîlere göre hibede salt sözleşmeyle mülkiyet intikal eder. Çünkü tek taraflı irade bağlayıcıdır. Hibe eden hibeden rücu ederse zorlanır. Malikî, Zahirî ve

¹⁸⁴ Mecelle, md 55

¹⁸⁵ İbn Rüşd, IV, 107

¹⁸⁶ Zuhaylî, VI, 159-165 ; Biğa, 111-112

¹⁸⁷ Ali Fikri, II, 168 ; Şener, 41

¹⁸⁸ Bardakoğlu, "Hibe" DİA, XVII, 422-423

¹⁸⁹ Akgündüz, 263 ; Zuhaylî, VI, 165

¹⁹⁰ Mevsûa, XXXII, 279

İbaziyye mezhepleri hibede kabzın şart olmadığını satım akdine kıyasen söylemektedirler ki, satım akdinde alıcı malı kabzetmese de aldığı şeye malik olur¹⁹¹.

d. Hibenin Hükümü

Hibe edilen şey üzerinde kendisine hibe edilen kişinin bedelsiz (ıvazsız) olarak mülkiyetinin sabit olmasıdır.

Hanefilere göre hibe edilen malın mülkiyeti, hibe edilen kişi için sabit olur. Ancak bağlayıcı değildir. Bu durumda hibeden dönülebilir. Zâhirîler, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre hiç bir şekilde hibeden dönmek caiz değildir¹⁹².

Malikîlere göre mülkiyet mücerret sözleşmeyle geçtiği için kabz ile de artık bağlayıcı olur¹⁹³.

2. Rehin

Kelime olarak sabit olma, devam etme¹⁹⁴ ve bir şeyi hapsedme gibi anlamlara gelir¹⁹⁵. Bu anlamlara yakın bir kullanımı şu ayette geçmektedir. “*Her bir nefis kazandığı şeyler mukabilinde rehinedir*¹⁹⁶”.

İstilahî anlamda rehin ; “bir hak karşılığında o hakkı kendisinden elde etmenin mümkün olduğu bir şeyi hapsedmek, alıkoymaktır”. Şafiîlerin yaptığı rehin tanımından menfaatlerin rehin konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Çünkü menfaatlerin telef olma ihtimali daha yüksektir. Şafiîlerin rehin tanımı şudur: “*Bir malın aynını bir borç mukabilinde vesika kılmaktır ki, borcun ödenmemesi durumunda o maldan hakkını alması mümkün olsun*¹⁹⁷”.

¹⁹¹ Mevsûa, XXXII, 279-280 ; İbn Rüşd, IV, 109 ; Bardakoğlu, “Hibe” DİA, XVII, 423

¹⁹² İbn Rüşd, IV, 115

¹⁹³ Zuhaylî, VI, 171-172

¹⁹⁴ Kudame, IV, 361 ; Cezîrî, II, 319

¹⁹⁵ İbn Manzûr, XIII, 188-200 ; Zebîdî, IX, 331 ; Bilmen, VII, 5

¹⁹⁶ Müddessir 74/38

¹⁹⁷ Şirbinî, II, 121, Zuhaylî, VI, 306

Mecelle konuya ilişkin şu maddeyi düzenlemiştir: “*Bir malı ondan istifası (hakkın alınması) mümkün olan bir hak mukabilinde mahpus ve mevkuf kılmaktır*¹⁹⁸”.

Peygamberimizin uygulamasında rehnin meşruiyetini görüyoruz. Hz. Enes’ten rivayet edilen bir hadiste Hz. Peygamberin ailesi için Medine’de bir Yahudi’den arpa almasına karşılık zırhını rehin verdiği bildirilmektedir¹⁹⁹.

Rehin akdi bir teberru akdi niteliğindedir²⁰⁰. Çünkü râhinin mürteherine verdiği, herhangi bir şey karşılığı değildir. Diğer taraftan rehin, aynî sözleşmelerdendir. Yani üzerinde sözleşme yapılan aynın teslimi gerçekleşmedikçe bağlayıcılığı tamam olmaz.

Teberru niteliğindeki sözleşmelerde kural şudur : Teberru ancak kabz ile tamamlanır. Dolayısıyla kabzdan önce akdin etkisi yok kabul edilir. Kabzın gerçekleşmesiyle akdin etkisi ortaya çıkar²⁰¹.

a. Rehnin Rükünü ve Unsurları

Rehin akdinin dört unsuru vardır : Râhin (rehin veren), mürtehin (rehin alan), merhûn (borca karşılık verilen mal), merhûnun bih (borç).

Rükün meselesinde, diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi rehin akdinde de Hanefiler ve diğer fukaha arasında ihtilaf vardır. Hanefilere göre rehnin rükünü icab ve kabuldür. Ancak kabz olmadıkça ne tamamlanır ne de bağlayıcı olur²⁰².

b. Rehnin Kabzedilmesi (Lüzum) Şartı

Fukaha, rehin verilen şeyin kabz edilmesinin, rehinde tek şart olduğu üzerinde genel olarak ittifak etmişlerdir. Ancak bu şartın bir lüzum şartı mı, yoksa tamamlayıcı şart mı olduğunda ihtilaf etmişlerdir.

¹⁹⁸ Mecelle, md 701

¹⁹⁹ Buhari, *İstikraz*, 1 ; Müslim, *Müsâkât*, 124,126 ; İbn Mâce, *Rükun*, 3 ; Kudame, IV, 362

²⁰⁰ Merginâni, IV, 126

²⁰¹ Zuhaylî, VI, 306 ; Atar, 208 ; Mahmasâni, I, 272

²⁰² Zuhaylî, VI, 308 ; Bilmen, VII, 5

Kabzın lüzum şartı olduğunu ileri sürenler, “kabz gerçekleşmedikçe rehin veren, rehinle zorlanamaz, sözleşmeden vazgeçme hakkına sahiptir” derler. Kabzın tamamlayıcı bir şart olduğunu söyleyenler, rehin sözleşme ile bağlayıcı olur ve rehin veren, rehin malını kabzetme fırsatı vermeye mecbur edilir görüşündedirler²⁰³.

Malikiler dışındaki fukahaya göre kabz bir in'ikat şartı değildir. Sadece rehlin lüzum şartıdır²⁰⁴. Rehlin konusu mal kabzedilmedikçe bağlayıcı değildir. Kabz gerçekleşmediği sürece rehin veren sözleşmeden vazgeçebilir²⁰⁵. Ancak rehin veren verdiği şeyi alıcıya teslim edip o da bunu kabzedecek olursa rehin bağlayıcı olur. Rehlin verenin kabzdan sonra akdi feshetmesi geçerli olmaz²⁰⁶.

Malikilere göre rehin akdi kabz ve havz (ele geçirme) olmadıkça tamamlanmaz. Kabz rehlin tamamlanmasının bir şartıdır. Rehlin icab ve kabul ile yapıldığı takdirde rehin veren zorlanır²⁰⁷.

c. Rehlin Malı Nasıl Kabzedilmeli

Kabz, menkul ve gayri menkul mal türüne göre farklılıklar arzeder. Bu tür mallarda kabzın nasıl gerçekleştiğini aktarmıştık²⁰⁸.

Rehlin kabzedilmesinden maksat alacaklı olan mürtehinin güvenini sağlamak ve merhûnun (rehin konusu mal) elinin altında olması suretiyle ondan borcunu almasına imkan vermekle onun güven ve huzur bulmasını sağlamaktır²⁰⁹.

²⁰³ Kudame, IV, 366-367

²⁰⁴ Merginâni, IV, 126 ; İbn Âbidin, VI, 478-479

²⁰⁵ Merginâni, IV, 126 ; İbn Âbidin, VI, 478 ; Mevsilî, II, 63

²⁰⁶ Zuhaylî, VI, 329

²⁰⁷ İbn Rüşd, IV, 115 ; Kudame, IV, 367

²⁰⁸ Bkz. 28, 31

²⁰⁹ Zuhaylî, VI, 331

3. Sarf

Sözlükte sarf ; “fazlalık, defetmek²¹⁰, çevirmek”²¹¹ anlamlarına gelir. Fıkıh ıstılahı olarak sarf ; altının altınla (basılmış ya da külçe olarak), gümüşün gümüşle veya bunlardan birinin diğeriyle mübadelesidir²¹².

Başka bir tarifte : Nakdin nakit karşılığı (deynin deyn karşılığı), yani mutlak olan semenin mutlak olan semen mukabilinde satılmasıdır. Bunlar dinar, dirhem veya piyasada bulunan nakit paralardır²¹³.

Sarf sözleşmesi meşru bir sözleşme olup satım sözleşmesinin bir çeşidi olduğundan satım sözleşmesi için söz konusu olan rükünler sarf sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak farklı olarak bazı özel şartları hâvidir²¹⁴.

Sarf Sözleşmesinde Aranılan Şartlar

1. Taraflar ayrılmadan karşılıklı olarak bedelleri kabzetmelidir : Sarf sözleşmesinde taraflar sözleşme mahallinden ayrılmadan bedelleri tamamıyla kabzetmeleri gerekir. İster cinsler bir olsun ister farklı olsun. Böylece nesîe faizi de önlenmiş olur. Konuyla ilgili peygamberimiz şöyle buyurmaktadır: “*Altın altın ile misli misline ve peşinen, gümüş gümüş ile misli misline ve peşinen alınır, satılır*”²¹⁵.

Her iki bedelin ya da bedellerden birisinin teslim alınmadan önce taraflar sözleşme meclisinden ayrılırlarsa kabz şartı gerçekleşmediği için sözleşme batıl olur. Kabz, tam kabz olmalıdır, sarf sözleşmesinde tahliye tam kabz sayılmaz²¹⁶. Sarf sözleşmesinde deynin deyn karşılığı satılarak faizin oluşmaması için kabz şarttır. Faiz, bedellerden herhangi birinde meydana gelen fazlalıktır. Tarafların karşılıklı bedelleri kabzı da cinsler ister bir olsun ister farklı olsun şarttır²¹⁷. Bedellerin

²¹⁰ Yusuf, 12/34

²¹¹ Tevbe, 9/127

²¹² Ali Haydar, I, 225 ; Cezîrî, II, 270

²¹³ Zuhaylî, V, 436,469 ; Biğâ, 46

²¹⁴ el Biğâ, 48 ; Cezîrî, II, 270

²¹⁵ Kudame, IV, 42

²¹⁶ Biğâ, 51

²¹⁷ Zuhaylî, V, 470 ; İbn Rüşd, III, 1257 ; Mevsilî, .284

kabzedilmeden önce değiştirilmesi caiz olmaz²¹⁸. Sarfın bedellerinde de teslim almadan tasarrufta bulunmak caiz değildir. Çünkü bedellerin her biri bir açıdan mebî bir açıdan semendir²¹⁹.

Hanefilere göre kendilerinde faiz cereyan eden gıda maddeleri sözleşme meclisinde karşılıklı teslim alma şartı açısından altın ve gümüş gibidir. Altın ve gümüşte semeniyet vasfı olduğundan tayinle belirlenmezler. Alıcı teslim almadıkça aynıyla malik olamaz²²⁰.

2. *Bedellerin Eşitliği* : Gümüşe gümüş, altına altın gibi aynı cinsler satılır ve ancak ağırlık olarak eşit olması halinde caizdir. Birinin diğerinden daha kaliteli olması, yani vasıf farkı sonucu değiştirmez²²¹. Cinsler değiştiğinde fazlalık caizdir. Sarf sözleşmesinde bedeller arasındaki eşitlik ancak her iki bedelin sözleşme meclisinde kabzedilmesiyle gerçekleşir. Bu şart gerçekleşmediği takdirde aranan eşitlik edimlerden biri lehine diğeri aleyhine bozulur ve faiz tahakkuk etmiş olur. Aynı şekilde edimlerden birinin vadeye bağlanması da nesîte faizine yol açar. Her iki edim vadeye bağlanırsa “bey’ul kâli bi’l-kâli” yasağı kapsamına girer²²².

3. *Şart Muhayyerliği Olmamasıdır* : Sarf sözleşmesinde tarafların her ikisi için veya tek taraf için muhayyerlik şartı koymak caiz değildir. Çünkü şart muhayyerliği mülkiyetin sübutunu engeller. Muhayyerlik şartı kabzı ihlal eder. Şart koşulan kabz ise kendisi ile tayinin gerçekleştiği kabz şeklidir. Eğer bu muhayyerlik şart koşulacak olursa sözleşme fâsit olur.

Şart muhayyerliği görme ve ayıp muhayyerliğinden farklıdır. Görme ve ayıp muhayyerliği, kabzın tamamlanmasını engellemez²²³.

4. *Vade Olmamasıdır* : Sarf sözleşmesinde her iki taraf veya bir taraf için vadenin olmaması şarttır²²⁴. Vade olursa sarf sözleşmesi fâsit olur. Sarf sözleşmesiyle

²¹⁸ Biğa, 52

²¹⁹ Kâsânî, V, 234

²²⁰ Cezîrî, II, 271 ; Bilmen, VI, 93

²²¹ Zuhaylî, V, 470 ; İbn Rüşd, III, 258 ; Biğa, .49

²²² Merginânî, III, 82 ; Aybakan, 152

²²³ Zuhaylî, V, 471 ; Bilmen, VI, 91

²²⁴ Biğa, 49

tarafının sözleşme meclisinden ayrılmadan önce bedelleri kabzetme hakları doğar. Ancak vade bu kabz hakkını erteler. Sözleşme meclisinden ayrılmadan önce her iki bedelin kabzedilmesinin şart koşulmasının şu sonuçları vardır : Sarf sözleşmesinde semenin ibrası, hibesi, değiştirilmesi ya da takas edilmesi caiz değildir²²⁵.

4. Selem (Selem Akdinde Sermaye)

Selem ; kitap, sünnet ve icma ile meşru bir sözleşmedir. Meşruiyetinin Kur'anî delili borçlanma ayeti olup²²⁶ bu ayet selem ile yorumlanmıştır²²⁷. Sünnetten delili ise peygamberimizin “*Her kim her hangi bir şeyde selem yaparsa, tartısı, vadesi, ölçüsü belli olsun*”²²⁸ hadisidir. Fukaha, insanların genel maslahatına binaen, selemın cevazında icma etmişlerdir.

Selem “*mevcut olmayan şeyin satımı*” yasağının kapsamı dışında tutulmuştur. Peygamberimiz “*olmayan şeyin satımını yasaklarken*” seleme ruhsat tanımıştır. Çünkü bu sözleşmeyle iktisadî bir maslahat gerçekleşmektedir²²⁹.

a. Selemın Tarifi ve Rüknu

Selem ya da selef, müecceli (vadeli olan bir şeyi) muaccele (peşin olan bir şeye) satmaktır. Ya da zimmette niteliği belli olan şeyin satışı demektir²³⁰. Yani bir kimsenin peşin para veya peşin verilen kıyemî ya da misli bir mal ile diğer bir kimseden veresiye mal satın almasıdır²³¹.

Selem, satım sözleşmesinin bir alt kolu olduğu için kuruluş itibariyle satım sözleşmesinden farksızdır. Satım sözleşmesi için aranan şartlar selem için de söz

²²⁵ Zuhaylî, V, 471 ; Bilmen, VI, 411 ; İbn Rüşd, III, 260

²²⁶ Bakara, 2/282

²²⁷ Cezîrî, II, 304

²²⁸ Kudame, IV, 304 ; Şirbinî, II, 102

²²⁹ Zuhaylî, V, 437 ; Kâsânî, V, 235

²³⁰ Cezîrî, II, 303

²³¹ Ali Haydar, I, 226

konusu olup ayrıca sıhhat şartları ve hukuki sonuçları itibariyle özel bazı şartlara sahiptir. Selemin rüknü icap ve kabuldür²³².

b. Selemin Şartları

Selem sözleşmesinde bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartların bir kısmı *re'sü'lmalda* (sermaye), bir kısmı da *müslemün fih* te aranan şartlardır. Konuyla alakalı olan re'sül malla ilgili şartın kabzla bağlantılı bölümüne geçmek istiyoruz.

Re'sülmalın peşin ödenmesi ve sözleşme meclisinde fiilen kabzedilmesi gerekir. Re'sülmalın peşin olmaması durumunda her iki bedel de vadeli olacağı için "*beyu'l-kâli bi'l-kâli*" yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Re'sülmalın ayn ya da deyn olması fark etmez. Sözleşmenin tarafları kabzdan önce ayrılırlarsa sözleşme batıl olur ve feshedilir. Bu durumda selemden gözetilen maksat ortadan kalkar²³³.

Şayet selem konusu bir ayn olup, sözleşmeyi yapan taraflarca da teslim alınmaksızın ayrılacak olurlarsa selem anlamı kalmaz. Semen deyn olması durumunda da yine teslim edilmesi gerekir ki, deynin deyn karşılığı satılması olmamış olsun. Selem konusu malda teslim alınmadan tasarrufta bulunmak caiz değildir²³⁴.

Diğer taraftan selemde garar (risk) unsuru vardır. Yani telef olmaya maruzdur. Bu bakımdan re'sulmalın tesliminin geciktirilmesi gararı gündeme getirmektedir. Hanefiler, Şâfiîler ve Hanbelîler bu şart üzerinde ittifak etmişlerdir.

İmam Malik re'sulmalın üç gün ve daha az bir süreye kadar ertelenmesini caiz görür. Re'sulmalın ayn ya da deyn olması arasında bir fark yoktur. Selem karşılıklı bir bedeldir ve re'sulmalın kabzedilmesinin ertelenmesi onu selem olmaktan çıkarmaz. Şayet erteleme üç günden fazla olursa ittifakla selem sözleşmesi fâsit olur²³⁵.

²³² Zuhaylî, V, 438 ; Cezîrî, II, 304

²³³ Kâsânî, V, 235 ; Merginânî, III, 74

²³⁴ Merginânî, III, 75

²³⁵ Zuhayli, V, 435-442

5. Karz

Karz sözlükte “*kesmek*” anlamına gelmektedir²³⁶. Fıkıh İstilahında ise karz ; “*Daha sonra almak üzere verilen misli mal*” dır. Başka bir ifadeyle, misli bir malın bir başkasına onun mislini geri vermesi şartıyla kurulan özel bir sözleşmedir²³⁷. Ancak misli mallar ve nakit para karz sözleşmesine konu olabilirler. Kıyemi mallarda karz sözleşmesi kurulmaz. Kıyemi mallarla kurulan karz sözleşmesi fâsit olarak doğar. Bu yolla yapılan karz, bey-i fâsit gibi sayılır²³⁸.

Karz sözleşmesi malın mal karşılığı temlik edilmesi olduğundan genel anlamıyla satım sözleşmesine benzemektedir. Bir anlamda selem sözleşmesine de benzerlik gösterir ki borç vermenin bir türüdür²³⁹.

Karz , sünnet ve icma ile meşru bir sözleşmedir. Sünnetteki delili şudur: İbn Mesud’tan rivayet edilen bir hadiste peygamberimiz “*Bir müslüman bir müslümana iki defa karz verecek olursa mutlaka bir defa sadaka vermiş gibi olur*”²⁴⁰, buyurmuştur. Bu bilgilerden sonra konuyla alakası olan karzın hükmüne geçiyoruz.

