

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

**İSLAM HUKUKUNA GÖRE
SATIM AKDİNDE MALIN KABZ VE TESLİMİ**

(DOKTORA TEZİ)

Mustafa KİSBET

BURSA 2010

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

**İSLAM HUKUKUNA GÖRE
SATIM AKDİNDE MALIN KABZ VE TESLİMİ**

(DOKTORA TEZİ)

Mustafa KİSBET

Danışman

Prof. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ

BURSA 2010

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

..... Temel İslam Bilimleri Anabilim/Anasanat Dalı,
..... İslam Hukuku Bilim Dalı'nda U.S.D.4666 numaralı
Mustafa KISBE T 'nın hazırladığı "İslam Hukukunun
Göreceli Statüsü Açısından Malın Kabz ve Teslimi" konulu
..... (Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik Tezi/Çalışması) ile ilgili tez
savunma sınavı,/...../ 2010 günü - saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara
alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının başarılı olduğuna ittifakla
ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Prof. Dr. Yunus Velibey YAVUZ

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Prof. Dr. Vecdi Abay

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Doç. Dr. Ali KAYA

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Doç. Dr. A. Asum Yedigöller

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Doç. Dr. Hüseyin KATIRMAN

28../06./ 2010

ÖZET

Yazar : Mustafa KİSBET
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Bilim Dalı : İslam Hukuku
Tezin Niteliği : Doktora Tezi
Sayfa Sayısı : XII + 218
Mezuniyet Tarihi : /.... / 2010
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ.

İSLAM HUKUKUNA GÖRE SATIM AKDİNDE MALIN KABZ VE TESLİMİ

İslâm hukukuna göre satım akdi satıcıya malı teslim, alıcıya da kabz borcunu yükler. Teslim ve kabz işlemleri için tarafların hukuken yetkili olmaları, malın da ayrılmış ve hazır bulunması gerekir.

Kabz ve teslimin başlıca şekilleri elden teslim ve nakildir. Tahliye ise hükmen kabzdır. Maldan yararlanma ve bazı hukukî tasarruflar da kabz yerine geçer. Bir şeyin özelliğine göre kabz yöntemi de farklı olur.

Kural olarak teslim yeri satış sırasında malın bulunduğu yerdir. Teslim ile ilgili masraflar satıcıya, kabz ile ilgili masraflar alıcıya aittir. Taraflar isterlerse sözleşme sırasında yer, zaman ve masrafları kimin üstleneceğini kararlaştırabilirler.

Satılan malın akdi takiben teslim edilmesi gerekir. Selem ve istisnâ'da ise mal kararlaştırılan sürede teslim edilmelidir.

Satıcının peşin satışlarda bedeli alana kadar malı alıkoyma hakkı vardır.

Kabz edilmeyen malda yeni tasarruflar yapılamaz. Fakat bu yasağın kapsamı hakkında; yiyeceklerde, mislî mallarda, menkûllerde ve bütün mallarda olduğuna dair dört farklı görüş vardır.

İslam hukukunda malın hasar sorumluluğunun kabz ile intikal ettiğine dair görüş ağır basmaktadır. Buna göre malın kabzından önceki hasar satıcıya, sonraki hasar ise alıcıya aittir.

Anahtar sözcükler

İfa	Hapis Hakkı	Kabz	Mebî'	Tazmin
Tahliye	Teslim	Tesellüm	Satım	

ABSTRACT

Author : Mustafa KİSBET
University : Uludag University
Field : Department Of Basic Islamic Sciences
Program : Islamic Jurisprudence
Quality of Thesis : Doctorate Thesis
Number Of Pages : XII + 218
Date of Graduation : /.... / 2010
Advisor : Prof. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ

THE POSSESSION AND DELIVERY OF A SUBJECT MATTER (MABE‘E) IN A SALES CONTRACT ACCORDING TO THE ISLAMIC LAW

According to the Islamic Law, a sales contract regards the seller as responsible for delivery and the buyer for possession of the subject matter. This process that is named more widely as “qabz”, requires both sides to be legally competent and the goods to be in existence and reserved.

The main types of possession and delivery are delivery by hand and transport. Discharging is a way of possession by judgment. Utilization of the subject matter and some legal transactions also substitute for possession. The types of possession vary according to the special situation of a subject.

As a general rule, the place of delivery is the place of contract. Sales expenses belong to the seller and possession expenses to the buyer. If the sides consider it necessary, they can agree during the contract upon the time, place and who is to take charge of the costs.

The subject matter must be delivered immediately upon the realization of the contract unless otherwise stated. In contracts like Salam or istisna‘, the delivery must be done on the designated date.

In sales for cash, the seller owns the lien which is the right of a seller to retain title and possession of subject matters sold, until their price is paid in full.

As a rule, the utilization of the subject matters before possession is prohibited. However, there are various views upon the fact that which goods are included in the prohibition. However, there are four different opinions upon the scope of this prohibition: foods, standard goods, movables and all goods.

In the Islamic Law, the opinion is predominant that damage liability of the subject matter passes by the delivery of the goods. Accordingly, losses before the contract are undertaken by the seller and the losses after the possession are assumed by the buyer.

Key Words

Execution	Lien	Qabz	Mabe‘e	Indemnify
Discharging	Delivery	Acceptance	Sales	

ÖNSÖZ

Bu çalışmada satılan malın (mebî‘), satıcıdan alıcının eline geçiş serüveni konu edilmiştir. Son yüzyıllarda dünya nüfusunun artışı ve teknolojik ilerlemeler ile birlikte ticari hayat da özellikle ithalat ve ihracat alanında gelişmekte, satın alınan malların kabz ve teslim işlemleri daha da kompleks hale gelmekte, bir malın daha alıcısının eline geçmeden defalarca el değiştirmesi gibi durumlar görülmektedir. Bu araştırma ile kabz ve teslim ile bağlantısı olan bu tür durumların ve yeni bazı işlemlerin İslam Hukukuna göre değerlendirilmesi hedeflenmiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde satım akdi, mebî‘ ve kabz ile teslim kavramları incelenmiştir.