Karzın Hükümü

Karz sözleşmesinde ödünç alan kişinin aldığı malın mislini ödeme borcu sözleşmeyle değil kabz ile doğduğu için ödünç alanın aldığı şeyi kabzetmiş olması gerekir. Karz sözleşmesinde borcun doğumunun kabza bağlanması aslında karz sözleşmesinin teberru niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır²⁴¹.

Ebu Hanîfe ve İmam Muhammed’e göre karzda mülkiyet ancak kabz ile sabit olur. Bir kimse misli bir mal alır da kabzederse onu alıkoyup mislini geri verebilir.

²³⁶ Cezîrî, II, 338

²³⁷ Zuhaylî, V, 435-442 ; Cezîrî, II, 338 ; Tandoğan, 467

²³⁸ Bilmen, VI, 45 ; Tandoğan, 467

²³⁹ Kudame, IV, 346 ; Cezîrî, II, 302

²⁴⁰ Kudame, IV, 347

²⁴¹ Kâsânî, VII, 395 ; Kudame, III, 348

Karz veren kişi isterse o aynın geri verilmesini talep etsin. Çünkü verilen aynî mal karz verenin mülkiyetinden çıkmıştır²⁴².

Ebu Yusuf'a göre karz alan kişinin aldığı şey yanında bulunduğu sürece aldığı şeye malik olamaz. Malikilere göre zaten tek taraflı irade bağlayıcı olduğundan karzda mülkiyet alana geçer. Şâfiiler ile Hanbelilere göre karz sözleşmesinde mülkiyet kabz ile sabit olur²⁴³.

Ayrıca bağlayıcılık ve hüküm ifade etmesinin kabza bağlı olduğu sözleşmelerden âriyet ve vedâ sözleşmeleri de sayılmaktadır²⁴⁴.



²⁴² Bilmen, VI, 95

²⁴³ Zuhaylî, VI, 13 ; Mevsûa, XXXII, 281

²⁴⁴ Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 423

D. KABZDA ARANAN ŞARTLAR

Kabzın sıhhatli gerçekleşmesi ve geçerli olabilmesi için kabzedende ve kabza konu olan şeyde aranan bazı şartlar vardır. Hukukî sonucun kabza bağlı olduğu sözleşmelerde kabz olayını gerçekleştiren kişinin zatında veya kabz için vekalet söz konusu olması halinde bu şartlar aranmaktadır.

1. Kabzedende Aranan Şartlar

a. Kabza Ehil Olmak : Kabzı gerçekleştiren kişinin zatında aranan bir şart olup fukaha kabzın ehliyet sahibi kişi tarafından gerçekleştirilmesi gereği yönünde görüşbirliği içindedir. Ancak kimlerin ehliyet sahibi ve kabza ehil olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir.

Şafîiler ve Hanbelîler, kabzedenden kişinin akıllı ve bâliğ aynı zamanda mahcûr (hukuki tasarrufları kısıtlanmış) olmaması gerektiği görüşündedirler.

Hanefîlere göre kişinin eda (fiil) ehliyetine sahip olması kabza ehil olması anlamına gelir. Kabzedenden kişinin akıllı olması yeterlidir. Delinin ve henüz akı olmayan çocuğun kabzı geçerli değildir. Büluğ şartı bazı hukukî tasarruflarda aranırken bazılarında aranmaz²⁴⁵. Henüz âkil ve bâliğ olmayan mümeyyiz küçüğün (sabi) üç türlü tasarrufu söz konusudur.

aa. Lehine hibe, sadaka ve vasiyet gibi sırf menfaatine olan tasarruflarda kabz için aklının ermesi (istihsanen) yeterlidir. Ayrıca büluğ şartı aranmaz.

ab. Teberru, şahsî ve malî kefalet gibi sırf zararına olan tasarruflarda büluğ şartı aranır.

²⁴⁵ Mevsûa, XXXII, 265

ac. Satım, kira, nikah vb. fayda ve zarara ihtimali olan tasarruflarda sözleşmenin geçerliliği için velisinin izni gerekir. Velisi mümeyyiz küçüğün tasarrufuna izin ve icazet verirse yaptığı tasarruflar geçerli, reddederse batıl olur. Malikilere göre kabzın geçerli olabilmesi için kabzeden kişinin hukuki muamelelere ehil olması gerekmez. Zaten kabza ehil olma noktasında insan olma vasfı yeterlidir. Çocuğun ve mahcûrun kabzı geçerli olup tam bir kabzdır²⁴⁶.

b. Kabzedenin Velayet Hakkına Sahip Olması : Burada kabz, asaleten ve niyabeten olmak zere ikiye ayrılır.

ba. Asaleten Kabz : Kişinin kendi adına kabzetmesidir. Kabza ehil olan kişilerin velayet hakkına sahip olduğunda fukaha ittifak etmiştir.

bb. Niyabeten Kabz : Buradaki velayet hakkı, ya kanun koyucu (şâri) ya da mâlik (mülk sahibi) tarafından belirlenir²⁴⁷.

c. İzin : Fukaha kabzın geçerliliği noktasında iznin şart olup olmadığına ihtilaf etmişlerdir.

Hanefiler ve Şâfiîler, kabz açısından üzerinde hapis hakkı bulunan malın, rehin alanın elindeki rehin malının, hibe edilen kişideki hibe malının ve satıcıdaki henüz bedeli ödenmemiş mal ile üzerinde hapis hakkı bulunmayan bedeli ödenmiş veya vadeli olan satıcıdaki malın birbirlerinden hüküm açısından ayrılması gerektiğine kanidirlir.

Buna göre üzerinde hapis hakkı bulunan malın kabzedilebilmesi için hak sahibinin izni gereklidir. Üzerinde hapis hakkı olmayan malın kabzedilebilmesi için izin gerekli olmayıp, kabz geçerlidir.

Malikîler, rehin malda kabz için izni şart koşmaktadırlar. Bunun dışında hibe, sadaka, vakıf ve benzeri tasarruflarda izin şartını aramamaktadırlar. Hanbelîler, rehin, hibe ve sadakada kabz için izin şartını aramaktadırlar. Şayet söz konusu tasarruflar

²⁴⁶ Mevsûa, XXXII, 265

²⁴⁷ Mevsûa, XXXII, 266

izinsiz gerçekleşirse kabz fâsit olur. Dolayısıyla yapılan işlemler hukukî sonuç doğurmaz.

İzin iki türlüdür :

a. Sarih İzin : Şu lafızlar sarih izne delalet eder. “*Kabz et*”, “*Sana kabz etmen için izin verdim*”, “*Kabz etmene razı oldum*”, gibi

b. Dolaylı İzin : Şu durumlar dolaylı izin sayılır : Hibe edilen kişinin, malı hibe edenin yanında kabzetmesi ve hibe edenin de tepki göstermeyerek ona engel olmaması, alıcının malı kabzettiğini gördüğü halde satıcının ses çıkarmaması. Rehin alanın rehin malını rehin verenin yanında kabzetmesi gibi. Hanbelîler ve Şâfiîlere göre kabz gerçekleşmeden önce izinden dönülürse iznin mevcut olmaması nedeniyle kabz geçersiz olur. Kabzdan sonra izinden rücû edilirse bunun kabza bir etkisi yoktur²⁴⁸. Şâfiîlere göre kabz gerçekleşmeden önce izin verenin cinnet geçirmesi, şuuru kaybetmesi ve hukuki tasarruflarının kısıtlanması durumunda izin geçerliliğini kaybeder. Hanbelîler, Şâfiîlerin bu görüşüne muvafakat etmekle birlikte, kabza izin veren ya da izin verilen şahsın ölmesi durumunda da iznin batıl olacağını eklemektedirler²⁴⁹.

2. Kabza Konu Olan Malda Aranılan Şartlar

a. Kabza konu olan mal başkası tarafından işgal edilmiş Olmamalı :

Hanefîler ve Şâfiîler kabzın geçerliliği için kabza konu olan malın başkası tarafından işgal edilmemesi gerektiğini savunmuşlardır²⁵⁰. Satıcının satmış olduğu evi tahliye etmeden teslim etmesi durumunda kabz gerçekleşmiş olmaz. Malikîler böyle bir şart aramamakla birlikte alıcının kabzedebilmesi için oturulan evin tahliyesinin gerektiğini düşünmektedirler. Hanbelîler ise bu şartı da aramazlar.

²⁴⁸ Mevsûa, XXXII, 272

²⁴⁹ Mevsûa, XXXII, 273

²⁵⁰ Bilmen, VI, 48

b. Kabza konu olan mal ayrılmış olmalı :

Hanefilere göre kabza konu olan malın başkalarının malından ayrılması yani o malda başkasının hakkı bulunmaması gerekir. Mal herhangi bir şekilde birliktelik arz ediyorsa kabz sahih olmaz. Bir akarı rehin alan ya da hibe eden tamamını teslim etmedikçe kabz gerçekleşmiş sayılmaz. Bu tür tasarruflarda temel amaç teslim almaktır. Bu şartların aranmasının temel nedeni başkasının hakkının bulunduğu mal, o mala el koyma ve tahliye manî olur. Bu sebeple böyle bir malın kabzı geçerli değildir²⁵¹.

Yine mal satıcıdan başkasına ait bir hak konusu ise yapılan satım sözleşmesi geçerli değildir. Buna göre rehin verenin rehin olan şeyi satması, kiraya verenin kiraya verdiği şeyi satması geçerli değildir. Bu durumda satış, mürtehinin ya da müstecirin sözleşmeyi geçerli kabul etmesine bağlıdır²⁵².

Son dönem hukukçularından Zerkâ'ya göre böyle bir satış mürtehinin ya da müstecirin kabulüne bağlı olmaması gerekir. Her ne kadar hak sahibi onlar olsa bile. Çünkü yapılan işlemleri geçerli kabul etmek mâlik ve velayet sahibi kimse içindir. Mürtehinin ve müstecirin haklarının korunması maksadıyla böyle bir şey düşünülmüştür²⁵³.

c. Kabza konu olan mal şâyi hisseli olmamalı :

Kabzin sıhhati ve geçerliliği için kabza konu olan malda şuyûun olup olmaması yönünden fukaha ihtilaf etmiştir.

Şâfîiler, Malikîler ve Hanbelîlere göre, şâyi hisseli malın kabzı sahihtir. Çünkü şuyu kabzin sıhhatine engel değildir. Her ne kadar, her bir ortağın kendi hissesinde tasarrufta bulunma imkanının olmamasından dolayı şâyi hisseli malda kabz gerçekleşmemiş olsa da, her ortak şâyi mülkiyette başkasının hissesini de kabzetmiş olur. Fukahanın çoğunluğu şâyi hisseli malın kabzının geçerliliğinde ittifak etmekle

²⁵¹ Mevsûa, XXXII, 273

²⁵² Kâsânî, V, 155 ; İbn Âbidin, IV, 6

²⁵³ Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 133

birlikte şâyi hissenin niteliğinde ihtilaf etmişlerdir²⁵⁴. Meselenin bundan sonraki teferruatı konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için verilen bilgilerle iktifa ediyoruz.

Ayrıca fıkıh kitaplarında satım sözleşmesine konu olan şeyle ilgili bazı şartların arandığını görüyoruz. Bu şartlar tahlil edildiğinde tarafların anlaşmazlığa düşmemeleri, düşmanlığa sebebiyet verecek şeylerin ortadan kaldırılması ve tarafların karşılıklı zarara düşmemeleri gibi endişelerin gözetildiği görülmektedir. Kabza konu olan şeyle ilgili vermiş olduğumuz bilgilere ek olarak fıkıh kitaplarında akde konu olan şeyde aranan şartları konuya uyarlayabiliriz.

d. Kabza konu olan mal mevcut olmalı :

İlke olarak İslam hukukunda sözleşme konusu malın sözleşme esnasında mevcut olması gerekir. Sözleşme esnasında var olmayan, var olsa bile yok olabilme tehlikesi bulunan veya sonradan var olması muhtemel hatta var olması kesin olsa bile sözleşme batıl olur²⁵⁵. Mecelle konuyla ilgili iki madde sevk etmiştir :

“Mebûin mevcut olması gerekir”, “Ma’dûmun bey’i batıldır”²⁵⁶”.

Satım sözleşmesi yapıldığı sırada satılan malın mevcut olmaması genelde “*ma’dûmun satışı*” adıyla anılır ve bir kaç şekilde kendini gösterir. Birincisinde satılan mal mevcut olmakla birlikte henüz gelişmesini tamamlayıp son şeklini almamıştır. Bunun örneği zirâi mahsuller, meyve ve sebzelerin olgunlaşmadan satılmasıdır. İslam hukukçuları yasaklamayla ilgili hadisleri farklı yorumlara tabi tutmuşlardır. Gelecekte mevcut olacağı kesin olmakla birlikte sözleşme esnasında var olmayan malın satımı nazari olarak ma’dûmun satışı gibi değerlendirilmiş ve caiz olmaması gereği belirtilmiş ancak ihtiyaca binaen caiz kılınmıştır. Bir diğer şekli de satılan malın sözleşme anında mevcut olmayıp daha sonra olmasının da şüpheli olmasıdır. İslam hukukçularının genelde caiz görmediği bu nevi satışlardır. Bunun

²⁵⁴ Mevsûa, XXXII, 274

²⁵⁵ Zuhaylî, V, 230 ; Kâsânî, V, 138

²⁵⁶ Mecelle, md 197, 205

örneği hadislerde yasaklanan dişi hayvanın karnındaki yavrunun ve erkek hayvanın sulbündeki tohumun satımıdır²⁵⁷.

Fukaha mevcut olmayan şeyin satışını yasaklayan bu umumi kaideden selem, ıstısnâ ve müsâkât sözleşmelerini, örf haline gelmiş olmaları ve insanların genel ihtiyacına binaen istihsanen tecviz etmişlerdir.

İslam hukukunda bu konuda gözetilen temel hedef, gararın önlenmesi ve muhtemel anlaşmazlıklara meydan verilmemesidir. Bu açıdan mebîin mevcudiyeti noktasında beş ihtimal ileri sürülebilir :

da. Mebîin sözleşme esnasında tam olarak mevcut olması

db. Mebîin sözleşme esnasında mevcut olmaması ve ileride de vücut bulmayacağını kesin olması

dc. Mebîin aslı mevcut olmakla birlikte sözleşme sonrası oluşma ve gelişme göstermesi

dd. Mebîi sözleşme anında mevcut olmamakla birlikte gelecekte mevcudiyetinin kesin olması

de. Mebîin gelecekte de olmasının kesin olmaması

Birinci ve ikinci ihtimale göre akdin hükmü noktasında gerek İslam hukuku gerekse çağdaş hukuk arasında fark yoktur. Birincisi sahih, geçerli, ikincisi ise batıldır. Diğer üç durum fukaha tarafından garar açısından ele alınarak incelenmiştir²⁵⁸.

e. Kabza konu olan mal mütekavvim olmalı :

Mal, insan tabiatının kendisine meylettiği ve ihtiyaç zamanı için sakladığı, fiilen elde bulundurulan ve istenildiği an kendisinden faydalanmak caiz olup maddi değere sahip olan her şeydir²⁵⁹. Mebîin bu şartları haiz İslam hukukunun mal saydığı mecellenin ifadesiyle mütekavvim olması gerekir. Mütekavvim olmayan şeyi satmak

²⁵⁷ Serahsî, XII, 194 ; Mahmasâni, II, 326 ; Zuhaylî, V, 230 ; Karaman, 259

²⁵⁸ Karaman, II, 160

²⁵⁹ İbn Âbidin, IV, 501 ; Zuhaylî, V, 231,260,262

batıldır²⁶⁰. Mecelle mütekavvim kavramını iki farklı anlamda kullanır. Birincisi kendisinden faydalanılması mübah olan şeydir. İkincisi ise mülkiyet altına alınmış maldır. Mesela denizdeki balık gayri mütekavvim olup tutulup sahip olduğu an mütekavvim olur. Bununla birlikte mütekavvim olmayan bir mal ile mal satın almak fâsittir. Sözleşmede semenin mütekavvim olmaması sözleşmeyi fâsit kılmaktadır. Meyte, kan, hür insan gibi mal sayılmayan şeylerin satışı, Müslüman için mal olma keyfiyeti taşımayan domuz, şarap ve eti yenmeyen hayvanların, eğlence aletlerinin ve mal sayılamayacak kadar az olan şeylerin (iki buğday tanesi gibi) satışı caiz değildir²⁶¹. Burada şunu belirtmeliyiz ki, fakihler kesin nassa dayanmadan ve daha çok icthadî olarak eğlence aletlerini gayri mütekavvim saymışlardır.

f. Kabza konu olan mal bizatihi mülkiyet altında olmalı :

Mebûin özel mülkiyete konu olup el altında bulunması gerekir. Hiç kimsenin mülkiyetinde olmayan şeylerin satışı caiz değildir. Peygamberimiz, “*Ancak malik olduğun şeyde satış olur*” buyurmuştur. Bu meyanda çöllerdeki av hayvanlarının, toprak ve madenlerin, havanın, güneş ışınlarının, denizdeki balığın ve serbest dolaşan kara hayvanlarının satımı caiz değildir²⁶².

g. Kabza konu olan mal sözleşme esnasında teslim edilebilir nitelikte olmalı:

İslam hukukuna göre tesliminde imkansızlık bulunan satışlar batıldır²⁶³. Çünkü böyle bir mal yok gibidir. İsterse mebi satıcının mülkiyetinde olsun. Mesela, elde bulunan kaçmış hayvanın, havadaki kuşun satışı böyledir. Fakat gasbedilmiş bir malı, onu gasbedenden alabilecek bir kişiye satmak sahihtir. Ancak bunların elde edilmesinde fazladan bir masraf gerekiyorsa bu satış batıldır²⁶⁴. İslam Hukukuna göre imkansızlık mutlak ve nisbî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Butlan gerektiren

²⁶⁰ Mecelle, md 219

²⁶¹ Zuhaylî, V, 231 ; Karaman, II, 46

²⁶² Buhûtî, III, 153

²⁶³ Mecelleye göre “*teslimi mümkün ve makdur olmayan şeyin satımı batıldır*”. Md 209

²⁶⁴ Zuhaylî, V, 231 ; Buhûtî, III, 162

mutlak imkansızlık herkese ve her duruma göre imkansızlığın olmasıdır. Fıkıh kitaplarında verilen örneklerden kaçmış kölenin tesliminin imkansızlığı, mutlak imkansızlık olup dolayısıyla böyle köle üzerine sözleşme yapılmaz. Aynı şekilde batmış ve çıkarılma imkanı olmayan gemilerin satımı da batıldır²⁶⁵.

İslam Hukuku imkansızlığı sözleşme sonrası ve sözleşme öncesi olarak ikiye ayırmış ve her ikisine farklı hükümler terettüp ettirmiştir. Sözleşme öncesi imkansızlık sözleşmeyi batıl kılarken, sözleşme sonrası ve teslim öncesi imkansızlık sözleşmeyi batıl kılmayarak feshi gündeme getirmektedir.