İkinci bölümde kabz ve teslim işlemi için gereken şartlar, gerçekleşme şekilleri, teslimin yer zaman ve masrafları ve satıcının hapis hakkı konu edilmiştir.

Üçüncü bölümde ise kabz ve teslimin gerçekleşmesinin hukuki etkileri ele alınmıştır. Bunlar kabzın mebî‘deki yeni tasarruflara ve hasar sorumluluğuna etkisidir.

Araştırmamızda klasik İslâm Hukuku kaynakları esas alınmıştır. Bu kaynaklarda kabz ve teslim konusu müstakil olarak işlenmediğinden bu eserlerin konu ile ilgili olan çeşitli bölümlerinin incelenmesi, elde edilen bilgilerin tanzimi ve karşılaştırılması ciddi emek ve zaman gerektirmiştir.

Çalışmam sırasında desteklerini gördüğüm danışmanım Prof. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ’a, ilk danışmanım Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN’e, ve çeşitli görüş ve yardımları için Prof. Dr. Bilal AYBAKAN, Dr. M. Salih KUMAŞ, Dr. Abdurrahim KOZALİ, Dr. Mehmet GAYRETLİ ve Dr. F. Mehmet ŞEKER’e teşekkürlerimi borç bilirim.

Üsküdar 2010

Mustafa KİSBET

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	II
ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	XII
GİRİŞ	1
I. Çalışmanın konusu ve önemi	1
II. Çalışmanın Amacı	2
III. Konunun Sınırlandırılması	2
IV. Uygulanan metot	3
V. Kaynaklar ve değerlendirilmesi	5

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. SATIM AKDİ.....	10
A. Tanım.....	10
B. Satım Akdinin Rüknu (İcap Ve Kabul).....	12
C. Satım Akdinin Şartları.....	13
1. İnikad şartları.....	14
2. Sihat şartları.....	14
3. Nefâz şartları	16
4. Lüzum şartları.....	16
II. SATIM AKDİNDE KARŞILIKLI BEDELLER.....	19
A. Semen.....	19
1. Tanım.....	19
2. Semen - Mebî' ayırımı ve hukukî sonuçları	19
B. Satılan Mal (Mebî').....	21
1. Tanım.....	21
2. Mal Ve Çeşitleri.....	24
a. Malın tanımı.....	24
b. Malın çeşitleri	26
3. Mebî'de Aranan Şartlar	30
a. Mebî'in mevcut olması	30
b. Mebî'in mümkün olması.....	32
c. Mebî'in tayin edilmesi	33
d. Mebî'in hukukî teâmüle uygun olması	33
III. KABZ VE TESLİM.....	35
A. Kabz Ve Teslimin Kavramları	35
1. Kabz.....	35
2. Teslim.....	37

B. Kabz Ve Teslimin Yeri Ve Akitlere Etkisi.....	38
1. Genel olarak.....	38
2. Kabz ve teslimin sıhhat, lüzum ve mülkiyetin nakil şartı olarak akitlere etkisi.....	41
a. Sıhhat şartı olarak.....	41
b. Lüzum şartı olarak	45
c. Mülkiyetin nakil şartı olarak	48

İKİNCİ BÖLÜM

SATILAN MALIN KABZ VE TESLİMİNİN

ŞART VE ŞEKİLLERİ

I. KABZ VE TESLİMİN ŞARTLARI.....	52
A. Kabz ve Teslimi Yapacak Taraflarda Aranacak Şartlar.....	52
1. Ehliyet	53
2. Kabza yetkili olmak	55
3. İzin.....	59
B. Kabz Ve Teslim Edilecek Malda Aranacak Şartlar	60
1. Malın başka şeylerden ayrılmış olması.....	61
2. Kabzedilecek ortak bir malın taksim edilmiş olması.....	63
3. Ölçüm işlemlerinin yapılmış olması	64
II. KABZ VE TESLİM ŞEKİLLERİ	68
A. İslâm Hukukçularının Kabz ve Teslimin Şekilleri İle İlgili Görüşleri.....	68
1. Mezheplere göre kabzın gerçekleşmesi	68
2. Kabz ve örf	70
B. Kabz Ve Teslim Şekilleri.....	72
1. Elden teslim veya nakil.....	72
2. Tahliye (malın belirlenip ayrılması)	73
a. Tahliye yoluyla kabzın kapsamı.....	74
b. Tahliye yoluyla kabzın şartları.....	81
3. Kabz ve teslim sayılan diğer yollar.....	84

a. Müşterinin malda değişikliğe sebep olması	84
b. Satıcının, müşterinin kabzetmesine engel olmaması.....	88
c. Emanet ve ödünç verme işlemleri	89
d. Satım akdinden önceki kabz	90
e. Müşterinin, malı itlaf edene tazmin yolunu seçmesi	94
f. Sanal teslim	94
g. Gayrimenkûllerde tapu tescili	97
h. Malın müşterinin tayin ettiği araca bırakılması	99
4. Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms) Ve İslâm hukuku Açısından Değerlendirilmesi	100
a. Uluslararası ticarete teslim şekilleri (Incoterms).....	101
b. Incoterms'in İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi	105

III. TESLİM YERİ, ZAMANI VE MASRAFLARI..... 109

A. Teslim Yeri Ve Zamanı	109
1. Teslim yeri.....	109
a. Akitte belirtilmeme durumunda	111
b. Akitte belirtilme durumunda.....	113
2. Teslim zamanı	118
a. Mebî'in akit sırasında teslimi.....	118
b. Mebî'in akitten sonraki bir tarihte teslimi.....	119
B. Teslim Ve Kabz İle İlgili Masraflar	123
1. Satıcıya Ait Olan Masraflar	124
2. Müşteriye Ait Olan Masraflar.....	126

IV. SATICININ MALİ HAPİS HAKKI 128

A. Hapis Hakkının Dayanağı.....	129
1. Satıcı için hapis hakkını kabul etmeyenler	130
2. Satıcı için hapis hakkını kabul edenler	132
B. Hapis Hakkının Şartları.....	133
1. Bedellerden birinin zimmette borç olması	134
2. Bedelin peşin ödenme şartı olması	134
C. Hapis Hakkının Düşmesi	136

1. Bedel ile ilgili sebepler	136
2. Mal ile ilgili sebepler	139

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MALIN KABZININ HUKUKİ ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK..... 142

II. KABZIN YENİ TASARRUFLARA ETKİSİ..... 143

A. Mebî‘de Kabz Öncesi Tasarruflar Hakkındaki Görüşler..... 143

1. Gıda maddesi olmaya göre ayırım (Mâlikîler).....	145
2. Ölçüm gerekmesine göre ayırım (Hanbelîler)	149
3. Menkûl ve gayrimenkûl ayırımı (Hanefîler).....	155
a. Menkûllerde kabz öncesi satış	155
b. Gayrimenkûllerde kabz öncesi satış.....	157
c. Mebî‘de kabzdan önce satış dışındaki diğer tasarruflar	161
4. Mutlak yasaklık (Şâfîler)	164

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi 169

1. Deliller açısından.....	171
2. Günümüz şartları açısından	175
a. Mecelle‘de kabz öncesi satış ile ilgili düzenlemeler	176
b. Kabz öncesi satışın yararları ve sakıncaları	178
c. Konunun tüketicinin korunması açısından değerlendirilmesi	181

III. KABZIN HASAR SORUMLULUĞUNA ETKİSİ..... 184

A. Sorumluluğun Kaynağı Hakkındaki Görüşler..... 185

1. Akdin yapılmasının sorumluluk şartı olarak yeterli görülmesi.....	186
2. Kabzın sorumluluk şartı olarak kabul edilmesi	189

B. Mebî‘de Kabz Öncesi Değişimler 192

1. Mebî‘deki Azalmalar	193
a. Mebî‘in tamamen helâk olması	194
b. Mebî‘in bir kısmının zarar görmesi	196

2. Mebû'deki Artışlar ve Tazmini	200
C. Mebû'de Kabz Sonrası Değişimler.....	201
1. Genel olarak.....	201
2. Satıcının sorumlu olduğu değişimler	202
SONUÇ.....	204
BİBLİYOGRAFYA	209
ÖZGEÇMİŞ.....	218

KISALTMALAR

age.	: Adı geçen eser.
agm.	: Adı geçen makale.
a.y.	: Aynı yer.
b.	: Bin, ibn.
bs.	: Baskı.
bkz.	: Bakınız.
by.	: Basım yeri yok.
c.	: Cilt.
D. İ. A.	: Türkiye Diyanet Vakfı İslām Ansiklopedisi.
h.	: Hicrī.
Hz.	: Hazreti.
krş.	: Karşılaştır.
m.	: Madde.
s.	: Sayfa.
s.a.s.	: Sallallāhu aleyhi ve sellem.
ss.	: Sayfa sayısı.
T.B.K.	: Türk Borçlar Kanunu.
thk.	: Tahkik, tahkik eden.
trc.	: Tercüme, tercüme eden.
ty.	: Tarih yok.
vb.	: Ve benzeri.
vd.	: Ve devamı.

GİRİŞ

I. Çalışmanın konusu ve önemi

İnsanlar maddi veya manevi menfaat sağlamak için satım, kira, hibe, vakıf gibi çeşitli tasarruflarda bulunurlar. Bu tasarruflar ile arzulanan neticelerin oluşması da öncelikle bunlara konu olan şeyin ilgili şahısların eline geçmesiyle mümkün olur. Bu el değiştirme işlemi, fıkıh literatüründe kabz veya teslim olarak ifade edilmektedir.

Karşılıklı bedellerin mübadelesine dayalı akitlerde taraflar, kendisinde bulunanın mukabilinde karşı tarafın sahip olduğunu elde etmeyi isterler. Bu tür akitlerin başında satım akdi gelmektedir. Satım akdinde satıcı elindeki malı, müşteri de bedeli karşılıklı olarak değiştirmek üzere anlaşırlar. Akdin tamamlanması ile bedelin mülkiyeti satıcıya, malın mülkiyeti de müşteriye geçer ve taraflar istediklerine sahip olurlar. Artık geriye sahibi oldukları bu şeyleri alıp vermek kalır ki, işte bu noktadan itibaren satıcı ve alıcı için bedel ile malı, kabz ve teslim süreci başlar.

Kabz ve teslim işlemleri her zaman söz konusu şeyi alıp götürmek şeklinde, basit ve kolayca olmaz. Kabzedilecek şey fiziki özellikleri ve insanların teamüllerine göre farklı şekillerde hakimiyet altına alınabilir. Kişi, bu kabz şekillerden birini bazen zaruri bazen de isteğine bağlı olarak seçer. Kabz, yalnızca nasıl gerçekleşeceği boyutuyla bile araştırılmaya ve açıklanmaya değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kabz, günlük alışverişlerimiz neticesinde her gün karşılaştığımız bir durumdur. Öte yandan son yüzyıllarda uluslararası ticaretin ulaştığı seviye de düşünülürse, teslim ve kabz işlemlerinin ve ilgili hükümlerinin ne kadar önemli bir duruma geldiği anlaşılır.

Dolayısıyla satılan malın teslim edileceği yer ve zaman, bedel ve mebî'den hangisinin tesliminin önce yapılacağı ve hapis hakkı konuları ile malın kabzından önce

yeni tasarruflara konu olması ve hasar sorumluluğunun intikali gibi hususların ayrıntılı şekilde incelenmesinin gerekliliği açıktır.

II. Çalışmanın Amacı

Bu çalışma ile satılan malın satıcıdan alıcının eline geçiş sürecinin kabza hazırlık, gerçekleşmesi ve sonuçları açısından bütün aşamalarıyla açıklanmasını hedeflemektedir.