Mebûde aranan teslimi mümkün olma şartı sadece satım sözleşmesine mahsus değildir. İcare akdinde de böyle bir şey söz konusudur. İcare akdinde mahalli akd menfaat olduğundan, faydalanma imkanı olmalıdır. Örneğin kaçmış hayvanın kiralanması sahih değildir. Rehin ve iâre sözleşmesinde de aynı şeyler söz konusudur²⁶⁶.

h. Kabza konu olan mal miktar ve nitelik olarak taraflarca bilinmeli :

İslam Hukukuna göre satım sözleşmesinde mebûdeki miktar ve niteliğe ait bilinmezlik sözleşmenin butlanına sebep olur²⁶⁷. Mecelleye göre mebû, alıcı tarafından bilinmelidir²⁶⁸. İcare akdinde de anlaşmazlığa meydan vermeyecek şekilde ücretin belirlenmesi, bilinmesi gerekir. Ayrıca, kefalet, havale, rehin, iâre, hibe ve sulh sözleşmelerinde ma'kûdun aleyhin bilinmesi gerekir. Ancak istisnalar olabilir²⁶⁹.

²⁶⁵ Karaman, II, 170-171

²⁶⁶ Mahmasâni, II, 323

²⁶⁷ Zühaylî, V, 234

²⁶⁸ Mecelle md. 200 ; Buhûfî, III, 163

²⁶⁹ Mahmasâni, II, 323

E. KABZ YERİ

1. Kavram

Karşılıklı borç doğuran hukuki işlemlerin başında gelen satım sözleşmesi²⁷⁰ tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için hukuki sonuç sözleşmeyle gerçekleşir. Bu da karşılıklı edimlere ait mülkiyetin karşılıklı olarak intikalidir. Satıcı, satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyetini ona geçirmesi ve buna karşılık alıcı da o malın bedelini satıcıya vermesi sözleşmenin gereğidir. İki taraf da hem alacaklı hem borçlu durumdadır. Satım sözleşmesinde karşılıklı borç ve alacaklar birbirine bağlıdır. Satılan malın teslimi açısından satıcı borçlu iken satış bedelinin teslimi açısından alıcı borçlu olmaktadır. Dolayısıyla satım sözleşmesinin sıhhatli hüküm ifade edebilmesi için borçlu borcunu ifa etmeli, alacaklı da alacağını kabzetmelidir. Borçlunun borç konusu edimi sözleşme şartlarına uygun olarak tam ifa etmiş sayılması alacaklının teslim almasına bağlıdır. Görüldüğü üzere ifa ve kabz kavramları arasında doğru orantılı bir ilişki vardır. Satılanın kabzedilmesi alıcı için hem bir hak hem de bir borçtur²⁷¹.

Klasik fıkıh eserlerinde ve çağdaş hukuk kitaplarında ifa yeri ve ifa zamanı kavramlarına alacaklı açısından bakıldığında kabz yeri ve kabz zamanı olarak dönüşmektedir. Çünkü ifa eyleminde faal olması gereken borçlu iken kabz eyleminde ise faal olan alacaklıdır.

²⁷⁰ Kuntalp, 4

²⁷¹ Tandoğan, 137 ; Kuntalp, 5

2. Kabz Yeri

Satım sözleşmesine konu olan malın teslim yerinin taraflarca bilinmesi değişik açılardan önem arzeder. Satılan malın teslim borcunun ifa yeri taraflar aksini kararlaştırmadıkça BK. md. 73' te öngörülen yedek hukuk kurallarına göre belirlenir²⁷². Satılan malın teslim yerinin bilinmesinin bir çok faydası da vardır. Taraflar arasında anlaşmazlık çıktığı takdirde yetkili mahkemenin tayini noktasında satılanın teslim yeri önemli rol oynar. Aynı şekilde farklı ülkelerde oturan şahıslar arasında yapılan sözleşmelerde ödemenin hangi ülke parasıyla olacağı kural olarak teslim yerinin bilinmesine bağlıdır. Buna paralel olarak sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda devletler hususi hukuku hangi ülke kanunlarının uygulanacağını malın teslim yerine göre belirler²⁷³.

Ayrıca teslimin sözleşme şartlarına uygun yerde yapılıp yapılmadığı borçlu ve alacaklının temerrüde düşmesinde belirleyici bir özelliğe sahiptir.

Ticaret Kanunu madde 2/II' ye göre aksi şart koşulmamışsa farklı yerde bulunan taraflar hakkında teslim yerindeki ticari örf ve adet uygulanır. Yine uğranılan zararın belirlenmesinde teslim yerinin cari fiyatları esas alınır²⁷⁴.

Taraflar satılan malı teslimin nerede yapılacağını serbestçe kararlaştırabilirler. BK. 73/1. maddesi bu konuda sözleşme yapma serbestisini teyit etmektedir. "*Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer iki tarafın sarih veya zımnî arzusuna göre tayin edilir*"²⁷⁵.

Taraflar satılanın teslim yerini borcun doğumundan sonra da yapacakları anlaşmayla değiştirebilirler. Satım sözleşmesini düzenleyen hükümler emredici mahiyette olmadığından taraflar diledikleri gibi sözleşme şartlarını oluşturabilirler²⁷⁶. İfa yerini her şeyden önce edimin mahiyeti belirler.

²⁷² Önen, 189

²⁷³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 807-808 ; Aral, 21; Tunçomağ, I, 675 ; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım*, II, 499

²⁷⁴ Feyzioğlu, II, 84-85 ; Von Tuhr, II, 499 ; Aybakan, 137

²⁷⁵ Oğuzman / Öz, 241

²⁷⁶ Kuntalp, 5

Borç konusu edim mahiyeti gereği zorunlu olarak muayyen bir yerde ifası mümkünse orada ifa edilmelidir. Örneğin belli bir yerde inşaat yapma borcu ancak orada yapılmasıyla ifa edilmiş olur²⁷⁷.

Borç konusu edim birden fazla yerde ifaya elverişli ise öncelikle ifa yeri tarafların sözleşmede belirledikleri yerdir. Bu konuda mecelle şu maddeyi düzenlemiştir. “*Bir mahall-i muayyende teslim olunmak şartıyla satılmış olan malın orada teslimi lazım gelir*”²⁷⁸.

Tarafların malın teslim yerini sözleşmede tayin etmeleri kural olarak şart değildir. Ancak bazı sözleşmeler için öncelikle sözleşmenin sıhhati için ve geçerlilik şartı olarak teslim yerinin bilinmesi gerekir.

Bu açıdan selem sözleşmesine konu olan şeyin teslim yerinin belirlenmesi selem sözleşmesinin sıhhat şartıdır. Bunun da sözleşmeyle belirlenmesi gerekir.

Tarafların malın teslim yeri noktasında anlaşmazlığa düşmeleri halinde Ebu Hanîfe’ye göre borçlunun sözüne itibar edilir. İmameyn’e göre ise taraflar karşılıklı olarak yemin ederek aldıklarını iade ederler²⁷⁹.

Taraflar malın teslim yerini belirlememişlerse edimin mahiyeti dikkate alınarak teslim yeri belirlenir.

BK. 73/2. maddeye göre teslim için üç alternatif vardır. Teslim ya alacaklının, ya borçlunun ya da malın bulunduğu yerde yapılır²⁸⁰.

a. Alacaklının Konutunda Teslim

Teslim edilmesi gereken şey bir miktar para ise ödeme alacaklının konutunda yapılır²⁸¹. Alacaklının konutunda ödenen borçlara hukuk dilinde “*götürülecek borçlar*” denir. Bu açıdan para borçlar götürülecek borçlar sınıfındadır. Para borçlarının alacaklının konutunda teslim edilmesi alacaklı açısından bir kolaylıktır. Alacaklı bundan vazgeçebileceği gibi borçlunun konutunda, işyerinde alacağını

²⁷⁷ Oğuzman / Öz, 241 ; Tunçomağ, I, 676

²⁷⁸ Mecelle, md. 1287

²⁷⁹ Şeybâni, *Asl*, V, 24’ den naklen Aybakan 141

²⁸⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 809

teslim alabilir. Borçlunun bu eylemleri yeter ki iyi niyet kurallarına aykırı düşmesin²⁸².

Teslim yeri dışında sunulacak edim bir miktar paradan ibaret olup, alacaklının bunu kabul etmesinde bir sakınca yoksa teslim almayı reddetmesi iyi niyetle bağdaşmaz. Hatta kendisine ifa teklifinde bulunulan alacaklı bunu kabul etmekten kaçınamaz²⁸³.

Yine borç konusu bir miktar para veya taşıma masrafı olmayan bir şey ise tarafların aynı yerde bulunmaları şartıyla teslim yapılabilir²⁸⁴.

Borç konusunun nakli masraf gerektirdiği halde masrafi alıcı üstlenmişse borçlu orada teslim edebilir²⁸⁵.

b. Malın Bulunduğu Yerde Teslim :

BK 73/b-2'ye göre borç konusu edim bir parça borcundan ibaretse teslim yeri akdin kurulduğu an malın bulunduğu yerdir. Parça borçlarının en tipik örneğini mebi oluşturur. Aksi kararlaştırılmamışsa sözleşmeyle borç doğar ve muacceliyet kazanır. Dolayısıyla borcun doğduğu yerde ifası gerekir. Böylece mebiin sözleşmenin yapıldığı yerde teslim edilmesi gerekir²⁸⁶.

“*Borç konusu edim nevî borcundan oluşuyorsa akdin kurulduğu an teslim yeri satıcının ikametgahıdır*”. Bu kanun hükmüne giren alacaklıyı teslim edilecek malı bulunduğu yerden gelip almak zorunda bırakan borçlara hukuk dilinde “*alınacak borç*” denmektedir. Parça borcu mahiyetinde olmayan borçlara bu hüküm uygulanmaz²⁸⁷.

c. Borçlunun Konutunda Teslim : Gerek parça borcunda gerekse parça borcu dışında kalan her borç kural olarak borçlunun konutunda ödenebilir.

²⁸¹ Oğuzman / Öz, 241 ; Tunçomağ, I, 678 ; Önen, 189 ; Feyzioğlu, II, 88

²⁸² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 809

²⁸³ Sahnun, *Müdevvene*, V, 96-97'den naklen Aybakan, 135 (2 nolu dipnot)

²⁸⁴ Aydın, “Borç” DİA, VI, 286

²⁸⁵ Şirbinî, II, 116-117 'den naklen Aybakan, 135 (2 nolu dipnot)

²⁸⁶ Aydın, “Borç” DİA, VI, 286 ; Önen, 189 ; Feyzioğlu, II, 89

²⁸⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 809 ; Önen, 190

F. KABZ ZAMANI

Türk Hukuk sisteminde satılanın teslim zamanı iki yönlü kavramdır. Bir taraftan alacağın ne zaman muaccel olduğunu diğer taraftan da borçlunun ne zaman ifa kabiliyetine sahip olacağını ifade eder.

Muacceliyet, alacaklının edimin teslimini isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyararak edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu andan itibaren gerçekleşir²⁸⁸. Satılanın teslim zamanı deyince genellikle bu kastedilir. Çünkü bu anlamda satılanın teslim zamanı için hukuk dilinde genellikle “*borcun muaccel olması*”²⁸⁹, “*alacağın muacceliyeti*”²⁹⁰, “*borcun muacceliyet kesbetmesi*”²⁹¹ gibi tabirler kullanılır. Satılanın teslim borcunun muaccel olması artık borçlunun borcunu ifa için zamanı kalmadığı, alacaklının teslimi isteyip borçlunun da ifayı gerçekleştirmek durumunda olmalarını ifade eder²⁹².

Muacceliyetin ve ifa kabiliyetinin ne zaman gerçekleşeceği akde ilişkin bir özellik göstermiyorsa ve kanunda da bir vade öngörülüyorsa borç muacceliyet ve ifa kabiliyeti kazanır²⁹³.

Borç, doğuşu anında muaccel olabileceği gibi müeccel de olabilir. Her iki duruma da ihtimaliyeti olması borcun mutlaka muaccel doğmasını gerektirmez. Satılanın teslim zamanına ilişkin bir kayıt sözleşmede yer almıyorsa ve aksi edimin mahiyetinden anlaşılıyorsa borcun muaccel doğduğu kabul edilir. Bu nedenle hiç

²⁸⁸ Oğuzman / Öz, 232 ; Tunçomağ, I, 684

²⁸⁹ Eren, III, 128 ; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 801

²⁹⁰ Von Tuhr, 506 ; Önen, 190

²⁹¹ Feyzioğlu, II, 90

²⁹² Aybakan, 147

²⁹³ Feyzioğlu, II, 91

bir kayıt zikredilmeksizin mutlak olarak yapılan sözleşme ifanın hemen yerine getirilmesini gerektirir²⁹⁴.

Borcun muaccel olarak doğduğu Mecelle de şöyle belirtilir. “*Bedeli mutlak peşin olmak üzere mun'akid olur*²⁹⁵”. İcare sözleşmesi açısından “*Hîn-i akidde ibtidâ-ı müddet tesmiye olunmaz ise vakt-ı akidden itibar olunur*”²⁹⁶ şeklindedir.

BK 73. maddede borcun muacceliyet kesbetmesi kural olarak şöyle ifade edilmiştir. “Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir²⁹⁷”.

Satılanın teslim zamanının vadesi sözleşmeyle, kanunla veya âdetle tayin edilebileceği gibi işin özelliklerine ve dürüstlük kuralına göre de tayin edilir.

Vadenin kanunla belirlendiği sözleşmeler şunlardır :

Kira, ödünç, hizmet, istisna, vedâ ve âriyet sözleşmeleri

Bunun dışında vade, kanunun izin verdiği hallerde âdete, yani iş hayatındaki alışkanlıklara göre tayin edilir²⁹⁸.

²⁹⁴ Kâsâni, V, 156 ; Aydın, “*Borç*” DİA, VI, 289

²⁹⁵ Mecelle md 251

²⁹⁶ Mecelle, md. 486

²⁹⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 800 ; Oğuzman / Öz, 234 ; Feyzioğlu, 91

²⁹⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 801-802

III.BÖLÜM
SATIM AKDİNİN BEDELLERİNDE
KABZ ÖNCESİ TASARRUF

A. MÜLKİYETİN İNTİKALİNDEN SONRA ALICININ MEBÎ ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARI

1. Kabz Öncesi Mebî Üzerindeki Tasarruflar

“*Teslim alınmayan şeyin satımıyla*” ilgili Peygamberimizin yasağı²⁹⁹ fukaha tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Buradaki yasak, genelde malın mevcut olmamasıyla değil tesliminin imkansız oluşuyla yorumlanmış ve hadislerdeki yasağın konusu ve derecesi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazıları söz konusu yasağın kapsamını çok genişletmiş, bazıları ise çok daraltarak bir aşamada yasakla ilgili hadisleri görmezden gelmişlerdir. Buna rağmen Cumhûr-u fukaha konuya ışık tutan hadisleri kendi ilmi ölçülerine göre değerlendirerek yasak konusunda daha mutedil bir tavır sergilemişlerdir.

Fıkıhçıların konuyla ilgili hadisleri değerlendirmelerinden çıkan sonuç şudur :

a. Gayri Menkullerde Kabz Öncesi Tasarruf

Gayri menkullerde kabz öncesi tasarrufta bulunup bulunulmayacağı hususunda fukaha arasında ihtilaf vardır³⁰⁰. Konuya ışık tutan hadislerde yasak söz konusu olduğundan yasağın kapsamı hususundaki ihtilafların temelinde de konuya

²⁹⁹ İlgili hadisler için bkz. Kudame, *Muğni*, IV, 125-127 ; Şevkâni, *Neylû 'l-Evtar*, VI, 294-299

³⁰⁰ Kâsâni, V, 234

delil teşkil eden hadislerin lafızlarının delaleti yatmaktadır³⁰¹. Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf gayri menkullerin teslim alınmadan önce satımını yasağın kapsamı dışında tutmuşlardır³⁰². Çünkü böyle bir satış işleminde risk (garar) unsuru yoktur. Gayri menkulün teslim alınmadan önce kısa zaman içerisinde telef olması veya değişikliğe uğraması nadir bir olaydır³⁰³. Buna göre bir kimse parasını verip satın aldığı, fakat henüz teslim almadığı arsa, dükkan, daire gibi taşınmazı başkasına satabilir. Ancak satıcısına satması akdi fâsit kılar.

Dayandıkları delil ise “*istihsan*” prensibi olup, alış-verişin meşruiyetini bildiren ayetlerin genel anlamı ile istidlal etmişlerdir. Söz konusu ayetlerde şöyle buyrulur : “*Allah alış-verişi helal kıldı*”³⁰⁴, “*Alış-veriş yaptığımız zaman şahit tutun*”³⁰⁵. Ayetlerin genel anlamı taşınır ve taşınmaz ayrımı yapmadığı için kabz öncesi ve sonrası gibi bir ölçü de koymamaktadır. Bunun yanında genel anlam ifade eden ayetlerin haber-i vahidle tahsîsi de söz konusu olamaz.

Ancak deniz kenarı ve ikinci kat gibi tehlikeli durum arz eden yerler hüküm açısından menkul mal kapsamına dahil edilerek yasak çerçevesinde mütalaa edilmiştir³⁰⁶.

Mecelle'nin, gayri menkulün kabz öncesi satımıyla ilgili düzenlemesi şudur : “*Alicı, kabzdan önce mebi akar ise başkasına satabilir ve eğer menkul ise satamaz*”³⁰⁷. Mecelle bu konuda Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşü doğrultusunda düzenlemeye gitmiştir.

İmam Muhammed ve Şafi'ye göre gayri menkullerin kabzdan önce satımı caiz değildir. Konuyla ilgili hadisler menkul ve gayri menkul ayrımı yapmayıp genel anlam ifade etmektedir. Yasak satıma konu olan her şeye şamildir. Ayrıca malın

³⁰¹ Kallek, Cengiz, *Hz. Peygamber Döneminde Devlet ve Piyasa*, 71

³⁰² Süyûtî, Şemsettin, *Cevahiru'l-Ukûd*, I, 59 ; Merginâni, III, 59 ; İbn Âbidin, V, 147 ; İbn Hümâm, VI, 513 ;Kudame, IV, 127

³⁰³ İbn Hümâm, VI, 513 ; Ali Haydar, I, 407

³⁰⁴ Bakara, 2/275

³⁰⁵ Bakara, 2/282

³⁰⁶ İbn Âbidin, V, 147 ; İbn Hümâm, VI, 12 ; Ali Haydar, I, 407 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 77

³⁰⁷ Mecelle, md. 257

alıcıya teslimine güç yetirilememesi söz konusu olduğundan böyle bir satışta risk (garar) bulunmaktadır³⁰⁸. Hanbeli hukukçu İbn Âkil de bu görüşü benimsemektedir³⁰⁹.

İmam Malik yasağı yalnızca gıda maddelerine hasretmekle³¹⁰ gayrı menkullerin teslim alınmadan satışına cevaz vermektedir. Dayandığı delil ise kabz öncesi satış yasağını bildiren hadislerde sadece gıda maddelerinin bildirilmesidir. Diğer fıkıhçılar ise hadislerdeki “gıda maddeleri” ifadesini sınırlayıcı değil örnek kabilinden saymaktadırlar.