Satılan malın kabzının, önemi, fizikî ve hukukî şartları, fiilî ve hükûmî şekillerinin açıklığa kavuşturulması araştırmanın temel meseleleri arasında yer almaktadır.

Son asırlarda, önemi daha çok artan teslim yeri, zamanı ve bunlara dair koşulan şartların İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi de çalışmanın amaçlardan biridir. Satıcının bedeli alana kadar malı hapis hakkı ile ilgili görüş ve hükümlerin incelenmesi de hedefler arasındadır.

İslam hukukunda kabz, yalnızca borcun ifa edildiğini göstermeyip satın alınan malda tasarruf yetkisine üzerinde de etkili olduğundan, satın alınan malın kabzından önce satışın yasağın sınırları hakkındaki farklı içtihatlar ve gerekçeleri, altında yatan sebepler ile karşılaştırılıp değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Sürecin sağlıklı şekilde neticelenmesine ek olarak, akamete uğramasının meydana getirdiği durumlar da değerlendirilmeye alınmıştır. Bunun için kabzın mala ait hasar sorumluluğuna tesiri, bu sorumluluğun kaynağı ve kabzından önce çeşitli sebeplerle mala gelen zarara kimin katlanacağına tespit ve değerlendirmesi üzerinde durulmuştur.

Bütün bu inceleme ve araştırmalar sonucunda ulaşılan prensiplerle, İslam hukukundaki kabz ve teslim teorisinin ortaya çıkartılması hedeflenmiştir. Ancak bu hedefle de sınırlı kalınmamış; ayrıca kabza dair yeni bazı uygulamaların İslam hukukuna açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

III. Konunun Sınırlandırılması

Kabz, bu çalışmamızda ele alındığı şekliyle yalnızca ticarî konularda değil, fikhın ana bölümlerini oluşturan ibadetler, muamelat, ukûbât alanlarının hepsinde de varlığını hissettirmektedir. Çünkü kabz ve teslim işlemleri zekat, sadaka mehir, kira

diyet... gibi bir şeyin alınması veya verilmesinin söz konusu olduğu her mevzu ile ilişkilidir. Kabz kavramının yalnızca muamelat alanında satış, kira gibi karşılıklı akitlerden mudarebe gibi ortaklık çeşitlerine, bir teminat akdi olan rehinden, ödünç verme amacına dayalı ariyet ve karza ve temlik amacı ile yapılan hibe ve vakfa kadar uzanan geniş bir alana yayılmış olduğu görülür. Bu derece geniş bir sahayı kapsayacak bir çalışmanın derinlikli olamayacağı açıktır. Bu sebeple kabz ve teslim üzerine yapılacak araştırmaların, bunların en çok etkili ve işlenmiş oldukları tasarruflar veya kabz ile önemli ilişkisi olan satım akdine yöneltilmesi isabetli olacaktır.

Çalışmamızın alanı satım akdi ve bu akdin gereği olan karşılıklardan mebî'in (satılan mal) teslim ve kabzı ile sınırlıdır. Satım akdini tercih etmemizin sebebi ticarî akitlerin en yaygın olması ve akdin genel hükümlerinin satım akdi içinde ele alınması yanında ifa yeri, ifa zamanı, kabz öncesi satış, hasar sorumluluğu gibi hususları içermesi sebebiyle kabz kavramı ile özel ve yakın ilişkisidir. Satım akdinde kabza konu olan bedel ve mebî'den, sadece mebî'i ele almamız ise konu ile ilgili müstakil bir çalışma bulunmaması, öncesi ve sonrası da dahil olmak üzere mebî'in kabz sürecinin bedele göre daha uzun zamanda gerçekleşmesi ve daha karmaşık bir yapıda olmasıdır.

Kabzin önemli derecede etkili olduğu akitler ve bedelin kabzı ayrı çalışma konuları olarak incelenebilir. Bu çalışmada konu hakkında son sözü söylemiş olmak gibi bir iddiada bulunmadığımızdan, çalışmamızın bazı alt başlıklarının da ilerde müstakil olarak ele alınması mümkün görünmektedir.

IV. Uygulanan metot

Araştırmamızda sıklıkla İslâm hukukunun klasik kaynakları incelenerek kural niteliğinde bazı sonuçlar elde edilmiş, bazen de ulaşılan bu prensiplerin yeni olaylara uygulanması metodu kullanılmıştır.

Öncelikle klasik fıkıh kitaplarının, başta satım akdi olmak üzere, borçlar hukuku ile ilgili kısımları taranarak, kabz ve teslim kavramlarının ağırlıklı olarak ele alındığı konular tespit edilmiştir. Bunun sonucuna araştırmanın asıl sahası satım akdi iken rehin, hibe, vakıf gibi akitlerin de incelenmesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Sonraki adımda bütün bu konuların incelenmesi ile elde edilen bilgiler kendi aralarında sınıflandırılmıştır. İslâm ve günümüz hukukunda kabz ve teslim kavramlarının müstakil

bir şekilde incelenmemiş olması, çalışma planının tasnifi yapılan bu bilgiler doğrultusunda hazırlanmasını ve şekillendirilmesini gerektirmiştir.

Elde edilen bilgilerin araştırmanın amaç ve planına göre telifi ise çalışmanın en zorlu tarafı olarak kendini göstermiştir. Bütün İslâm hukukçularının hukukî kavramları aynı açı, şekil ve düzeyde ele almaları doğal olarak ihtimal dahilinde değildir. Kabzın örfle sıkı ilişkisi de göz önünde tutulursa, farklı coğrafya ve zamanlarda telif edilmiş eserlerdeki malumatın haliyle tasnif, değerlendirme ve mukayesesinin kolay olmayacağı anlaşılacaktır.