Ahmet b. Hanbel yasağın kapsamını biraz daha daraltarak yasağı gıda maddelerinden keylî, veznî ve adedî olanlara hasretmektedir. Bu özellikleri taşımayan mallar menkul olsun gayrı menkul olsun teslim alınmadan satılabilir. Kadı Ebu Ya’la mezhep imamının bu görüşüyle de yetinmeyerek söz konusu yasağı nev’an tayin edilen gıda maddelerine hasretmiştir.

Malikilerden hem Ahmed b. Hanbel’in hem de Kadı Ebu Ya’la’nın görüşüne benzer iki farklı görüş rivayet edilmektedir.

Teslim alınmadan satışı caiz olmayan şeylerin teslim alınmadan kiraya verilmesi de caiz değildir. Ebu Yusuf’a göre böyle bir şeyin tasadduk edilmesi veya satılmadan rehin bırakılması da caiz değildir. Fakat İmam Muhammed’e göre caizdir³¹¹. Gayrı menkulün teslim alınmadan önce hibe edilmesi caizdir³¹². Maliki mezhebinde tek taraflı iradenin bağlayıcılığı hatırlanmalıdır.

Bir malın teslim alınmadan önceki satımı genel olarak fâsit sözleşmeler kapsamında düşünülmüştür³¹³. Dolayısıyla sözleşmenin sıhhat kazanması için kabz gereklidir. Teslim alınmayan maldaki mülkiyet zayıf bir mülkiyettir. Bu genel kuraldan üç durum istisna edilmiştir.

1. Satın alınan malın teslim alınmadan aynı fiyatla tekrar satıcısına satılması.

³⁰⁸ Merginânî, III, 59 ; İbn Hümâm, VI, 513

³⁰⁹ Aybakan, 94

³¹⁰ Süyûti, I, 59

³¹¹ Fetevâ-i Hindiyeye, V, 115

³¹² İbn Âbidin, V, 147

³¹³ Cezârî, II, 233 ; Süyûti, I, 55

2. Satın alınan mal teslim alınmadan önce satıcı yanında iken telef olursa sattığı fiyata tekrar satıcıya satılır.

3. Teslim alınmayan mal, bedeli bilahare ödenmek suretiyle alınmışsa mal aynı satıcıya aynı fiyatla satılır.

Bu üç durumda da satış, satış kelimesiyle yapılan bir ikale işlemidir. Gerçek bir satış değildir³¹⁴.

Emanet sözleşmeleri kapsamında değerlendirilen “bey bi'l-vefa”³¹⁵ sözleşmesinde sözleşmenin mahiyeti ve doğuracağı hukuki sonuçlar açısından farklı görüşler ileri sürülmüş olup Ahmed b. İsa el-Keşşi'den yapılan rivayetlerde selef alimlerinin söz konusu sözleşmeyi sahîh saymaları neticesinde taşınmaz mallarda alıcı tarafından teslim alınmadan önce kira sözleşmesi yapılabilmektedir. Yani vefâen alınan bir gayri menkul teslim alınmadan başkasına kiralanabilmektedir. Söz konusu işlemin “bey bi'l-istiğlal”³¹⁶ açısından da caiz olabileceği bazı fakihlerce benimsenmiştir³¹⁷.

b. Menkullerde Kabz Öncesi Tasarruf

Satın alınan menkul malların teslim alınmadan önce başkasına satılması veya bağış, kira gibi bir hukuki tasarrufa tabi tutulması caiz değildir. Bu konuda görüş birliği vardır³¹⁸. Çünkü Peygamberimiz “*kabzedilmeyen şeyin satımını yasaklamıştır*”³¹⁹,

Böyle bir malın üçüncü kişiye satılması durumunda teslim zorlukları söz konusu olabilir. Satılan mal telef olunca yapılan ilk sözleşme ve akabinde diğer

³¹⁴ Cezîrî, II, 234

³¹⁵ bkz. s.32

³¹⁶ *Bir malın kiralanmak suretiyle alınması*. Bayındır, “*Bey bi 'l-vefa*”, DİA, VI, 21

³¹⁷ Bayındır, “*Bey bi 'l-vefa*”, DİA, VI, 21

³¹⁸ Kâsânî, V, 234 ; Merginânî, III, 59 ; Mevsilî, II, 8 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 76 ; Bardakoğlu, “*Bey*” DİA, VI, 18

³¹⁹ Buhari, *Buyû*, 51,54,55 ; Müslim, *Buyû*, 29,32,34,36,41; Ebu Davud, *Buyû*, 65 ; İbn Âbidin, V, 149

sözleşmeler de batıl olur. Peygamberimiz “*Kendisinde ifa edilememe riski (garar) bulunan satışı yasaklamıştır*³²⁰”.

Malın teslim alınmadan önce satımı yasağı olmazsa bir malın fiyatı hiç yer değiştirmeden hatta henüz üretilmeden yükselebilir. Bazı aracılar malı hiç görmeden ve teslim almadan kağıt üzerinde kazanç elde etmiş olurlar. Bu yasak uygulandığı takdirde ticari muamelelerin ağırlaştığı gözükse de bunun akabinde bir takım aracılar ortadan kalkacağı için malların fiyatı yükselmeyecektir.

İslam Hukukçularının konuyla ilgili kanaatlarına kısmen gayrı menkullerin teslim alınmadan önceki tasarrufu konusunda değinilmişti. Menkullerin kabz öncesi satımının yasaklığı noktasında her ne kadar fikir birliği olsa da bazı ayrıntılarda farklı yaklaşımlar sergilenmiştir.

Hanefilerin çoğu menkullerin teslim alınmadan satımını caiz görmezler. Bu satım ister satıcıya isterse başka birine olsun. Konuyla ilgili hadisler genel anlam ifade ettiği için kabz öncesi satışın satıcısına da olması caiz değildir. Şafiilerdeki genel kanaata göre de hadislerdeki anlam genel olduğundan ve kabz öncesi mebiddeki mülkiyetin zayıf olmasından ötürü satıcıya yapılan satış da yasak kapsamına dahildir. Mebinin satıcısına satılmasının da yasak kapsamına alınması belki de *bey'ul ine*³²¹ yi önlemek içindir³²². Çünkü peygamberimiz satın alınan malın kabzedilmedikçe satışını yasaklamıştır. Nehiy ise nehyedilen şeyin fâsit olmasını gerektirir. Ancak Hanefilere göre fâsit sözleşmelerde fesada yol açan özelliğin giderilmesiyle sözleşme geçerli hale getirilebileceği gibi, fâsit sözleşmeye işlerlik kazandırılması durumunda buna bazı hukuki sonuçlar da bağlanır³²³.

Teslim alınmamış malın satıcıdan başkasına hibe edilmesi, sadaka olarak verilmesi, borç verilmesi, rehin bırakılması durumunda cevaz vardır. İ. Muhammed'in görüşü bu olup, tercih edilen görüş de budur. Buna göre kaide şudur :

³²⁰ Buhari, *Buyû*, 61; Müslim, *Buyû*, 4 ; Ebu Davud, *Buyû*, 24,25 ; Tirmizi, *Buyû*, 17 ; Nesâi, *Buyû*, 27 ; Bâcî, *el-Münteka*, V, 41

³²¹ “*Bir muâvaza ve mübâdelede meşru miktarı müteceviz olan fazlalığa ribâ denildiği gibi “îyne” de denir.* Bilmen, VI, 104

³²² İbn Rüşd, *Bidayetü'l Müctehid*, II, 122

³²³ Dönmez, “*Garar*”, DİA, VIII, 366-371

Bir ıvaz (karşılık) sözleşme sebebiyle olur, malın teslim alınmadan önce telef olmasıyla sözleşme fesholursa bu malda tasarruf caiz değildir³²⁴ Ama malın telef olmasıyla sözleşme fesholmuyorsa bu malda kabzdan önce tasarruf caizdir.

Menkul bir malın kabzedilmeden önce satıcısına hibe edilmesi ve bu hibenin satıcı tarafından onaylanmasıyla işlem caiz olur. Ancak satıcısına satılması emrin genel olması dolayısıyla caiz olmaz³²⁵. Buradaki hibe bir anlamda ikaledir.

Ölçme, tartma, sayma şartı ile satın alınan malların tekrar aynı işleme tabi tutulmadan satılması caiz olmaz. Buradaki tasarruf “*satın alma*” ile kayıtlanmış olmaktadır. Çünkü hibe, miras ve vasiyyet gibi yollarla sahip olunan mallardan bu işlemleri yapmadan tasarrufta bulunmak sahih olur.

Satıcı ölçme, tartma ve sayma işlemlerini alıcının huzurunda yaparsa, alıcının tasarrufta bulunması için tekrar aynı işlemleri yapması gerekmez. Satıcı daha önce söz konusu işlemleri yapıp sonra alıcıya teslim etse bu durum sahih olmaz. Çünkü tartma teslimin bir parçasıdır. Bu konudaki kaide şudur : Uzunluk ölçüsü ile ölçülerek satılan mallarda ölçme temel vasıftır. Fakat ölçekle satılan mallarda esas olan miktardır. Dolayısıyla eksigi ve fazlalığı alıcıya ait olur.

Götürü usulü satılan mallarda tahmin edilenden çıkabilecek fazlalık alıcıya aittir. Teâtî³²⁶ usulü tartılarak yapılan satışlarda alıcının ayrıca malı tartmasına gerek yoktur. İlk tartıdan sonra malı kabzetmekle satış tamamlanmış olur³²⁷.

Alıcının malı teslim almadan önce veya satıcının izni olmadan yaptığı her hangi bir tasarrufu satıcının iptal etmesi gerekir. Çünkü henüz bedeli ödenmeden ve izin alınmadan malın kabzedilmesi doğru değildir. Bu durumda satıcı malı geri alıp bedeli ödeninceye kadar hapsedebilir. Bütün bu işlemler satım sözleşmesi için söz konusudur. Satım kaydıyla, icare akdi dışlanmaktadır. Bir gayri menkulün bile teslim alınmadan kiraya verilmesi caiz değildir. Ancak vefaen alınan bir gayri menkulün

³²⁴ İbn Âbidin, V, 149

³²⁵ Kudame, *el-Kâfi*, 26

³²⁶ *Tarafların rızalarıyla konuşmadan bedelleri teslim etmeleridir*. Bilmen, VI, 15

³²⁷ İbn Âbidin, V, 150

teslim alınmadan başkasına kiralanabileceği zikredilmişti. İcare sözleşmesinde sözleşme konusu menfaattir. Menfaatlerin telef olması ise her zaman mümkündür³²⁸.

İmam Muhammed'e göre hibe, sadaka, rehin ve borç gibi teslim almakla sözleşmenin tamam olduğu her yerde kabzdan önce tasarruf caizdir. Ancak kabza bağlı olmadan tamam olan tasarruflar bunun tersinedir. Satım sözleşmesi gibi. Satım sözleşmesinde mülkiyet sözleşmeyle intikal eder. Mülkiyetin intikali için kabz gerekli değildir³²⁹.

Şafîiler, teslim alınmadan satılan malla ilgili hadisleri menkul-gayrı menkul ayrımı yapmaksızın her şeye teşmil etmişlerdir³³⁰.

Ahmet b. Hanbel menkul malların satımıyla ilgili yasağı sadece gıda maddelerine münhasır kılmıştır³³¹. Bu gıda maddelerinin ferden veya nev'an tayin edilmesi sonucu değiştirmez. Ancak gıda maddelerinde ölçme, tartma ve sayma işlemleri gerekiyorsa teslim alınmadan satılamaz. Bu halde satımı caiz olmadığı gibi kiraya verilmesi, hibe edilmesi, rehin bırakılması ve havale edilmesi de geçerli olmaz³³². Ama mehir olarak verilmesi, hul'³³³ yapılması ve vasiyyet edilmesi caiz olur. Götürü usulü satın alınan şeyler teslim alınmadan satılabilir. Osman b. Affan, Said b. el-Müseyyeb, Evzâî, el Hakem, Hammâd ve İshak da bu görüştedir.

Malikîlere göre satın alınan mal menkul olsun gayrı menkul olsun alıcının teslim almadan önce her türlü tasarrufta bulunması caizdir. Ancak gıda maddelerinde caiz olmaz. Peygamberimiz, yasağı gıda maddelerine has kılmıştır³³⁴. Gıda maddeleri götürü usulle satın alınmışsa teslim alınmadan satışına cevaz vardır³³⁵. Evzâî de bu görüştedir. İbn Ömer'den rivayet edildiğine göre peygamberimiz buyurmuştur :”*Kim*

³²⁸ İbn Âbidin, V, 150

³²⁹ İbn Âbidin, V, 150

³³⁰ İbn Rüşd, II, 122 ; Malik b Enes, *Müdevvene el-Kübra*, III, 133

³³¹ Kudame, *el-Kâfi*, II, 26

³³² İbn Hümâm, VI, 512 ; Buhûtî, III, 241

³³³ Muhâlaa : *Kadının bir bedel karşılığında evlilik bağından kurtulmasıdır. Kadının verdiği şeye hul' denir.* Karaman, *Muk. İsl. Huk.* I, 311 ; Zuhaylî, IX, 379-380

³³⁴ İbn Hümâm, VI, 511

³³⁵ İbn Rüşd, II, 121 ; Malik b. Enes, III, 133

*bir gıda maddesi satın alırsa onu kabzetmeden satmasın*³³⁶. Gıda maddelerinin ölçme, tartma ve sayma işlemlerine tabi tutulmadan satılması yasağı noktasında şu illetler gözönünde bulundurulmuştur : Bu tür gıda maddelerinin satın alınıp teslim alınmasında işçilerin menfaati vardır. Teslim alınmayıp satıcının yanında bırakılması işçilerin menfaatini zedeler. Ayrıca bu yasak kulluk gereği uyulması gereken bir emirdir³³⁷.

Osman el-Bettî, söz konusu yasağın hiç bir şey hakkında olamayacağını ileri sürmüştür. Ancak bu görüş hadislere açıkça ters düştüğü için pek çok hukukçunun tenkidine uğramıştır³³⁸.

Konuyla ilgili hadisleri değerlendiren Şevkânî, yasağın kapsamını daraltan Ebu Ya'la'nın görüşünü eleştirerek, söz konusu yasağın mutlak anlamda gıda maddelerine ilişkin olduğunu, hatta ferden muayyen hale getirilmiş gıda maddelerinin de yasak kapsamında olduğunu bazı hadislerden açıkça anlaşıldığını ileri sürerek Ahmed b. Hanbel'in görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmiştir³³⁹.

Muâvaza (iki tarafa borç yükleyen) sözleşmelerinde ve kendisinde tevfiye hakkı (ölçme, tartma ve sayma) bulunan şeylerin teslim alınmadan satışı caiz değildir. Satın alan kişi onu satamaz ve tüketemez³⁴⁰. Çıkabilecek fazlalık başkasının malıdır ve hüküm olarak haramdır. Götürü usulü satın alınan maldaki fazlalık alıcıya ait olur.

Hibe ve sadaka gibi tek taraflı sözleşmelerde böyle bir tasarruf caizdir. Yine götürü usulü ve yığın halindeki satışlarda malın naklinden önce satımı, satıcı tahliye etmişse caizdir³⁴¹.

Ezvâî ve İshak'a göre götürü usulü satılan şeylerin görülmesi tahliye için yeterlidir³⁴².

³³⁶ İbn Hümâm, VI, 511

³³⁷ Cezîrî, II, 234

³³⁸ Kudame, Muğni, IV, 127

³³⁹ Aybakan, 94

³⁴⁰ Halebî, İbrahim, Mültekâ I, 207-208 ; Merginâni, III, 59-60

³⁴¹ İbn Şâs, II, 503-504 ; İbn Ferra, *Mesail'il-Fıkhiyye*, I, 326

³⁴² Şevkânî, II, 179-180

İbn Habib bu yasağı kendisinde tevfiye hakkı bulunan her şeye teşmil etmiştir³⁴³.

İcare akdinde de kabzdan önce menfaatin satımı caiz değildir. Menfaat menkul mal gibi değerlendirilmiştir³⁴⁴.

Bedelin henüz kabzedilmeden telef olması sözleşmeyi feshediyorsa o bedelde teslim almadan tasarrufta bulunmak caiz olmaz. Telef olması sözleşmeyi feshetmeyen bedelde teslim alınmadan tasarrufta bulunmak caizdir³⁴⁵.

Hadislerde yasaklanan satışın satıcıya mı yoksa bir başkasına mı yapılan satış olduğu açık değildir. İslam hukukçuları bu yasağın genel olduğu ve her iki satışa da şamil olduğu kanaatindedirler. Teslim alınmamış mebiin tekrar satıcısına satılmasının yasaklanması *bey'ul ine*'yi önlemek içindir.

Parça borçlarından farklı olarak cins borçlarında kabzdan önce tasarrufta bulunulmasına cevaz verilmesinin nedeni olarak parça borçlarında ifanın sadece söz konusu şeyle yapılabilmesi, onun telef olması durumunda ifa imkansızlığı ortaya çıkması, cins borçlarında ise böyle bir tehlikenin bulunmamasıdır³⁴⁶. Fukahanın, yasağın kapsamı hususundaki ihtilafları temelde mevzuya delil teşkil eden hadislerin lafızlarının delaletinden kaynaklanmaktadır³⁴⁷.

Teslim alınmayan malın satımının sosyo-ekonomik açıdan menfi yönlerini şöyle sıralamak mümkündür. İbn Abbas'a malı teslim almadan satışın niçin yasaklandığı sorulduğunda : “.....*Parayı para ile satıyorlar, yiyecek ise ortada yok*³⁴⁸” diye cevap vererek bu alış-verişteki faiz unsuruna dikkat çekmiştir. Şöyle ki ; bir kimse muayyen bir vade ile bir dinara erzak satın alır, sonra onu kabzetmeksizin ya malı elinde bulunduran ilk satıcıya ya da başka bir alıcıya iki dinara satar. Dolayısıyla bir dinar verip karşılığında iki dinar alan faizci konumuna düşer. Hatta bu durum ribadan ve tefecilikten daha tehlikeli bir durumdur. Çünkü :

³⁴³ İbn Şâs, II, 503-504

³⁴⁴ İbn Âbidin, V/147,

³⁴⁵ Kudame, *Muğni*, IV, 128

³⁴⁶ Aybakan, 96

³⁴⁷ Kallek, , 71

³⁴⁸ Buhari, *Buyû*, 54 ; Müslim, *Buyû*, 31 ; Ebu Davud, *Buyû*, 65

1. Bu tür muameleye açık kapı bırakılırsa depolanmış bir mal yerinden oynamadan elden ele, dilden dile dolaşarak sebepsiz yere fiyat artışına neden olur.

2. Bu muamele ile fazladan masraf yüklenmeyen aracı emeksiz kazanç sağlar ki, hadiste “...teslim alınmadan satılan malın kazancı da helal değildir” şeklindeki ifade ile bu yoldan sağlanan emeksiz kazançta işaret olsa gerektir.