Bu çalışmada, yalnızca kaynaklardaki bilgilerin aktarılması ile sınırlı kalınmamış, yeri geldikçe farklı görüşler karşılaştırılıp değerlendirilmiştir. Görüşlerin aynı zeminde karşılaştırılması için ulaşılan bilgilerin her zaman yeterli ve açık olmayacağı bilinen bir husustur. Böyle durumlarda mevcut bilgiler özümseyip bunlardan çıkartılan esaslar dikkate alınmıştır.

Mezhep görüşlerinin tespitinde bazen bir konu ile ilgili bilgilerden hangisinin tercih edileceği hususunda problemi ortaya çıkmıştır. Örneğin bazı konularda bir mezhebin kendi içinde (özellikle Hanbelî mezhebinde) tercih edilen görüşün hangisi olduğunun tespiti epey güçleşmiştir. Böyle bir durumda karşılaşıldığında esas görüşün tayini için hem erken hem de sonraki devirlerdeki eserler incelenmiş, çoğunluğun yöneldiği görüş dikkate alınmıştır. Bununla beraber son devir kaynaklarına da müracaat edildiği olmuştur.

Araştırma üç bölüme ayrılarak yürütülmüştür. Birinci bölümde önce satım akdinin çerçevesi çizilip mebî' hakkında tanıtıcı bilgi verilmiştir. Daha sonra kabz ve teslim kavramlarının kavramsal özellikleri ve genel olarak akitlere etkisi açıklanmıştır. Çalışmanın asıl konularını ise ikinci ve üçüncü bölümler oluşturmaktadır.

İkinci bölümde malın kabz ve teslimin gerçekleşme süreci konu edilmektedir. Öncelikle kabz ve teslimin yapılabilmesi için taraflar ve mebî'de aranan şartlar incelenmiştir. Daha sonra teslim ve kabz şekilleri fiilî, tahliye ve diğer yollar olarak üç kısımda ele alınıp, tahliye hakkındaki görüş ayrılıkları değerlendirilmiş ve diğer hükmi kabz ve teslim yolları üzerinde durulmuş, yeni bazı yöntemler değerlendirilmiştir.

Bundan sonra teslimin yapılacağı yer, zaman ve kabz ve teslime dair masraflar açıklanmıştır. Teslim sürecinin sekteye uğramasına sebep olan satıcının malı hapis hakkını kullanması konusu da bu bölümde mukayeseli olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölüm ise kabz gerçekleşikten sonra ortaya çıkan sonuçlar hakkındadır. Burada ilk olarak kabzin başta satış olmak üzere yeni tasarruflara etkisi, mezheplerin görüşleri esas alınarak mukayeseli şekilde incelenmiştir. Daha sonra konu günümüz şartları açısından ele alınıp sosyal ve iktisadî etkileri ile beraber değerlendirilmiştir. Son kısım ise kabzin ikinci önemli sonucu olan kabzdan önce mebî'de oluşan artış ve azalmalar hakkındadır. Bu kısımda sorumluluğun kaynağı hakkında görüşler değerlendirildikten sonra mebî'in ve artışlarının tamamen yok olma ve kısmen zarar görmesi durumlarında sorumluluğun kime ait olacağı açıklanmıştır.

V. Kaynaklar ve değerlendirilmesi

Bu çalışmayı yaparken yararlandığımız kaynaklar, klasik fıkıh kitapları ve muasır eserler olarak iki grupta toplanabilir.

1. Klasik fıkıh kitapları

Bu kitaplar araştırmanın ana kaynakları olup mezheplerin görüşlerinin delilleriyle izah edildiği temel eserlerdir. Araştırma sırasında her mezhebin güvenilir eserleri tercih edilmiş ve bunlara belirli bir usul ile başvurulmuştur. Öncelikle erken dönem kaynakları esas alınmıştır. Bununla beraber farklı görüşlerin tercihi, uygulamadaki değişim sürecini incelemek için sonraki dönem kaynaklarından da istifade edilmiştir. Bir görüşün geçtiği ilk kaynağa atfedilmesi prensibine bağlı kalınmış bunun yanında görüşün mezhepte yaygınlığını ve benimsendiğini göstermek için başka eserler ile zenginleştirme yapılmıştır.

Kabzin, örfî yönü hasebiyle zaman ve zemine göre izafiliği söz konusu olduğundan, mezheplere ait eserler öncelikle kronolojik açıdan da değerlendirilmiştir. Böylece son dönemlere kadar görülen gelişimde izlenmiştir.

Bir mezhep için aktarılan görüş ve deliller (her ne kadar karşıt görüş sahiplerince de dile getirilse de) o mezhebe ait kaynaklardan alınmış, deliller için ulaşılabilen bütün kaynaklar incelenip nakillerden karşılaştırmaya en münasip olanları derlenmiştir.

Mezheplerin görüşünü almak için sıkça başvurduğumuz kaynaklar ve sıralamadaki tercihimiz şu şekildedir:¹

a. Hanefî mezhebi: Serahsî, *el-Mebsût*, Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, Merğînânî, *el-Hidâye*, Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, Bâbertî, *el-Inâye*, İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, (Heyet) *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, Damad, *Mecmau'l-Enhur*, İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, (Heyet) *Mecelle*², Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*.

b. Şâfiî mezhebi: İmam Şâfiî, *el-Ümm*, Müzenî, *el-Muhtasar*, Mâverdî, *el-Hâvî*, Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Râfiî, *el-Azîz*, Nevevî, *el-Mecmû'*, *Ravzatu't-Tâlibîn*, Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, Ramlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*.

c. Mâlikî mezhebi: Sehnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, Bâcî, *el-Müntekâ*, İbn-i Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, Karâfî, *ez-Zehîra*, İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Haraşî, *Şerhu Muhtasari'l-Halîl*, Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, Sâvî, *Bulğatu's-Sâlik*.

d. Hanbelî mezhebi: İbn-i Kudâme, *el-Muğni*, ez-Zerkeşî, *Şerhu Muhtasari'l-Hurakî*, Merdâvî, *el-İnsâf*, Haccâvî, *el-İknâ'*, Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ'*.