3. Bu tür muamelelerin uygulanması durumunda sırf kendi çıkarını düşünen bir aracı sınıfı doğabilecektir.

4. Hadislerde işaret edildiği üzere genellikle götürü usulle gerçekleştirilen bu tür sözleşmeler neticesinde malın tamamının kalitesine vukuf sağlayan ölçü ve tartı gibi ameliyeye imkan kalmaması sebebiyle ilk alıcının aldığı şekliyle elden çıkardığı maldaki muhtemel bir kusurdan ikinci alıcının zarar görmesi muhtemeldir.

5. Bir kimsenin teslim almaksızın satın aldığı malı başkasına devredene kadar geçen süre zarfında mala arız olacak kalite düşüklüğüne veya telefine sebebiyet verecek afetler hukuki sorunlar ve toplumsal rahatsızlıklar doğurabilecektir.

6. Fazladan masraf yüklenmediği için satın aldığı malı kabzetmeksizin satıcının depolarında bekletme imkanına sahip olan aracı fiyatlar yükselinceye kadar karaborsacılık yapmaya meyledebilir.

7. Bu tür muamelelere tevessül eden aracılar ile kabzetmek suretiyle muamelede bulunanlar arasında maliyet unsurlarının farklılığı nedeniyle kâra yansıyacak olan bir haksız rekabet ortamı doğacağından bir çok tâcir daha kârlı görünen bu yola yönelebilecektir.³⁴⁹

c. Hisse Senetlerinde Kabz Öncesi Tasarruf

Hisse senetlerinin teslim tesellümü ve teslim alınmadan satışı konusuna geçmeden önce konunun bel kemiğini oluşturan “**hisse senedi**” ve “**borsa**” kavramlarına değinme gereğini duyuyoruz.

Borsa kavramından genel olarak “*alıcı ile satıcının veya onların vekillerinin emtia, menkul kıymet veya buna benzer misli emtia veya kıymetten sayılan diğer*

³⁴⁹ Kallek, 70-75

*şeyler üzerinde alım-satım yapmak amacı ile bir araya geldikleri belirli sürelerde, belirli yerlerde kurulan belirli kurallarla çalışan organize edilmiş merkezi pazarlar*³⁵⁰,” anlaşılmaktadır.

Borsa genel olarak faaliyet gördüğü iş konularına göre adlandırılmaktadır. Döviz borsası, ticaret borsası, altın borsası, menkul kıymetler borsası gibi. Konumuzu doğrudan ilgilendiren MKB olduğu için diğerleri üzerinde durulmayacaktır.

MKB ise menkul değerlerin alınıp satıldığı yerlerdir. Menkul kıymetler, ait oldukları anonim şirketlerden soyut olarak bir sermaye geçişine yol açtığı düşünülmeksizin bir mal gibi alınır satılır. MKB’ de alım satım konusu olan ve kendilerine menkul kıymetler denen hisse senetleri tahviller gibi değerli kağıtlardır. Bu değerli kağıtlar önceleri bizzat iktisadi değere sahip olmayıp, iktisadi değerleri temsil ettikleri halde, sonradan temsil ettiği değeri aşarak bizzat kendisi değer ifade eder hale gelmiştir.

Hisse senedi “*bir anonim şirketin sermayesinin birbirine eşit paylarından bir parçasını temsil eden ve kanuni şekil şartlarına uygun olarak düzenlenen hukukî kıymetli evrak hükmünde bir belgedir*”. Bir ticari işletmenin tümünün (arsası, binaları, fabrikası, makinaları, demirbaşı, parası, borç ve alacakları, diğer işletmelerdeki iştirak payları, ihtira ve patentleri dahil olmak üzere) bütün maddi ve manevi varlığının bir parçasını temsil eden bir mülkiyet senedir³⁵¹.

Menkul kıymetler borsasında işlem gören hisseler öncelikle kıymetli evrak konumuna tabi olup hukukî boyutu da bu düzlemde incelenmektedir. Ancak maddi ve dış görünüm itibarıyla “**senet**” yazılı bir kağıt olsa da eşya hukuku açısından menkul mal olarak değerlendirilmektedir³⁵².

Klasik fıkıh eserlerinde kıymetli evrak diye nitelenen bir nazariye geliştirilmemiştir. Ancak adı konmasa da benzer uygulamaların öteden beri

³⁵⁰ Karşlı Muharrem, *Borsalar, İslami Açından Borsa (Ensar İlmi Tartışmalar Dizisi -4)*, 16

³⁵¹ Erkal, Mehmet, *İSAM İlmihal*, 1,464

³⁵² Ünal, Oğuz Kürşat, *Menkul Kıymetler*, 66-67

müslümanlar arasında bulunduğunu iddia edenler olmuştur³⁵³. Günümüzdeki kıymetli evrakın şekil şartlarını taşımasa da bazı şahıslar arasında bu türden şeylerin tedavül ettiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca söz konusu eserlerde hisse senetlerinin alım satımına benzer bir sözleşme türünün bulunmayışı bu eserlerden bu açıdan faydalanmayı engellemektedir. Son dönemlerde yapılan çalışmalar genellikle ortak olunan şirketlerin yapısına atfen hissedarın korunamadığı ve dolayısıyla cevaz verilemeyeceğini belirtmektedirler³⁵⁴. Buna rağmen konuya zarûret açısından ve cüz'î çözümlerden bakılması gerektiğini ifade edenler olmuştur. Şöyle ki, İslam'ın bütün ilke ve kurumlarıyla işletilemediği zaman ve zeminlerde bu bakış açısı gereklidir. Cüz'î çözümden kastedilen meseleye İslam'ın genel kurallarını gözönüne almadan kendi bünyesi ve şartları içinde şeklen de olsa İslam'a uygun bir çözüme kavuşturmak³⁵⁵.

Hisse senetlerinin temsil ettikleri kurumlara ait ortaklık belgesi olduğu belirtilmişti. Bu ortaklığın hem kâr hem zarar ortaklığı olması münasebetiyle kâr teminatı yoktur. Özellikle anonim şirketlerin hukuki yapısı gereği küçük tasarruflular tamamen büyük ortakların insafına terkedilmiş durumdadırlar.

Hisse senetleri hukuki boyutta kıymetli evrak olmasına karşın menkul eşya gibi değerlendirilmiştir. Temsil ettikleri değer ister menkul ister gayri menkul olsun temsil ettiği kurumun değerini zaman zaman aştığı için başlı başına bir mal olarak telakki edilmektedir³⁵⁶.

Hisse senetlerinin alım satımının fikhen cevazı meselesine gelince son dönem fıkıhçıların genel kanaatleri şöyledir :

³⁵³ Ural, İbrahim, *Ortaçağ İslam Dünyasında Bankacılık Türü İşlemler ve Finansman Meseleleri ; İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri (İlmi Tartışmalar Dizisi III)*, 292 ; *Hisse Senetleri Borsası*, İslam Dergisi, 1990 Kasım, 87.sayı

³⁵⁴ Bayındır, Abdulaziz, *Türkiye 'de Borsacılık ve Şirket Yapısı*, (İslami Açıdan Borsa), 89-91

³⁵⁵ Karaman, Hayrettin, *Menkul Kıymetler Borsası*, İslam'ın Işığında Günümüz Meseleleri, III, 280

³⁵⁶ Şafak, Ali, *Menkul Kıymetle ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Değerlendirme*, İslam Dergisi, 1990 Kasım, Sayı 87

Ortak olunan şirket, kurum veya kuruluşun ürettiği mal ve hizmetin zatında veya yürütülen işlemlerde gayri meşruluk söz konusu ise bu helal olamaz. Örneğin şirket alkollü içki, uyuşturucu vb. haram bir mal üretiyor veya kumar, şans oyunu, fuhuş gibi gayri meşru hizmetler sunuyorsa bu hisse senedinin alınıp satılması caiz değildir.

Hissedarın ortak olduğu şirketin ürettiği mal, hizmet ve yürüttüğü işlem gayri meşru olmadıkça bu ortaklık meşrudur. Bu hisse senetleri alınıp satılabilir. Kârları da helaldir. Örneğin şirketin ürettiği mal beyaz eşya, mobilya vb. helal bir mal ise veya meşru hizmetler sunuyorsa bu ortaklıklar ve hissenin tedavülü caizdir³⁵⁷.

Hisse senetlerinin teslim alınması ve teslim alınmadan satılması meselesine gelince ; MKB ve aracı kurumlar aracılığıyla hisse senetlerinin alım satımı ve teslim tesellümü genel olarak takas merkezi diye bilinen kurumlar eliyle yapılmaktadır. Satılan menkul kıymetler takas merkezine teslim edilmekte ve bedelleri buradan alınmaktadır. Malî piyasalardaki mallarla malî borsalardaki değerlerin teslimi farklılık arz etmektedir. Örneğin malî piyasalara ait buğday borsasında satılan buğday fiilen teslim edilmekte ve tüketilmektedir. Fiziki teslim söz konusudur. Ancak malî borsalardaki değerler tüketime konu olmayıp sürekli dönüşüm yaşamaktadır.

Teslim tesellümün bir sonraki aşamasında satılan menkul değerler ortada gözükmeyip onun yerine makbuzlar devreye girmektedir. Makbuzların cirosu mümkünse elden ele dolaşır, mümkün değilse takas merkezine teslim edilir. Menkul değerlerin teslim tesellümünde bu makbuzlar kullanılır. Bu sistemin biraz daha gelişmiş şekli menkul kıymetlerin ve gerekse para hareketlerinin sadece hesaptan hesaba aktarma şeklinde yürütülmesidir³⁵⁸.

MKB’de işlem yapanlar genellikle aracı kurumlara vekalet vererek alım satım yaparlar. Her ne kadar kendileri hisse senetlerini fiilen teslim almasalar da vekilleri onların hesabına kaydetmektedir. İşlemler hesaptan hesaba yapıldığı için bizzat

³⁵⁷ Ural, *Hisse Senetleri Borsası*, İslam Dergisi, 1990, Kasım, 87.sayı ; Döndüren, *Hisse Senedi Satışı*, (aynı dergi) ; Karaman, *Menkul Kıymetler Borsası*, İslam’ın Işığında Günümüz Meseleleri, III, 279-282 ; Beşer, Faruk, *Fıkıh Penceresinden Sosyal Hayatımız*, I, 82-88

³⁵⁸ Karşı Muharrem, *Borsalar, İslami Açından Borsa (Ensar İlmi Tartış. Dizisi 4)*, 49, 54-55

senetlerin teslim alınmasına gerek de yoktur. Bu anlamda hisse senetlerinin teslim alınmadan satılabileceği anlaşılmaktadır.

d. Satıcının Satıp da Teslim Etmediği Maldaki Tasarrufu

Satıcının, satmış olduğu malda henüz alıcı tarafından teslim alınmadan tasarrufta bulunması alıcının onayına bağlıdır. Alıcı, teslim almadığı malının bir başkasına hibe edilmesi ve kiraya verilmesi yönünde irade beyanında bulunur ve satıcı bu isteği yerine getirirse yapılan işlem geçerlidir. Satın alan kişi de dolaylı olarak bu malı kabzetmiş olur.

Hatta satıcı malı âriyet olarak verse, rehin bıraksa veya hibe etse alıcı sonradan rıza beyanında bulunursa işlem geçerli olur. Alıcının izni olmadan malda yapılan tasarruftan sonra malın telef olması durumunda sözleşme fesholur ve alıcı adına bir ödeme de söz konusu olmaz.

Satıcı malı teslim etmeden önce başka birine satsa ve mal ikinci alıcının elinde telef olsa birinci alıcı dilerse akdi fesheder, dilerse bedelini ikinci alıcıya ödetir. İkinci alıcı bedelini satıcıya ödemişse ödediği miktarı geri alır³⁵⁹.

2. Kabz Sonrası Mebi Üzerindeki Tasarruflar

Satım akdiyle satılan malın mülkiyeti alıcıya geçip teslim almakla da mülkiyeti güçlendikten ve tamamlandıktan sonra alıcı mebi üzerinde fikhın cevaz verdiği her türlü tasarrufta bulunabilir.

³⁵⁹ İbn Âbidin, XI, 54-55 (trc : Mehmet Savaş)

B. MÜLKİYETİN İNTİKALİ SONRASI KABZ ÖNCESİ SATICININ SEMEN ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARI

Satım sözleşmesinde mebûin kabz öncesi satışıyla ilgili mezheplerin ve fukahadan bazılarının görüşlerini serdettikten sonra, semenin teslim alınmadan önce tasarrufu konusuna girebiliriz.

Kural olarak deyn niteliğindeki borçlarda kabzdan önce tasarrufta bulunmak caizdir. Semen de deyn kapsamında değerlendirildiğinden teslim alınmadan hukuki tasarrufta bulunulabilir. Ancak sarf ve selem sözleşmeleri bu kuraldan istisna edilmiştir³⁶⁰.

Semenlerde kabzdan önce tasarrufta bulunmak caizdir. Satıcı dilerse teslim almadığı semende hibe, vasiyyet, havale vs. işlemler yapabilir. Semen, gerek tayinle belirli hale gelmeyen nakit para, gerekse tayinle belirli hale gelen misli mal olsun³⁶¹. Semen deyn olup tayinle taayyün etmediği için telef olması ve risk (garar) unsuru söz konusu değildir³⁶². Semen in telef olmasıyla sözleşme fesholmaz³⁶³. Çünkü bir mala bedel olarak zimmette borç kalan şeyin adıdır semen. Altın, gümüş, madeni ve kağıt para bu nitelikte olduğu gibi standart malların da nitelikleri ve miktarı belirlenerek zimmet borcu yapılabilir³⁶⁴. Buğday, inşaat demiri ve çimento gibi³⁶⁵.

³⁶⁰ Kâsâni, V, 234 ; Aybakan, 96 (212 nolu dipnot) ; Bardakoğlu, “Bey” DİA, VI, 18

³⁶¹ İbn Hümâm, VI, 514 ; Ali Haydar, I, 406 ; Mevsilî, II, 8 ; Kaşıkçı, 254

³⁶² Merginâni, III, 60

³⁶³ İbn Kudame, el-Kâfi, II, 26

³⁶⁴ Merginâni, II, 8 ; Halebî, I, 207-208

³⁶⁵ Döndüren, Ticaret İlmihali, 154

Satım sözleşmesinde satış bedeli, hibe, satış ve diğer mülkiyet sebeplerinden herhangi biriyle de olsa teslim alınmadan tasarrufta bulunulabilir. Şayet bedel aynı maldan oluşuyorsa buna cevaz yoktur³⁶⁶.

Bir kimse vadeli ya da vadesiz sattığı maldan doğan alacaklarını henüz teslim almadan bu alacağa ait çek veya senetleri ciro etmek ya da hibe, vasiyyet ve havale gibi hukuki tasarrufta bulunabilir³⁶⁷. Bu alacak mehir, kira veya tazminat alacağı da olabilir. Delil ise şudur : Abdullah b. Ömer şöyle diyor ; “*Ey Allahın Rasülü ! Biz el-Bakide deve satıyor dirhem (gümüş para) yerine dinar (altın para) dinar yerine de dirhem alıyoruz*”. Peygamberimiz cevaben şöyle buyurmuşlardır : “*Değişim, günün câri fiyatlarıyla oluyorsa sakınca yoktur*”³⁶⁸.

Bu hadis, alış-veriş sırasında belirlenen satış bedelinin taraflar sözleşme meclisinden ve birbirinden ayrılincaya kadar başka bir cins paraya çevrilebileceğine delildir. Tarafların karşılıklı rızaları olunca sakınca yoktur.

Hadislerde yasaklanan kabz öncesi satış zimmet borcuyla (deyn) ilgili olmayıp malla (ayn) alakalı olan bir yasaklamadır. Kabz öncesi her türlü borçta tasarrufta bulunulabilir. Deyn borçlarında kabz öncesi tasarrufta bulunulmasına cevaz verilmesinin sebebi bu tür borçlarda telef olma halinde borcun ifasının tehlike arz etmemesidir. Satılan bir malın bizzat kendisinin kabza ihtiyacı vardır. Zimmet borcu ise belirlenemediğinden hükmi mal olup onun kabzı bedelini kabzetmekle gerçekleşir.

Sarf ve selem sözleşmelerinde semende kabz öncesi tasarrufta bulunmak caiz değildir³⁶⁹. Özellikle selem alacağı Malikî, Şâfiî ve Hanefî mezheplerinde tamamen mebi gibi algılanmış ve mebîe ait hükümlere tabi tutulmuştur.³⁷⁰ Hanbelîler selem alacağının gıda maddeleri olup olmamasına bakılmaksızın kabzdan önce borçluya veya bir başkasına satımını fâsit saymışlardır. Selem sözleşmesine konu olan mal

³⁶⁶ İbn Âbidin, V, 151 ; İbn Hümâm, VI, 512

³⁶⁷ Bilmen, VI, 43-44 ; İbn Âbidin, V, 151 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 154

³⁶⁸ Ebu Davud, Buyû, 14 ; Nesei, Buyû, 50-52 ; Kâsâni, V, 234

³⁶⁹ Kâsâni, V, 234

³⁷⁰ Kâsâni, V, 234

mebî hükmünde sayılmıştır. Sarf akdinde ise bedellerden her biri bir açıdan semen bir açıdan mebîdir. Semen kabul edilirse tasarruf geçerli, mebî addedilirse geçerli değildir³⁷¹.

Selem sözleşmesine gelince ; peygamberimiz “yanında olmayan şeylerin satımını yasaklamıştır. Ancak selemi istisna etmiştir”³⁷².

İmam Şafii’ye göre semen aynî bir maldan oluşuyorsa kabz öncesi tasarruf caiz değildir. Çünkü mebî ve semen aynı anlamı ifade eden müteradif kavramlardır³⁷³. Semen ayn olmayıp deyn olması durumunda peygamberimizin kabz öncesi satış yasağına binaen yine de caiz olmaz. Hadisteki yasak ayn ve deyn ayırımı yapmaksızın her ikisini de kapsamaktadır³⁷⁴.

Alıcı, gayri menkulü teslim almadan bedelini satıcıya vermişse veya satıcının onayını aldığı takdirde başkasına satabilir. Aynı zamanda iâre, hibe ve rehin gibi tasarruflarda da bulunabilir. Ancak bedelini ödediği gayri menkulü satıcısına satamaz. Hibe etmesi durumunda satış akdi bozulur, ikale gerçekleşir. Bedeli ödenmiş gayri menkulü ne satıcıya ne de başkasına kiraya veremez. Çünkü icarede sözleşme konusu menfaattir.

Alıcı semeni satıcıya vermediği halde onayını almışsa, mebî kabzetmeden rehin, hibe, karz ve tasadduk gibi işlemler yapabilir. Mezheplerin bu konudaki yaygın kanaatları böyledir :

Zâhirîler bu konuda çok lafzî bir yorumla yasağı sadece gıda maddelerinden “buğday” a hasretmişlerdir. Bir kimse herhangi bir şekilde sahip olduğu buğdayı teslim almadıkça satamaz. Buğday dışındaki her şeyi kabzetmeden dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.³⁷⁵

³⁷¹ Kâsâni, V, 235

³⁷² Kâsâni, V, 235 ; İbn Hümâm, V, 269 ; İbn Âbidin, V, 52 ; Döndüren, *Ticaret İlmihali*, 155

³⁷³ Bilmen, VI, 41-43 ; Kâsâni, V, 234

³⁷⁴ Kâsâni, V, 235

³⁷⁵ Bilmen, VI, 44

C. MÜLKİYETİN İNTİKALİ SONRASI TESLİM ÖNCESİ MEBÎ VE SEMENDEKİ DEĞİŞİKLİKLER

1. Mebîde Meydana Gelen Eksilme

Henüz alıcıya teslim edilmeden önce mebîde meydana gelebilecek eksilme değişik şekillerde tezahür edebilir. Eksilme mebiin ya değerinde ya da bizzat bünyesinde olabilir.