Diğer mezheplerden Câferîler için Hillî'nin *Şerâ'i'ü'l-İslâm*'ı, Zeydîler için İbn Miftâh'ın *Şerhu'l-Ezhâr*'ı, Zahirîler için İbn Hazm'ın *el-Muhallâ*'sı sıkça başvurduğumuz kaynaklardır.

Hadislerin tahrîci için Kütüb-ü Sitte kitapları tercih edilmekle beraber zorunlu durumlarda diğer meşhur kaynaklar da kullanılmıştır.

2. Muâsır çalışmalar

¹ Bu müelliflerin ve eserlerinin tam hali bibliyografya kısmında gösterilmiştir.

² *Mecelle*'nin kaynaklarımız arasında ayrı bir önemi vardır. Çünkü *Mecelle* mazbatasında belirtildiği üzere bir taraflıyla Hanefî fikhinin derlemesi iken (Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982, s.8 vd.) diğer taraftan hazırlanışı sırasında günümüz şartlarına yakın şartlar ile bir nebze de olsa teması olmuştur. *Mecelle* her ne kadar bir taknî çalışması olsa da Hanefî mezhebine bağlılığı sebebiyle klasik kaynaklar arasında saydık.

Son dönemlerde İslâm hukuku alanında yapılan çalışmaların en bariz özellikleri, sistemli ve düzenli olarak İslam hukukunun geneline veya özel bir konusuna ait nazariyeyi ortaya koymaya yönelik olmalarıdır. Çalışmamızda hem genel nitelikli hem de kabz ve teslim konusu ile hususî ilişkili eserlerden istifade ettik. Bu tip eserlerden kullandıklarımız ve bunlar hakkında değerlendirmelerimiz şu şekildedir:

a. İslâm hukuku ile ilgili genel eserler: Bu tür eserlerden daha çok çalışmamızın birinci bölümünde ve araştırmamız ile doğrudan ilgili olmayan fakat temas edilmesi gereken konularda yararlandık. İslâm hukuk nazariyesini umumî olarak ortaya koymak için kaleme alınmış, sahalarında otoriter kabul edilen, klasik fıkıh ve usul eserlerindeki bilgilerin sistemli şekilde sunulduğu bu eserlerden tercih ettiklerimiz şunlardır:

Cin– Akgündüz, *Türk İslâm Hukuk Tarihi*, Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd*, Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Şelebî, *el-Medhal fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, ez-Zerkâ, *Akdü'l-Beyi'*, *İslâm Hukuku*, Zeydân, *el-Medhal li-Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*.

Ayrıca *D.İ.A.* da yer alan “Akid, Bey’, Damân, Fesad ve Mebî’” gibi maddeler de bu tür kaynaklarımız arasındadır.

b. Konu ile ilgili çalışmalar: Çeşitli kitap, makale ve tebliğlerden oluşan sınırlı sayıdaki bu tür eserler doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kabz ve teslim konusu ile irtibatlı olup ortak özellikleri, kabzın İslâm hukukundaki yeri ve önemine yönelik genel çalışmalar olmalarıdır.

Kabz konusu ile ilgili olarak yapılmış tespit edebildiğimiz tek hususî eser Nezih Kemal Hammâd’ın *el-Hıyâze fil Ukûd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî* isimli kitabıdır. Bu eserde; kabzın İslâm hukukundaki yeri ve satış, kira, evlilik, rehin, hibe ... akitlerindeki çeşitli etkileri hakkında genel bilgiler verilmiş, bazen de görüşlerin arasında karşılaştırmalar yapılmıştır. Bilhassa kabzın çeşitli akitlere etkisi üzerinde ayrıntılı şekilde durulmuştur.

Bu kitap bütünüyle katılmasak da çalışmamızın kabz ve teslimin sıhhat, lüzum ve mülkiyetin nakil şartı olarak etkileri ve kabzın şartları konuları ile ilgili planlamamızı kolaylaştırmıştır. Fakat araştırmamız satım akdine ve mebî’e özel, bu eser ise kabz

kavramına genel bir bakış açısı sunduğundan buna ihtiyatlı yaklaşmayı uygun bulduk. Çalışmamız sırasında kaynak olarak yukarıda belirttiğimiz klasik kitapları esas aldığımızdan, bazen bu eserdekinden farklı sonuçlara ulaştık. Yine de Hammâd'ın bu çalışmasının, kabzın İslâm borçlar hukukundaki yerinin kavranması açısından önemli bir kaynak olduğu söylenebilir.

Türkçe olarak kabz kavramı ile ilgili tek özgün çalışma ise H. Yunus APAYDIN'a ait *D.İ.A.* "Kabz" maddesidir.³ Kabzın tanımı, bazı şekilleri, akitlere etkisi, şartları, kabz öncesi satış ve tazmin sorumluluğunun incelendiği bu makale, İslam hukukunda kabz kavramı hakkında temel bilgiler sunmaktadır.

Müstakil olarak değerlendirilebilecek diğer çalışmalar ise İslâm Fıkıh Akademisinin altıncı dönem oturumunda kabz ile ilgili olarak sunulan tebliğ, müzakere ve kararlardır.⁴ Bu tebliğlerde her ne kadar katılımcıların konuya kendi bilgi ve birikimleri açısından katkı sağlamaları ve çoğu zaman aynı bilgilerin tekrarlandığı görülse de özgün bazı değerlendirme de rastlanmaktadır. Örneğin çalışmamızda başvurduğumuz A. Muhiddîn Karadâğî ve M. Emin Darîr'in tebliğleri bu özelliktedir.

Türkçe olarak mebî' ve kabz konuları ile ilgili bir çalışma da Bilal AYBAKAN'a ait doktora tezi olarak hazırlanmış *İslam Hukukunda Borçların İfası*'dir. Günümüz hukuk sistematığına göre ve mukayeseli olarak İslam hukukunda borç ve ifasının genel teorisinin ortaya konulduğu bu çalışmada hem bedel hem de mebî'in satış ve borç doğuran çeşitli akitlerdeki ifası konu edilmiştir.