Mebîin değerindeki azalma ve eksilme mebiin kusurlu sayılıp tekrar iade veya tazmin edilmesini gerektirmez. Ancak bir yerden diğer bir yere nakletmeden dolayı fiyat farkı oluşacaksa bu farkın tazmini gerekir³⁷⁶. Çünkü bir malın değeri satıldığı mekana ve zamana göre farklılık arz edebilir.

Mebîin bünyesinde meydana gelen eksilmeye gelince, değerini etkilemeyecek kadar az olursa bu durum mebiin iade edilmesinde etkili bir unsur değildir. Bu kusur hiç yokmuş gibi kabul edilir. Mesela satın alınıp teslim alınmamış bir hayvanın biraz zayıflaması gibi.

Mebîin değerini etkileyecek eksilmeye gelince, fukaha bu konuda üç farklı yaklaşım sergilemiştir. Ebu Hanîfe ve Şafii'ye göre eğer meydana gelen kusurdan dolayı satıcı malını geri almazsa, alıcı ancak kusurun değeri miktarınca indirim talebinde bulunabilir. Sufyan-ı Sevrî ise maldaki kusurla birlikte alıcının malı satıcıya iade etmesi gerektiğini söyler. İmam Mâlik'e göre alıcı muhayyerdir. Dilerse malı kusuruyla kabul eder ancak kusur oranında malda indirim yaptırır. Dilerse malı aynen iade eder.

Malda meydana gelen kusurdan dolayı iade noktasında satıcıyla alıcı arasında anlaşmazlık çıkarsa İmam Mâlik yetkiyi alıcıya tanımıştır. Çünkü satıcı malındaki

³⁷⁶ Bağdâdi, *Mecmau 'd-Damânât*, 133 ; Kudame, *Muğni*, V, 260-261

kusuru bilmemekle ayrıca kusur işlemiş ya da kusuru bildiği halde alıcıya bildirmeyip alıcıyı aldatmak istemiştir.

2. Mebîde Meydana Gelen Artma

Meydana gelebilecek artış ya mebîden ayrı olarak ya da mebîe bitişik olarak şu şekillerde olabilir. Satılan şeyde doğurma, gelir getirme, diyet alma, süt verme, yün verme, meyve verme vb. yollarla meydana gelen artmadır. Satılmış bir hayvanın teslim alınmadan önce doğurduğu yavru, hayvanın semizleşmesi, teslim alınmamış bir bahçede yetişen meyve ve sebze gibi. Teslim alınmadan önce meydana gelen bu artışlar alıcıya aittir, satıcı hiç bir talepte bulunamaz. Çünkü alıcı teslim almamış da olsa mülkiyetine geçmiştir³⁷⁷.

Mecelle'nin konuya yaklaşımı şöyledir : Sözleşme sonrası ve teslimden önce mebidde meydana gelen artış alıcıya ait olur³⁷⁸. Malın teslim alınmasından sonra meydana gelen artışlar mala dahildir. Bunun için ayrıca ek bir ödemeye gerek yoktur. Çünkü mülkiyet sözleşmeyle alıcıya intikal etmiştir³⁷⁹.

Hayvanın satıldıktan sonra doğurduğu yavru gibi ana maldan ayrı olan artışlar hakkında fukaha ihtilaf etmiştir. İmam Şafii "*Harac damânladır, (nimet külfete göredir) hadisi, genel anlam taşıdığı içindir ki, artış alıcıya aittir!*" der. İmam Mâlik meydana gelen artışlarda hayvan yavrusunu istisna ederek alıcının ya ana malı alıkoyabileceğini ya da meydana gelen artışla birlikte iade edilmesi gerektiğini söyler. Ebu Hanîfe'ye göre satılan maldan elde edilen gelir ve kazançtan başka, artışların hepsi ana malın iade edilmesine engel olup alıcı malda bulunan kusurun kıymetini talep edebilir. Çünkü satılan maldan doğabilecek her şey satış akdine dahil olduğu halde satılan malla birlikte geri verilmesi mümkün değildir. Elbisenin boyanıp süslenmesi, hayvanın semizleşmesi gibi maldan ayrılamayan ve malın bünyesine dahil olan artışlar konusunda alıcı muhayyerdir. Dilerse malı iade eder. Dilerse artışların kıymeti oranında satıcıya ortak olur.

³⁷⁷ Fetevâ-i Hindiyeye, V, 480 ; Kaşıkçı, 258

³⁷⁸ Mecelle, md. 236

³⁷⁹ Ali Haydar, I, 378

Alıcının mebîi teslim almadan önce meydana gelen fazlalık satıcı tarafından telef edilirse asıl malın sözleşme yapıldığı günkü kıymetinden telef edilen kısmın hissesi düşürülür. Örneğin belli bir fiyata satın alınan ineğin sütünün bir kısmı alıcı henüz teslim almadan önce satıcı tarafında telef edilirse ineğin bedelinden telef edilen kısmın miktarı düşülür. Ebu Hanîfeye göre bu durumda alıcıya muhayyerlik hakkı yoktur. İmameyn'e göre ise alıcı için muhayyerlik hakkı vardır. Dilerse alıcı sözleşmeyi fesheder, dilerse telef oranı düşülen malı teslim alır. Mebûde oluşabilecek fazlalıklar üçüncü şahsın tasarrufuyla telef olursa tazmin ettirilir³⁸⁰.

3. Akit Sonrası Kabz Öncesi Mebî ve Semenın Artırılması

Satıcı, gerek kabz öncesi gerekse kabz sonrası satış meclisinde veya başka bir yerde mebîin mevcut olması şartıyla miktarını kendi cinsinden ya da başka bir cinsten artırabilir. Söz konusu işlemi alıcı da semen (bedel) açısından yapabilir³⁸¹. Yapılan artırma işlemi karşı taraf sözleşme meclisinde kabul ederse yapılan ikinci sözleşme geçerlidir. Mecelle'nin 176.maddesi bu konuya ışık tutmaktadır. Böylece yapılan artırma malın aslına katılmış olur³⁸². Mülkiyet de bu şekilde intikal eder. Öncelikle mebîin tasarrufa elverişli olması gerekir. Aksi taktirde mebîin telef olması durumunda semenin artırılması caiz olmaz. Ancak semende indirim yapmak caiz olur³⁸³. Alıcı semeni artırdıktan sonra pişmanlık duyup sözünden cayarsa, sözünü yerine getirmeye zorlanır. Sarf sözleşmesi bu tür işlemlerden istisna edilmiştir³⁸⁴.

Mebîin başkasına satılması veya hükmen telef olması durumunda semende yapılan artış geçersizdir. Mevcut bir malın semeni üçüncü şahıs veya alıcının vefatından sonra varisi tarafından artırılırsa satıcının onayına bağlı olarak işlem geçerli olur³⁸⁵.

Alıcının satın aldığı şeyi kiraya vermesi, rehin bırakması, arazi ise ürün ekip hasat etmesi vs. durumlardaki meydana gelen fazlalık alıcı lehine geçerli olur. Ancak

³⁸⁰ Fetevâ-i Hindiyeye, V, 480

³⁸¹ İbn Hümâm, VI, 519 ; Merginâni, III, 60 ; Kaşıkçı, 254

³⁸² Bilmen, VI, 45 ; İbn Âbidin, V, 19

³⁸³ Merginâni, II, 8

³⁸⁴ İbn Âbidin, V, 20

³⁸⁵ Bilmen, VI, 46

satılan şeyin asli hüviyetini kaybedip başka bir şekle girmesinden sonra bedelinin artırılması caiz değildir. Koyunun kesilip kebab yapılması, unun satılıp ekmek yapılması gibi. Ancak içki satıldıktan sonra sirkeye dönüşürse bedelinden yapılan artış geçerlidir.

Alıcının bedeli artırmasının uygun olduğu her yerde üçüncü şahsın (izne bağlı olarak) artırması da uygundur. Artırılan şeydeki meydana gelebilecek kusur malla birlikte iade edilir³⁸⁶.

Sözleşme yapıldıktan sonra satıcı mebî mevcut olsun veya olmasın semenin bir kısmını indirebilir. Semeni henüz kabzetmemişse yaptığı indirimi talep edemez. Semeni teslim almışsa yaptığı indirim miktarını iade eder. Satıcının bu durumdaki yaptığı indirim alıcının kabulüne bağlı değildir.

4. Akit Sonrası Kabz Öncesi Mebî ve Semen Eksiltilmesi

Sözleşme yapıldıktan sonra satıcının malın bir miktarında, alıcının da semenin bir miktarında indirim yapması geçerlidir. Asıl sözleşme bu işlemler üzerine yapılmış olur³⁸⁷.

Satıcı, henüz mebî teslim almadan bedelin bir kısmını alıcıya bağışlayabilir veya bedelin bir kısmını ibrâ edebilir. Alıcının mebî teslim aldıktan sonra da satıcının yapacağı indirim geçerlidir. Ancak satıcının bedeli tahsil ettikten sonra bedelin bir kısmını ibrâ etmesi geçerli olmaz.

Bedeli teslim almadan önce satıcının bedelin tamamını indirmesi veya bağışlaması sahihtir. Bedeli aldıktan sonra da bir miktarını hibe etmesi veya bağışlaması sahih olur. Ancak ibrâ etmesi sahih olmaz³⁸⁸. Deyn türü borçlarda borcun indirimi geçerli iken aynî borçlarda geçerli olmaz³⁸⁹.

³⁸⁶ Fetevâ-i Hindiyîye, V, 481-482

³⁸⁷ Merginâni, III, 59-60 ; Halebî, I, 207-208

³⁸⁸ Fetevâ-i Hindiyîye, V, 482

³⁸⁹ Bilmen, VI, 46

IV.BÖLÜM
MÜLKİYETİN İNTİKALİNDEN SONRA
MEBİİN TAZMİN SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

İslam hukukunun genel sözleşme nazariyesine göre sözleşme konusu malın (mahall-i akd) mülkiyeti, sözleşmeyle karşı tarafa geçer. Mülkiyetin intikalinden sonra sözleşme konusu şeyde meydana gelebilecek hasar fıkıh kitaplarında farklı tasniflere tabi tutularak incelenmiştir. Fıkıh kitaplarında “*akdin muhtelif nevileri*”, çağdaş hukuktaki ifadeyle “*borçlar özel*” bölümünde sözleşmeler değişik açıdan sınıflandırılmıştır. Bu tasniflerden biri de sözleşmeleri **damân** ve **emanet** sözleşmeleri olarak ikiye ayırmaktır.

Sözleşmeleri “*damân*” açısından tasnife tabi tutan İslam hukukçuları satım sözleşmesini damân sözleşmeleri kapsamında mütalaa etmişlerdir. Aslında damân sözleşmelerinde esas gaye kazanç ve mülkiyettir. Ancak sözleşme konusu şeyi elinde bulunduran taraf herhangi bir telef veya hasarın vukûu durumunda kusuru ve kastı bulunmasa da hasara katlanma ve zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Mesela satılan malın kabz öncesi satıcının, kabz sonrası alıcının sorumluluğunda olması, mal satıcının elinde telef olmuşsa satıcının onu tazminle, alıcının elinde telef olmuşsa alıcının buna katlanmakla yükümlü olması gerekir³⁹⁰. Mecelle’ye göre kabz sözleşmenin kurulması ve sonuç ifade etmesi için şart olmamakla birlikte mebîden faydalanma ve hasar sorumluluğu açısından önem taşımaktadır. Roma hukuku da

³⁹⁰ Aktan, Hamza, “*Damân*”, DİA, VIII, 451

teslim alınmamış malda meydana gelebilecek hasarı satıcı lehine halletmekte, zararı alıcıya yüklemektedir³⁹¹.

Konu içerisinde tazminat kavramını sıkça kullanacağımız için bu kavramdan ne kastedildiğinin belirlenmesini faydalı buluyoruz.

Çağdaş hukukçular tazminatı, “*verilen zararın karşılanması ve giderilmesi (telafisi) için zarar görene verilmesi gereken şeyi veya miktarı ifade eder*”³⁹² şeklinde tanımlarlar. Fukahadan bazıları da tazminatı “*telef olan şeyin mislini veya kıymetini ödemek*”³⁹³ şeklinde tanımlamaktadır. Tanım Mecelle’nin 416. maddesinde de aynen geçmektedir.

Gerek İslam hukuku eserlerinde ve gerekse çağdaş hukuk kitaplarında tazminatla ilgili verilen bir çok tanımın kesiştiği ortak nokta şudur : Tazminatta mutlaka zararın giderilmesi, zarar görenin maruz kaldığı eksilmenin telafisi ve kişinin mal varlığının zarar meydana gelmeden önceki durumuna gelmesi amaçlanır³⁹⁴.

Tazminatın insanların mallarına yönelecek haksız fiillere karşı bir caydırıcılığı vardır. İslam hukukunda her zararın kendine mahsus adilâne bir tarzda tazmin edilmesi önemli bir unsurdur. Tazminatın uygulanmayıp zarar verene karşı bir zararla mukabelede bulunmak geçerli bir yol değildir. İslam hukuku açısından da bu yol kabul edilmemiş olup “*zarar ve bilmukabele zarar yoktur*”, “*Bir zarar kendi misliyle izale olunamaz*”, “*Zarar-ı âmî def için zarar-ı has ihtiyar olunur*”, “*Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur*”, “*zarar bikaderi’l imkan def olunur*”, “*zarar kadim olmaz*” şeklinde ifade edilen genel kurallar geliştirilmiştir³⁹⁵. Geliştirilmiş bu kurallar gereğince uğranılan zarar giderilmeye çalışılır³⁹⁶.

İslam hukukçuları tazmin konusu malın kıymetini tespitinde neyin esas alınması gerektiği noktasında görüş birliği sağlayamamışlardır.

³⁹¹ Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, 36

³⁹² Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 581

³⁹³ Feyzi Feyzullah, *Nazariyyetü ’d-Damân fi ’l-Fıkhî ’l-İslamî*, 160

³⁹⁴ Feyzi Feyzullah, 160

³⁹⁵ Mecelle, md 25, 26, 27, 31, 7, 19.

³⁹⁶ Özdirek, Recep, *İslam Hukukunda İşçinin Tazmin Borcu ve Sınırları*, 78-80 ; Atar, 68

Ebu Yusuf'a göre telef olan malın telef zamanındaki değeri dikkate alınmalıdır. İmam Muhammed ve Malik de bu kanaatı paylaşmaktadır³⁹⁷.

Ebu Hanîfeye göre meselenin yargıya intikal edip hükme bağlandığı günkü değeri esas alınmalıdır³⁹⁸.

İmam Şâfiî'ye göre tazminatın miktarı hesaplanırken gasb veya telef edilen malın kabzedildiği sürenin başlangıcından, yargıda tazminata hükmedildiği zamanın başına kadar ulaştığı en yüksek meblağın esas alınması gerekir³⁹⁹.

Zarar verenin, zararına sebep olduğu malın mislini ödeme imkanı varsa mislini öder, yoksa kıymetini tazmin eder.

Sözleşme konusu şeyde meydana gelebilecek kusur kaynağı itibariyle farklılık arzedebilir. Bu durumun tabii sonucu olarak da sözleşmeye farklı hükümler uygulanmaktadır.

B. MEBÛN KABZ ÖNCESİ TAMAMEN TELEF OLMASI

Mecelle konuyla ilgili şu maddeyi sevketmiştir : Mebû, kabzdan önce satıcının elinde telef olursa alıcı hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı satıcıya ait olur⁴⁰⁰.

Mecelle'nin bu yaklaşımıyla kabzdan önceki hasarın, kusurun satıcıya ait olduğu açıkça belirtilerek bu konuda satılan malın teslimi ilkesinin esas alındığı belirtilmiştir.

Mecelle, Hanefî fıkıh mezhebini esas aldığı için konuyla ilgili çözüm tarzı Hanefî mezhebinin görüşünü yansıtmaktadır⁴⁰¹. Şafîiler de aynı görüşü paylaşmaktadırlar.

Mebû alıcı tarafından kabzedilmeden satıcının sorumluluğu altındadır⁴⁰².

Mebûn kabzdan önce tamamen telef olması değişik şekillerde olabilir:

³⁹⁷ Hattab, *Mevahibü'l-Celîl*, VII, 557

³⁹⁸ Kâsânî, V, 239

³⁹⁹ Ramlî, *Nihâyetü'l-Muhtac*, V, 143 ; Özdirek, 84

⁴⁰⁰ Mecelle, md. 250 .

⁴⁰¹ Kâsânî, V, 238-240 ; Aybağan, 56

⁴⁰² Şirbinî, II, 65 ; Buhûti, III, 242

1. Mebîin Satıcının Fiili, Tabîî Âfetle ya da Mebîden Kaynaklanan Bir Sebeple Telef Olması :

Satıcının satmış olduğu elbiseyi yakması veya satım sözleşmesi tamamlanıp teslim teslim olmadan satılan malın tabîî bir afetle (yıldırım düşmesi veya depremle bir evin harap olması) telef olması ya da mebîin kendisinden kaynaklanan bir sebeple hasar meydana gelmesi (bir hayvanın çukura düşüp sakatlanması veya ölmesi) durumunda sözleşme konusu şeyin hakikaten veya hükmen teslimine güç yetirilemeyeceği için sözleşme fesholunur⁴⁰³. Meydana gelen hasar hiç kimseye tazmin ettirilemez. Ebu Hanîfe, Şâfiî ve Mâlik bu görüştedir⁴⁰⁴. Şayet meydana gelebilecek zararın alıcıya ait olacağına dair taraflar arasında bir anlaşma olsa bile zarar ve sorumluluk satıcıya ait olur⁴⁰⁵. Alıcı daha önce bedeli ödemişse geri alır.

Ahmed b. Hanbel'e göre bu durumda sözleşme fesholunmaz. Mebî mislî bir maldan oluşuyorsa satıcı mebîin mislini, kıyemî bir maldan oluşuyorsa kıymetini ödemesi gerekir.

Hanefilere göre kabzdan önce telef olan bütün mallar satıcının sorumluluğu altındadır. Ancak akar (gayri menkul) bu kuraldan istisna edilmiştir. Şafiiler de alıcının mebii teslim alıncaya kadar sorumluluğun satıcı da olduğu görüşündedir.

Malikîler konuya farklı bir açıdan yaklaşarak mebîin mekîlât, mevzûnât ve madûdâtтан olması durumunda sorumluluğu satıcıya yüklemektedirler.

Ahmed b. Hanbel, İbn Abbas'ın, kabz öncesi satış yasağıyla ilgili hadislerde geçen gıda maddesini diğer mallara da teşmil etmesine katılmaktadır. Mebî satıcının elinde olduğu için teslim görevi de ona aittir. Mebiin telef olmasında kusuru varsa da yoksa da sözleşme fesholunur⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Şirbinî, II, 66 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 74 ; Bardakoğlu, "Bey", DİA, VI,18 ; Kaşıkçı, 258

⁴⁰⁴ Bilmen, VI, 53-54 ; Süyûti, I, 74 ; Kürdî, I, 236 ; İbn Şâs, II, 505 ; Kudame, Muğni, V, 124 ; Kâsânî, V, 238 ; Zuhaylî, V, 274

⁴⁰⁵ İbn Hümâm, V, 513

⁴⁰⁶ Kudame, V, 123 ; Süyûti, I,74

Hırakî'ye göre mebî, mekîlât, mevzûnât ve madûdât cinsinden olup ister taayyün etmiş olsun, ister etmemiş olsun alıcı tarafından kabzedilmedikçe hasar ve sorumluluk satıcıya ait olur. İshaf da bu görüştedir⁴⁰⁷.

Mebî üzerinde hapis hakkı kullanılırken telef olmuşsa sorumluluk satıcıya aittir. Burada imkansızlıktan dolayı satıcının borcu sona erdiği gibi alıcının karşı edim olarak ödeme borcu da sona erer. Satıcı açısından mebîe ait hasar sorumluluğunda hapis öncesi ve sonrası arasında bir fark yoktur. Ancak Maliki mezhebinde hasar sorumluluğu da sözleşmeyle karşı tarafa geçtiği için hapis hakkına konu olan mebîin hasarı kabz ile alıcıya geçer⁴⁰⁸.

2. Mebîin Kabz Öncesi Alıcının Fiiliyle Telef Olması

Alıcının mebîi teslim almadan önce telef etmesi durumunda sözleşme fesholunmaz. Sözleşmenin bağlayıcılığı devam eder⁴⁰⁹. Kural olarak kabzdan önce mebîin, özellikle parça borcu konusunun alıcı tarafından telef edilmesi, alıcının mebîi hükmen kabzetmiş sayılmasını ve sorumluluğun ona ait olmasını gerektirir. Zarar alıcıya ait olup, bedelini tazmin etmesi gerekir⁴¹⁰. Şu kadar var ki sözleşme fâsit halde ise ve sözleşmede satıcı için muhayerlik hakkı bulunup, malın telef olması bu muhayerliğin ortadan kalkmasından önce vukubulmuş ise satıcı, alıcıya mebîin mislini ya da kıymetini tazmin ettirir⁴¹¹.

3. Mebîin Üçüncü Şahsın Fiiliyle Telef Olması

Bu durumda Şâfî'den nakledilen en sahih görüşe göre, sözleşme fesholunmaz. Çünkü mebîin takdiri olarak teslim imkanı vardır. Bu da kıymetinin teslim edilmesidir. Tazmin sorumluluğu telefe sebebiyet veren üçüncü şahsa aittir. Mebî mislî maldan oluşuyorsa mislini, kıyemî maldan oluşuyorsa kıymetini tazmin

⁴⁰⁷ Kudame, V, 123

⁴⁰⁸ Aybakan, "Hapis Hakkı" DİA, XVI, 66

⁴⁰⁹ Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 66 ; Bardakoğlu, "Bey" DİA, VI, 18

⁴¹⁰ Bilmen, VI, 53-54 ; Kürdî, I, 236 ; Kudame, V, 123 ; Süyûti, II, 505 ; Kâsâni, V, 246 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 71

⁴¹¹ Kudame, V, 123 ; Zuhaylî, V, 274

eder. Ancak alıcı sözleşmeyi feshederek ödediği semene rücû ve telef olan kısmın tazmini ile mebîi kabul etme hususunda muhayyerlik hakkına sahiptir⁴¹².

Ebu Hanîfe ve İmam Mâlik'e ait olan bir görüşe göre satım sözleşmesi fesholunur. Satıcı üçüncü şahsa zararı tazmin ettirir. Maliki mezhebinin tercihe şayan görüşü de bu yöndedir.

Sözleşme feshedildiği takdirde alıcı, ödemiş olduğu semeni satıcıdan geri alır. Satıcı ise zararı üçüncü şahsa tazmin ettirir. Şayet semenin kıymeti az ise alıcının semeni artırması helal olmaz. Semeninin kıymetinin fazlalığı da satıcıya helal olmaz. Bu durumlarda faiz tehlikesi göz önüne alınarak dikkatli davranılması gerekir⁴¹³.

İbn Kudame konuya farklı bir bakış açısı kazandırmaktadır. Mebî telef olduğu an hiç kimsenin elinde değilse sözleşme fesholunur. Çünkü telef olmaya hiç kimsenin etkisi olmamıştır. Sanki Allah'ın iradesi ile telef olmuştur. Bu husus da mebiin tabîi afetle telef olması kapsamında değerlendirilmelidir⁴¹⁴.

C. KABZ ÖNCESİ MEBÎİN KISMEN TELEF OLMASI

Mebîin kabz öncesi kısmen telef olmasına satıcı sebebiyet vermişse veya tabîi bir afetle olmuşsa ya da mebîden kaynaklanmışsa, telef olan miktar oranında sözleşme fesholunur⁴¹⁵ ve o miktar da bedelden pay düşülür. Alıcı dilerse kalan kısmın bedelini ödeyerek alır, dilerse sözleşmeyi tamamen fesheder⁴¹⁶. Alıcı kusurlu mala rıza gösterirse, mebiddeki kusurdan dolayı hiç bir şey talep edemez. Kısmî telef mebîin bünyesinde değil de değerinden eksilme tarzında olursa bu durum mebîe tâbi olan şeylerin telef olması gibi değerlendirilir. Sözleşme devam eder. Ancak alıcı ayıp muhayyerliğine sahip olur. Dilerse mebîi alır, dilerse reddeder⁴¹⁷.

⁴¹² Kâsâni, V, 238 ; Zuhaylî, V, 273 ; Kürdî, I, 237 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 74 ; Akgündüz/ Cin, II, 240 ; Kaşıkçı, 258

⁴¹³ Kürdî, I, 237 ; Bilmen, V, 54 ; Süyutî, I, 574 ; Kudame, V, 123

⁴¹⁴ Kudame, V, 123

⁴¹⁵ İbn Âbidin, IV, 566

⁴¹⁶ İbn Âbidin, IV, 566 ; Kaşıkçı, 258

⁴¹⁷ Kudame, V, 123 ; Kürdî, I, 237 ; Zuhaylî, V, 274

Mebîin kısmen telef olmasına alıcı sebebiyet vermişse sözleşmenin bağlayıcılığı devam eder ve sözleşmeyi fesih hakkı olmaz. Bedelini tazmin etmekle yükümlüdür. Çünkü hükmen mebii kabzetmiş sayılmaktadır. Bir anlamda kendi mülkiyetinde şeyi telef etmiş gibidir⁴¹⁸. Kusur mebîin kendisinden kaynaklanan bir sebeple vukubulmuşsa, bir hayvanın kuyuya düşüp ayaklarını kırması veya tabîi bir afetle telef olması ya da rüzgarın evin bir kısmını göçürmesi gibi durumlarda alıcı ayıp muhayyerliği kullanır⁴¹⁹.

Üçüncü şahsın etkisiyle vukubulan kısmî telefte, mebîden eksilen miktar ölçüsünde sözleşme fesholunur. Alıcı muhayyerdir⁴²⁰, muhayyerlik hakkını kullanarak dilerse akdi tamamen fesheder, dilerse kalan kısmı alıp bedeli öder.

Kısmî telef mebîin vasfıyla alakalı ise sözleşme geçerliliğini korur. Fakat alıcıya muhayyerlik hakkı tanınır⁴²¹.

D. KABZ SONRASI MEBÎİN KISMEN TELEF OLMASI

Mebîin alıcının etkisiyle, üçüncü şahsın fiiliyle, tabîi bir afetle veya mebîden kaynaklanan bir sebepten ötürü kısmen telef olması durumunda sözleşme fesholunmaz, bağlayıcılığı devam eder. Alıcı semeni satıcıya öder. Telefe üçüncü şahsın sebebiyet vermesin durumunda satıcı telef oranında tazmin ettirir. Bunun dışında başka birine ödetemez.

Satıcının fiiliyle telef olması durumunda şayet alıcı satıcının izni ile mebîi kabzetmiş ise veya izni olmadan kabzedip semeni ödemiş ise ya da semen vadeli ise sözleşme fesholmaz, bağlayıcılığını devam ettirir. Alıcı satıcıya semeni tazmin ettirir⁴²².

⁴¹⁸ Kudame, V, 123

⁴¹⁹ Kürdî, I, 238 ; Zuhaylî, V, 274

⁴²⁰ İbn Âbidin, IV, 566

⁴²¹ Kürdî, I, 237 ; İbn Âbidin, IV, 566

⁴²² Kürdî, I, 238

E. KABZ SONRASI MEBÎİN TAMAMEN TELEF OLMASI

Satıcının izni ile alıcı mebîi kabzedip ister semeni ödemiş olsun ister ödememiş olsun ya da satıcının izni olmadan mebîi kabzedip semeni ödemiş olsun, veya semen vadeli olup henüz alıcı tarafından ödenmemiş olsun mebiin tamamen telef olması durumunda satım sözleşmesi fesholunmaz⁴²³. Alıcı sözleşmeyi feshetme ve onaylama arasında muhayyerdir. Satıcının izni olmadan alıcı tarafından mebîi kabzedilip semeni ödenmemişse kabzın butlanından dolayı sözleşme fesholunur. Bu durum aynı kabzdan önce satıcının mebii telef etmesi gibidir. Meydana gelen zarar alıcıya ait olur. Ancak satıcının ya da üçüncü şahsın etkisiyle telef olan mebîin tazmin sorumluluğu mebii telef edene ait olur⁴²⁴.

Mebîin kabzdan sonra alıcının fiiliyle, mebîden kaynaklanan bir sebeple, tabîi bir afetle veya üçüncü şahsın fiiliyle telef olması durumunda sözleşme fesholunmaz, bağlayıcılığı devam eder, alıcı satıcıya semeni öder. Alıcı daha sonra telefe sebebiyet veren üçüncü şahsa dönerek ödediği miktarı tazmin ettirir. Fakat burada faiz tehlikesine düşmemek için kıymetini artırmaz⁴²⁵.

Ebu Hanîfe ve Şâfiî'ye göre mebi ağaçtaki bir meyve olup, satıcının tahliyesinden sonra telef vukubulmuşsa meydana gelen hasara alıcı katlanmak durumundadır.

İmam Mâlik'e göre telef olan kısım mebîin üçte birinden az ise sorumluluk alıcıya ait olur, üçte bir ya da daha fazla ise sorumluluk satıcıya ait olur.

Ahmed b. Hanbel'e göre ise mebî tabîi bir afetle telef olmuş ise sorumluluk satıcıya, yankesicilik, soygunculuk, hırsızlık vs gibi sebeplerle telef olmuşsa sorumluluk alıcıya ait olur⁴²⁶.

Alıcı, satıcının izni ile mebii teslim alıp bedelini ödemediği takdirde iflas etmiş olarak vefat etse mebî hapsedilir. Satıcı malı geri alamayıp alacaklılara dahil olur. İmam

⁴²³ Kâsâni, V, 239 ; Bardakoğlu, "Bey" DİA, VI, 18

⁴²⁴ Zuhaylî, V, 273 ; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 75

⁴²⁵ Kürdî, I, 237

⁴²⁶ Süyûti, I, 74 ; Bilmen, VI, 53-54 ; Kürdî, I, 237 ;

Şâfiî'ye göre, satıcı alacaklılar arasından mebiî almaya öncelikli hak sahibidir. Satıcı semeni teslim aldığı halde mebiî alıcıye teslim etmeden iflas etmiş olarak vefat etse, mebiî elinde emanet hükmünde olur, alıcı mebiî alabilir. Diğer alacaklılar buna müdahale edemezler.

İmam Şâfiî ve Ebu Süleyman'a göre satım sözleşmesi normal şartlarda tamam olduktan sonra mebiî satıcının elinde iken telef olursa meydana gelen zarara satıcı katlanmak durumundadır. Satılan her şey alıcı tarafından kabzedilinceye kadar satıcının sorumluluğu altındadır⁴²⁷. Satıcı ve alıcı malın telef olma zamanı konusunda ihtilafa düşerlerse öncelik yemin etme şartıyla alıcıya ait olur. Bunlardan hangisi güçlü delil getirirse onun görüşüne uyulur⁴²⁸.

F. SEMENİN TELEF OLMASI VE PİYASADAN KALKMASI

İslam hukukuna göre semen kavramının kapsamı paradan daha geniştir. Bundan dolayı bu kapsama dahil olan şeylerin telef olması da farklılık arzedebilir. Piyasadaki râyiç paraların telef olmasıyla semen kapsamında değerlendirilen misli malların telef olması hukukî açıdan farklı sonuçlar doğurur. İslam hukukçuları bu farklılığa binaen farklı yorumlar geliştirmişlerdir..

Mecelle'ye göre semene ilişkin hasar ve meydana gelen kusur hasara fiilen yakın tarafa yani borçluya aittir.

Semenin sözleşme meclisinde ve kabzdan önce telef olması durumunda sözleşme sıhhatini, geçerliliğini korur. Semen misli bir mal olması halinde teslim imkanını koruduğu için sözleşme fesholunmaz. Ancak mebiin kabzdan önce telef olması durumunda sözleşme fesholunur⁴²⁹.

Alıcının telef olan semenin mislini ödemesi gerekir. Şayet semen telef olup da aynın misli bulunamazsa, örneğin sözleşme esnasında piyasada bulunurken kabzdan

⁴²⁷ Bilmen, V, 54

⁴²⁸ Kâsâni, V, 238

⁴²⁹ İbn Âbidin, IV, 533 ; Kürdî, I, 239

önce tedavülden kalkarsa Ebu Hanîfe'ye göre sözleşme fesholunur. İmameyn'e göre kıymetinin ödenme durumu olduğu için sözleşme fesholunmaz. Fakat telef olan semenin kıymeti mislinden az ise alıcı sözleşmeyi feshetmek veya kıymetini almak arasında muhayyerdir⁴³⁰.

Semenin nakit para olup telef olması durumu sözleşmeye mutlak olarak etki etmez. Çünkü her türlü nakit para gayrı muayyendir. Dolayısıyla değerini tazmin imkanı vardır.

Yine semenin piyasadaki râyiç paralardan olup telef olması durumunda dinar ve dirhem gibi kâbil-i tayin olmadığı için sözleşmeye etkisi yoktur. Piyasadan kalkması durumunda çarşı ve pazarda misli bulunmayan mal muamelesine tabidir. Ebu Hanife'ye göre sözleşme fesholunur. İmameyn'e göre ise, satıcı sözleşmeyi feshetme veya kıymetini kabul etme arasında muhayyerdir⁴³¹.

Satım sözleşmesinde bedelin kıymetî bir maldan oluşup da telef olması veya para olup piyasadan kalkması Ebu Hanîfe'ye göre sözleşmeyi fesheder. Bu durumda alıcının satılan malı iade etmesi yoksa kıymetini ödemesi gerekir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre sözleşme fesholunmaz. Fakat satıcı muhayyerdir.

Alıcı piyasada tedavülde bulunan paralarla mal alıp parayı teslim etmeden önce para tedavülden kalkarsa Ebu Hanîfe'ye göre sözleşme fesholunur ve mebîn geri teslim edilmesi gerekir. Çünkü para tedavülden kalkmakla semen olma özelliğini yitirmiştir. Ebu Hanife sanki tedavülden kalkmayı telef olma gibi değerlendirmektedir.

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre bu durumda alıcı sözleşmeyi feshetmek ve paranın kıymetini almak arasında muhayyerdir⁴³². Çünkü para zimmette sabit olmuştur. Zimmette sabit olanın ise telef olması düşünülemez. Piyasadan kalkmak paranın kusuru olmadığı gibi telef olmak da paranın kusuru değildir, dolayısıyla satıcı lehine muhayyerlik doğar.

⁴³⁰ Zuhaylî, V, 243

⁴³¹ Kürdî, I, 237-238

⁴³² İbn Âbidin, IV, 533

Şayet paralar tedavülden kalkmayıp piyasa değeri (alım gücü) azalacak olursa ittifakla sözleşme fesholunmaz. Aynı şekilde bedelin kabz sonrasında telef olmasının sözleşmeyi etkilemeyeceği açıktır. Mebûe ait ucuzluk ve pahalılık semenin batıl olmasını gerektirmez. Diğer taraftan paranın ne zamanki değerinin itibara alınacağı tartışmalıdır. Ebu Yusuf'a göre paranın sözleşme anındaki değeri muteberdir⁴³³. Bu görüş ancak paranın değer kaybı olmadığı yerler için geçerli olabilir. Aksi takdirde daima satıcının zararına olacaktır. İmam Muhammed'e göre paranın tedavülden kalkma zamanındaki değeri muteberdir. Bu, insanların onlarla alış-verişi terk ettikleri son gündür. Teslimden aciz kalınan vakit de odur⁴³⁴.

G. MEBÛDE YENİ AYIP ORTAYA ÇIKMASI

1. Aybın Tanımı

Türk hukuk düzeninde ayıp kavramı genel hatlarıyla şöyle tanımlanmaktadır ;

Ayıp, "Bir malın satıcı tarafından vaadedilmiş ya da sözleşmeyle izlenen amaç gereği bulunması gerekir ve beklenir niteliklerden yoksun olması demektir".

Tanımdan anlaşıldığı üzere tarafların iradesine göre olması gerekenle olan arasında alıcı zararına kendini gösteren kalite farkıdır⁴³⁵.

Aybın varlığından söz edebilmek için sadece aybın varolması yetmez, aynı zamanda gizli olması da gerekir. BK. md. 197' ye göre alıcının satım zamanında bilmesi gereken apaçık, fark edilebilir bozukluktan satıcı sorumlu olmaz⁴³⁶.

2. Aybın Mevcut Olma Zamanı

Kanun gereği aybın, hasar sorumluluğunun alıcıya geçtiği anda, yani parça satımında (*ferden muayyen mal*) sözleşmenin oluşmasında, çeşit satımında (*nev'an*

⁴³³ İbn Âbidin, IV, 534

⁴³⁴ Zuhaylî, V, 246

⁴³⁵ Hatemi / Serozan / Arpacı, *Borçlar Huk. Özel Bölüm*, 90 ; Aral, 56

⁴³⁶ Hatemi / Serozan / Arpacı, 91

muayyen mal) ayırdetmeden ya da yollanmak üzere elden çıkarmadan önce mevcut olması gerekir⁴³⁷.

Alıcının ayıp hükümlerinden yararlanabilmesi için her şeyden önce satım sözleşmesini kurduğu sırada aybın varlığını bilmemesi şarttır. BK. md 362'ye göre, alıcının malın ayıplı olduğunu satım sözleşmesinin kurulmasından sonra öğrendiği halde aybı bile bile ayıplı malı devralmış olması halinde de ayıp hükümlerinden yararlanma fırsatını kaçıır⁴³⁸. Satıcı, alıcının sözleşmenin kurulduğu anda bildiği ayıplardan sorumlu değildir. Buradaki ayıp kavramı, hem vaadedilen hem de varsayılanın bulunmamasından doğan ayıpları kapsar⁴³⁹.