Yukarıdaki eserler ile hazırladığımız çalışmanın farkları hakkında şunlar söylenebilir: Diğer çalışmalar kabz konusunu umumî olarak ele alırken çalışmamız satım akdinde malın teslimi üzerine yoğunlaşarak telif edilmiştir. Diğer eserlerde kısaca temas edilen kabz şartları, çeşitleri, kabzın sonuçları, hapis hakkı, teslim yer ve zamanı gibi konular daha çalışmamızda detaylı şekilde incelenmiştir. Daha önceki çalışmalarda üzerinde pek veya hiç durulmamış yeni kabz ve teslim çeşitleri, uluslararası ticarete teslim gibi bazı hususlar tarafımızdan ele alınmıştır.

³ Apaydın, H. Yunus, "Kabz", *D.İ.A.*, c. XXIV, ss. 45-49, İstanbul, 2001.

⁴ *Mecelletü Mecma 'i'l-Fıkhî'l-İslâmî*, VI/1, Cidde 1410/1990, ss. 453-772.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. SATIM AKDİ

A. Tanım

Bu bölümde hem satım akdinin kavranması hem de satışa konu yapılan malın diğer unsurlara göre akitteki yer ve öneminin anlaşılması için, akit ile akdin unsur ve şartları hakkında bazı temel bilgiler verilecektir.

“*Ey iman edenler! Akitleri(n gereğini) yerine getiriniz*”¹ ayeti ile doğurduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesi istenen akit, İslâm hukukunda geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmıştır.

Çoğunluğu oluşturan Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî hukukçuları akdi, *kişinin yapmaya yöneldiği bütün tasarruf ve borçlanmalar* olarak tarif ederler. Bu geniş tanımıyla akit, tek taraflı irade ile gerçekleşenler de dahil bütün tasarrufları kapsar.² Çalışmamızda kullanmayı genellikle tercih ettiğimiz Hanefîlerin tanımlaması ise daha dar anlamdadır ve yalnızca iki taraflı irade ile gerçekleşen hukukî tasarrufları içine alır. Hanefîlere göre akit, *tafaflardan birinden yapılan icabın diğerinin kabulü ile akdin konusunda etkisi görünecek şekilde bağlanmasıdır*.³

Tanımlardan da fark edilebileceği gibi akdin meydana gelmesi için, icab-kabul, taraflar ve mahal (akde konu edilen şey) olmak üzere üç ana unsur ve bunlara ait bazı

¹ el-Mâide, 5/1.

² Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kâhire 1977, ss. 428, s. 179; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhü*, I-VIII, 2. bs., Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1985, IV, 80, 81.

³ Kadri Paşa, Muhammed, *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân fi Muâmelati's-Şer'iyye alâ Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak 1891, 2. bs, m. 168; Bkz. Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001, II, 46 vd.

şartların bulunması gerekir.⁴ Akitler, bu unsur ve şartların taşımalarına göre meşruiyet, sıhhat, ayna bağıllık, nefâz (onay), lüzum (bağlayıcılık), ıvaz (karşılık), tazmin, gaye (temlik, şirket ...), süre gibi açılardan çeşitli kısımlara ayrılırlar.⁵

Ticari sahadaki akitlerin en başında, İslâm hukuku eserlerinde بَيْع (bey‘) veya çoğulu olan بَيْعٌ (buyû‘) başlığı altında incelenen *satım akdi* gelir. Bey', kelime olarak değişmek ve karşılık olarak vermek gibi anlamlarına gelip شِرَاء (şirâ) kelimesinin zıttıdır.⁶ Son devirlerde, bey‘ akdinin terim olarak *Mecelle*'de “malı, mal karşılığında değişmek” tarzında kurallaştırılmış tanımını benimsenmiştir (m. 105).⁷

Bütün akitler gibi satım akdinin de geçerli olup beklenen sonuçları meydana getirebilmesi için, birtakım unsur ve şartları taşınması gerekir. Çoğunluğu oluşturan İslâm hukukçuları, satım akdinin taraflar, icab ve kabul uygunluğu ve akdin konusu (mebî ve semen) olmak üzere, üç unsurdan oluştuğunu söylerler. Hanefiler ise bu öğelere farklı açıdan bakıp, icab ve kabulü satım akdinin rükünü, diğerlerini ise bu rükne bağlı olan akdin gerçekleşmesi için gerekli şartlar olarak görürler.⁸

Akdin yapısına bakış açısını yansıtan bu görüş ayrılığı teorik olup, uygulamada herhangi bir sonuç doğurmaz.

⁴ Bu unsurlar ile ilgili Hanefiler ve diğer mezhepler arasındaki görüş ayrılıkları için bkz. Zuhaylî, *age.*, IV, 92 ; Karaman, *M.İ.H.*, II, 62.

⁵ Bkz. Karaman, “Akid” *D.İ.A.*, II, İstanbul, 1989, ss. 251-256, s. 252.

⁶ Bey‘ ve şira kelimeleri, zıt anlamlı oldukları halde birbirlerinin yerine de kullanılır. Zuhaylî, *age.*, IV, 344.

⁷ İbnu'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed, *Fethu'l-Kadir*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 2003, VI, 229; *Mecelle*, m. 105. Bazı kaynaklarda bu tanımlara “*mütekavvim*” (es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, I-XXX, thk. H. Meys, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2000, XII, 95) ve “*rağbet edilmiş*” (el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, I-VII, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1982, V, 133) ilavelerinin yapıldığı görülür. Diğer mezheplerdeki tanımlar için bkz. en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref, *Ravzatu't-Tâlibîn*, thk. A. Abdulmevcûd – A. Muavvaz, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Beyrut, 2003, III, 3; eş-Şirbînî, Şemsüddîn el-Hatîb, Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-Muhtâc il Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1997, II, 5; İbn Arafe, Muhammed b. Muhammed, *Kitâbü'l-Hudud*, Dâru'l-Ğarbi'l- İslâmî, Beyrut, 1993, s. 326; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, I-XV, thk. A. Türki, A. el-Hulv. 3. bs., Dâru Alemi'l-Kütüb, Riyad, 1998, VI, 5; Haraşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerh alâ Muhtasari Seyyidi Halil*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty., V, 3, 4.