Satıcı sattığı malın mülkiyetini alıcıya geçirmesiyle görevini tam olarak yapmış sayılmaz. Sattığı malın kullanılabilir, kaliteli ve sözleşme ilkelerine de uygun olması gerekir. Yani satıcının zilyedliği ve mülkiyeti geçirme aslı edimine nitelikli mal verme yan edimi de eşlik eder. Her ne kadar satıcı maldaki kusuru bilmese de alıcıya karşı sorumlu olur⁴⁴⁰. Çağdaş hukukun konuya bakış açısı kısaca böyle olmakla birlikte İslam hukukçuları ve hukuk ekolleri konuya şu şekilde yaklaşmaktadırlar.

Ferden tayin edilen malın ayıplı çıkması durumunda mevcut aybın ne zaman meydana geldiğinin belirlenmesi gerekir. Şayet ayıp, kabzdan önce meydana gelmişse sorumluluk satıcıya aittir. Bu durumun sözleşmeden önce veya sonra ama teslimden önce meydana geldiğini tespit etmek bu sorumluluğu kural olarak etkilemez. Yalnız alıcının kullanacağı ayıp muhayyerliğinin dayandırılacağı hukuki esası belirleme bakımından bu tespitin önemi vardır. Ayıp sözleşmeden önce meydana gelmişse alıcının kullanacağı ayıp muhayyerliğinin **hata** ve **hile** esaslarına dayandığı ileri sürülür. Satım sözleşmesine konu olan malda malın kıymetini azaltacak ölçüde ve sözleşme öncesi döneme ait bir kusurun ortaya çıkması halinde ilgili tarafa

⁴³⁷ Hatemi / Serozan / Arpacı, 90 ; Aral, 60

⁴³⁸ Hatemi / Serozan / Arpacı, 97

⁴³⁹ Aral, 61

⁴⁴⁰ Hatemi / Serozan / Arpacı, 86

sözleşmeyi feshetme hakkı tanınır⁴⁴¹. Kusurlu malı elinde bulunduran dilerse malı iade ederek sözleşmeyi fesheder, dilerse kabul edip anlaşılan bedeli öder. Kusurlu malda yapılan tasarruf fesih hakkını düşürür⁴⁴². Fakat ayıp sözleşme kurulduktan sonra ama teslimden önce meydana gelmişse alıcının kullanacağı ayıp muhayyerliği dayanağını hasar sorumluluğunda bulur.

Ayıp kabzdan sonra meydana gelmişse bu durum, kural olarak borç ilişkisinin dışında bir olaydır. Dolayısıyla bu aybın yol açtığı zarar yeni sahibini ilgilendirir. Hatta bu aybın meydana gelmesine satıcı sebebiyet vermiş olsa bile bunun ifa edilen borçla bir ilgisi yoktur. Artık haksız fiil hükümleri uygulama alanına girer. Şunu da belirtmek gerekir ki, aybın teslimden sonra meydana gelmesi belirtilen şekilde bir sonuç doğurmasına rağmen sürekli borç ilişkilerinden kira sözleşmesinde kiralanana şeye teslimden sonra arız olan ayıp yararlanmayı ihlal edecek boyutlarda olduğu takdirde mevcut borç ilişkisi gereği kiracıya ayıp hükümlerinden yararlanma hakkını bahşetmektedir. Oysa kabzdan sonra mebride meydana gelen ayıp alıcıya bu hakkı vermez. Aralarındaki bu farkın nedeni icare sözleşmesinin sahip olduğu özelliğidir. Çünkü icare menfaatin satımıdır. Menfaat ise parça parça oluşur. Aşama aşama oluşan bu menfaatler sözleşme konusu edimin bütününe ait parçalardır. O halde kiralananda meydana gelen ayıp sözleşmeden sonra ama kabzdan önce meydana gelmiş olur⁴⁴³.

İmam Şâfiîye göre ; satıcının rızasına, hazır bulunmasına veya hakimnin hükmüne gerek kalmaksızın ister kabzdan önce ister kabzdan sonra olsun alıcı, kendisine ifa edilmiş olan şeyi ayıptan dolayı iade edebilir. Hanbelîler de Şâfiînin görüşüne katılmaktadır. Ebu Hanîfe ise kabzdan önce satıcının rızası olmasa da onun hazır bulunmasına, kabzdan sonra ise satıcının rızası veya hakimnin hükmüne gerek olduğunu savunmuştur⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Mecelle, md. 337

⁴⁴² Bardakoğlu, "Bey" DİA, VI, 18

⁴⁴³ Kâsânî, IV, 195-196 ; Aybakan, 52 (dipnot 15)

⁴⁴⁴ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 173-174 ; Aybakan, 53

SONUÇ

Araştırmamız boyunca verilen bilgilerle birlikte fazlaca değerlendirmeye gidilmemiştir. Malumatlar kaynaklardan olabildiğince yorumsuz aktarılmaya çalışılmıştır.

Bütün İslamî bilim dallarında olduğu gibi temel başvuru kaynağımız Kur'anı Kerim ve Hz. Peygamber (SAV)'in hadisleri olmuştur. Kur'anda konunun teknik boyutuyla ilgili fazlaca bilgiye rastlanılmamıştır. Konuyla ilgili hadislerde “**kabz**” kavramı yer aldığından bu kavram fıkıh kaynaklarında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Peygamberimizin yasağı fukaha tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Buradaki yasak genelde malın mevcut olmamasıyla değil tesliminin imkansız oluşuyla yorumlanmıştır. Yasağın kapsamı hususundaki ihtilafların temelinde konuya delil teşkil eden hadislerin lafızlarının delaleti yatmaktadır.

Fukahadan bazıları söz konusu yasağın kapsamını çok genişletmiş, bazıları ise daraltarak bir aşamada yasakla ilgili hadisler görmezden gelinmiştir. Buna rağmen fukahanın çoğunluğu konuya ışık tutan hadisleri ilmi ölçülerine göre değerlendirerek yasak konusunda daha mutedil bir tavır sergilemişlerdir.

Tartışmanın asıl yoğunlaştığı alan satım konusu malda (mebî) teslim alınmadan tasarrufta bulunup bulunulmayacağıdır. Hanefî fukahasından Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf yasağı menkul mallara ve gayri menkul olup, konum olarak menkul değerlendirilen mallara hasretmiştir. İmam Muhammed ve Şâfiîler lafzî bir yorumla yasağın bütün mallara şamil olduğunu belirtmişlerdir. Çünkü söz konusu hadisler umum anlam ifade etmekte olup ayırım yapmamaktadır. Malikîler bu noktada örfün esas alınması gerektiğini vurgulamışlardır. Hanbelîler bazı yerde Malikî bazı yerde Şâfiîlerin görüşünü benimsemişlerdir.

Kabz öncesi satışta karşı edim olan semende teslim alınmadan tasarrufta bulunulabilir. Çünkü semenin belirlenme özelliği olmadığından “**deyn borcu**” kapsamında değerlendirilir. Kural olarak da deyn borçlarında teslim öncesi tasarruf caizdir.

Hisse senetlerinin de bugünkü uygulamayla teslim alınmadan satışının caiz olabileceği anlaşılmaktadır. Hisse senetlerinin temsil ettiği kuruma göre alım-satımının cevazı değişmektedir. Mülkiyetin intikali sonrası teslim öncesi mebîde meydana gelebilecek hasara, mebî fiilen yakın olan tarafın katlanması gerektiği benimsenmiştir.

KAYNAKÇA

- Akgündüz Ahmet / Cin Halil**, *Türk-İslam Hukuk Tarihi II*, İst. 1990
- Akgündüz Ahmet**, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı*, Diyarbakır, 1986
- Aktan, Hamza**, “*Damân*”, DİA, VIII, 450-453
- Ali Haydar Efendi** (v.1355/1936), *Dürerü'l-Hukkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, İst. 1330
- Aral, Fahrettin**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1997
- Atar, Fahrettin**, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İst. 1990
- Aybakan, Bilal**, “*Hapis Hakkı*”, DİA, XVI, 65-67
- İslam Hukukunda Borçların İfası*, İst 1998
- Aydın, Mehmet Akif**, “*Borç*”, DİA, VI, 285-291
- “*Deyn*”, DİA, IX, 266-268
- İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İst. 1996
- Bâcî, Ebu'l Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tucîbî** (v.474/1081), *el-Münteka*, I-VII, Mısır 1913
- Bağdâdî, Ğanîm İbn Muhammed**, *Mecmau'd-Damânât*, 1.b, Kahire 1304
- Bardakoğlu, Ali**, “*Bey*”, DİA, IV, 13-19
- “*Hibe*”, DİA, XVII, 421-426
- Bayındır, Abdülaziz**, *Türkiyede Borsacılık ve Şirket Yapısı*, (İslami Açıdan Borsa-İlmi Tartışmalar Dizisi IV), İst. 1994
- “*Bey'i bi-l vefa*”, DİA, VI, 21
- Berki, Ali Hikmet**, (V. 1976), *Açıklamalı Mecelle*, İst. 1990
- Beşer, Faruk**, *Fıkıh Penceresinden Sosyal Hayatımız*, İst. 1994
- Beyzâvî, Abdullah b. Ömer**, *el-Ğâyetü'l-Kusvâ fi Dirayeti'l-Fetvâ I*, (v.685), Irak, bty, Tahkîk ve Ta'lîk : Karadâği
- Bilmen, Ömer Nasûhi**, *Hukûku İslamiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, İst. 1985
- Buhârî, Muhammed b. İsmail** (v.256/870), *Sahîhü'l Buharî*, İst 1981

- Buhûfî, Mensur b. Yunus b. İdris**, *Keşşâfu'l Kinâ an Metni'l İknâ*, I-VI, Beyrut 82
- Cezîrî, Abdurrahman**, (v. 1941), *el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, I-IV, Mısır, bty
- Doğan, D. Mehmet**, *Büyük Türkçe Sözlük*, İst. 1996, 11.b
- Döndüren, Hamdi**, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, İst. 1993
- Hisse Senedi Satışı*, İslam Dergisi, Kasım 1990, Sayı 87
- İslam Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984
- -----*Şamil İslam Ansiklopedisi*, Kabz Maddesi I-VI, İst. 1991
- Dönmez, İbrahim Kâfi**, “*Garar*”, DİA, XIII, 366-371
- Ebu Dâvud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî** (v.275/888), *Sünen*, İst 1981
- el-Biğa, Mustafa**, *Fıkhü'l Muâvezât*, Dimeşk 1989
- el-Kâsânî, Alâuddin Ebi Bekr Mes'ûd b. Ahmed** (v.587/1191), *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi*, I-VII, 2.b, Beyrut 1986
- el-Merginânî, Burhaneddin Ebu'l Hasen Ali b. Ebi Bekr** (v.593/1197), *el-Hidaye Şerh-i Bidayeti'l Mübtedi*, I-V, Mektebetü'l İslamiyye, bty
- el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye* I-XXXII, Kuveyt Evkaf Bakanlığı, 1.b, 1995/1416
- el-Mevsîfî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud** (v.683/1269), *el-İhtiyâr li Ta'lili'l Muhtar*, I-V, İst. 1980
- en-Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali** (v.303/915), *Sünen*, İst. 1981
- Eren, Fikret**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* I-III, Ankara 1991
- Erkal, Mehmet**, *Zekat / Hisse Senedi (İsam İlmihal I)*, bty, byy
- es-Serahsî, Muhammed b. Ahmed** (v.483/1090), *el-Mebsût*, I-XXX, Mısır 1331
- eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali** (v1250/1832), *Neylü'l Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr* I-X, Mısır 1978/1398
- eş-Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen**, *Kitabu'l Asl*, (veya el-Mebsut), Beyrut 1990
- eş-Şirâzi, Ebu İshak İbrahim b. Ali** (v.476/1083), *el-Mühezzeb* I-II, 2.b, Mısır 1959
- eş-Şirbinî, Muhammed el-Hafîb**, (v.977/1569), *Muğni'l Muhtac*, I-IV, Mısır, 1958
- et-Tirmizî, Ebu İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre** (v.279/892), *Sünen*, İst 1981
- ez-Zerkeşi, Muhammed b. Behadır b. Abdullah** (v.794/1391), *el-Mensûr fi-l Kavaid*, c.III, Thk. Teysir : Faik Ahmet Mahmut, 1.b, Kuveyt 1982

ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhû* I-IX, İslam Fıkhı Ansiklopedisi

I-X, Trc : Efe Ahmet, Eryarsoy Beşir, Ulus H. Fehmi, Ural Abdurrahim,

Yavuz Y. Vehbi, Yıldız Nurettin), İst. 1994

Fetâvâ Hindiyîye, I-XVI, (Trc : Mustafa Efe), 1.b, Ankara 1986

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.2, İst 1969

Gözübüyük A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, byy, 1995 (9.b)

Hûi, Seyyid Ebu'l-Kasım, *Misbâhu'l-Fekâhe fi'l-Muâmelat* I-VII, 1.b, Beyrut 1992

Halebî, İbrahim b. Muhammed (v.957), *Mülteka'l-Ebhur*, Beyrut 1989/1409

Hatemi, Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel*

Bölüm, İst. 1992

----- *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İst. 1991

Hattâb, Ebu Abdillah Abdurrahman, *Mevahibu'l-Celil li Şerh-i Muhtasar-ı Hâqil*,

I-VIII, Beyrut 1995/1416

İbn Âbidin, Muhammed, Emin b. Âbidin (v.1252/1836), *Reddû'l-Muhtar alâ*

Şerhi Durri'l-Muhtar, I-VIII, Mısır, 1966-69

İbn Ferrâ, Muhammed b. Hüseyin Ebu Ya'lâ el-Ferra, *Mesâili'l-Fıkhiyye* I-III,

Thk : Lahim Abdülkerim, Riyad 1985

İbn Hümâm, el-Kemal Muhammed b. Abdulvahid (v.861/1457), *Fethu'l-Kadir*,

Mısır 1317

İbn Kudâme, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed (v.620/1223),

el-Muğni, I-X, Mısır, bty

İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah el-Makdisi, *el-Kâfi*, I-

IV, Dimeşk 1988/1408

İbn Mace, Ebu Abdillah Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (v.273/886), *Sünen*, İst.

1981

İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrerem b. Ali (v.711 / 1311), *Lisânü'l-Arab*

I-XVIII, Beyrut 1955

İbn Rüşd, el-Hafid, Ebul Velid Muhammed b. Ahmed (v.595/119), *Bidayetü'l*

Müctehid ve Nihayetü'l Muktesid, I-II, İst 1985

- İbn Şâs**, *İkdü 'l-Cevâhiri 's-Semîne* I-III, byy, 1995/1410
- Kallek, Cengiz**, *Hz Peygamber Döneminde Devlet ve Piyasa*, İst 1992
- Karaman, Hayrettin**, “Ayn”, DİA, IV, 258
-----*Anahatlarıyla İslam Hukuku*, I-III, İst. 1990
-----*Menkul Kıymetler Borsası* (İslamın Işığında Günün Meseleleri), I-III, İst. 1988
-----*Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İst. 1991
- Karslı, Muharrem**, *Borsalar*, (İslami Açıdan Borsa - İlmi Tartışmalar Dizisi IV), İst 1994
- Kaşıkcı, Osman**, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İst 1997
- Koçyiğit Talat**, *Kur'an-ı Kerim ve Yüce Meâli*, Ankara, (bty)
- Kuntalp, Erden**, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara 1968
- Kürdî, Ahmed el-Haccî**, *Fıkhü 'l-Muâvedât* I, Dimeşk 1982
- Mahmesâni, Subhi**, *en-Nazariyyetü 'l Âmme li 'l-Mûcebât ve 'l Ukûd*, I-II, Beyrut 1948, 3.b, 1983
- Muhammed Feyzi Feyzullah**, *Nazariyyetü 'd-Damân fi 'l-Fıkhü 'l-İslâmî*, Kuveyt 1983
- Müslim, Ebu'l Hüseyin Müslim b. El-Haccac** (v.261/875), *Sahih-i Müslim*, İst 1981
- Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İst. 1995
- Olgaç, Senâi**, *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri-I-Satım, Trampa*, Ankara 1982
- Önen, Turgut**, *Borçlar Hukuku*, Ankara 1984
- Özdirek, Recep**, *İslam Hukukunda İşçinin Tazmin Borcu ve Sınırları* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İst 1996
- Ramî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed**, (v. 1004/1596), *Nihayetü 'l-Muhtâc ilâ Şerhi 'l-Minhâc*, byy, 1358
- Reisoğlu, Safa**, *Eşya Hukuku*, Ankara 1965
- Sahnûn, Abdusselam** (v.240/854), *el-Müdevvenetü 'l Kübra*, Mısır 1323
- Sarı, Mevlut**, *el-Mevarîd* (Arapça-Türkçe Sözlük), İstanbul, bty
- Seyyid, Ali Fikri**, *el-Muâmelât el-Mâddiyye ve 'l Edebiyye*, I-III, Mısır 1938/1357

- Süyûfî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed Minhacî** (v.880/1476), *Cevahiru'l Ukud*, 2.b, bty
- Şafak, Ali**, *Menkul Kıymetler ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Değerlendirme*, İslam Dergisi, 1990, Sayı 87
- Menkul Kıymetler ve Ticareti*, (İslami Açıda Borsa / İlmi Araştırmalar Dizisi IV), İst 1994
- Şener, Abdulkadir**, *İslam Hukukunda Hibe*, Ankara 1984
- Şener, Mehmet**, *Gasp ve İtlaftan Doğan Mali Sorumluluk* (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara 1983
- Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1969
- Tekinay Selahattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla**, *Eşya Hukuku*, İst 1989
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İst 1988
- Tunçomağ, Kenan**, *Türk Borçlar Hukuku II, Özel Borç İlişkileri*, İst. 1997
- Umur, Ziya**, *Roma Hukuku Ders Notları*, İst 1990
- Ural, İbrahim**, *Hisse Senetleri Borsası*, İslam Dergisi, 1990, Sayı 87
- İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri* (İlmi Araştırmalar Dizisi)
- Ortaçağ İslam Dünyasında Bankacılık Türü İşlemler ve Finansman Meseleleri*
- Ünal, Oğuz Kürşat**, *Menkul Kıymetler*, Ankara 1988
- Von Tuhr, Andreas**, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım I-II*, Ankara 1983, Çev : Cevad Edege
- Weinsinck, A. J.**, *el-Mu'cemu'l-Müfehres li Elfâzi'l Hadisi'n Nebevi, (Concordance et Indices de le Tradition Musulmane)*, Leiden, İst. 1986
- Yavuz, Cevdet**, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yay. 3.b, İst. 1994
- Zebîdî, Muhibbüddin Ebu'l-Fazl Muhammed Murtaza el-Hüseyni** (v.1205/1790) *Tâcü'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmus*, I-X, Kahire, 1306-1307 / 1808
- Zehra, Ebu Muhammed**, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l Akd*, Kahire 1992