⁸ Zeydân, Abdülkerim, *el-Medhal li-Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1986, 9. bs., s. 288; Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, ed-Dâru'l-Câmiyye, Beyrut 1985, 10. bs., s. 418, 419.

Satım akdinin yapısı ve şartları hakkında temel bazı bilgiler verilmesi, akdin oluşumunda malın ve de kabz ve tesliminin gerek yeri gerekse öneminin kavranması için faydalı olacaktır. Bu bilgilendirme sırasında, konuyu daha teknik olarak incelediklerinden Hanefî hukukçuların usûlü takip edilecektir.

Hanefilere göre satım akdinin icap ve kabul olarak iki temel unsuru ile inikad, sıhhat, nefâz ve lüzum olarak dört çeşit şartı vardır. Bunlardan önce rükünlere daha sonra da şartlara temas edilecektir.

B. Satım Akdinin Rükünü (İcap Ve Kabul)

İcap ve kabul, satışın gerçekleşmesini sağlamak için tarafların iradelerinin birbirine uygunluğu gösteren iki ifade veya fiildir.⁹ İcap, taraflardan ilk, kabul ise ikinci olarak sadır olan irade beyanıdır. “Sattım” veya “aldım” ve bunların yerine geçen kelimelerinin hangisinin önce söylendiği önemli değildir.¹⁰

İcap ve kabul için belirli sözcükler şart olmayıp bunlar örf ve adette alım satımda kullanılan her çeşit kelime ile yapılabilir. Örneğin satıcı olan tarafın belli bir bedel söyleyerek bunun karşılığında temlik etmek, vermek, hibe etmek ifadelerini kullanması icap sayılır.¹¹

Hanefilere göre irade beyanı söz, yazı veya bunların yerine geçen eylemler ile de yapılabilir. Nitekim tarafların herhangi bir söz söylemeden, mal ve bedeli karşılıklı teslim etmeleri ile yaptıkları teâtî satışı sahihtir.¹² Mal ve bedel karşılıklı olarak kabzedildiği için maksat hasıl olduğundan bu türlü satışların geçerli olması gerekir.

İcab-kabul uygunluğu ile ilgili doktrinde tartışılan önemli bir konu da bu iki unsurun, konuşulan dilde hangi biçimlerde ifade edildiğidir. Fukahâ akdin sîğası başlığı

⁹ Ebû Zehrâ, *age.*, s. 182.

¹⁰ Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, thk, F. el-Hüseyni, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003, I, 104. Diğer mezheplere göre ise icap temlik edecek olanın (satıcı), kabul ise mülke sahip olacak tarafın (alıcı) tasarrufudur. Şelebî, *age.*, s. 420.

¹¹ *Mecelle*, m. 168. ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Ukûdü'l-Müsemmatü fi'l-Fıkhi'l-İslâmî: Akdû'l-Beyi'*, Dımaşk, Dâru'l-Kalem, 1979, s. 22, 23.

¹² Kâsânî, *age.*, V, 133; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 2000, V, 504, 506. Mâlikî ve Hanbelîler de teâtî satışını caiz görürler. Ancak Şâfiîlere göre satışta sözlü beyan şarttır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 7-8.

altında, tarafların kullandığı sözcükler ve irade ilişkisini detaylı olarak tahlil edip, bunların hangi şartlarda iç iradeyi yansıttığına dair örfü de dayanarak bazı ölçüler belirlemişlerdir. Bu ölçülere göre mâzi (geçmiş zaman) kalıpları ile yapılan icap veya kabul akdin kurulması için yeterlidir. Diğer ifadelerde ise bunların akdi kurma amacı taşınması önem kazanır. Örneğin fiyat belirtilerek şimdiki zaman fiilleri ve emir ile akit yapılması geçerlidir. Fakat soru ve gelecek kipleri ile irade beyanı ise hükümsüz kabul edilmiştir.¹³

İslâm hukukçularının çoğu karşı tarafın kabulünden önce icabın bağlayıcı olmadığını ve icaptan vazgeçebileceği kanaatindedirler.¹⁴ Üstelik Şâfiî ve Hanbelîlere göre cayma hakkı, kabulden sonraya bile sarkabilir. Bu mezhep fakihleri, Hz Peygamberin (s.a.s.); “*Taraflar birbirlerinden ayrılmadıkça muhayyerdirler*”¹⁵ hadisinden, akdi yapanların satış gibi feshi kabil ve muâvazalı akitlerde birbirlerinden örfen ayrılmalarına kadar fesih yetkisine sahip olduğunu çıkartırlar ve buna “meclis muhayyerliği” derler.¹⁶

C. Satım Akdinin Şartları

Akdi, tarafların bekledikleri sonuçları oluşturması için bir takım şartlara ihtiyacı vardır. Bu şartlar aynı zamanda yapılan tasarrufun sağlamlık ve sakatlık bakımından derecelendirilmesini sağlar. Bunların eksikliği ait olduğu gruba göre, akde farklı etkiler yapar. Genel olarak inikad ve sıhhat şartlarının eksikliği akdin sıhhatine, nefâz ve lüzum şartlarının eksikliği ise akdin yürürlüğüne etki etmektedir.

Hanefîlerin, satım akdinin taşınması gereken şartlar ile ilgili görüşleri özetle şu şekildedir:¹⁷

¹³ Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *D.İ.A.*, VI, ss. 13-19, İstanbul 1992, s. 15; Ali Haydar, *age.*, I, 137-140.

¹⁴ Ancak Mâlikîler tek taraflı iradeyi bağlayıcı kabul ettiklerinden, icaptan dönmeyi geçerli görmezler. Karaman, *age.*, II, 85.

¹⁵ Buhârî, *Buyû*, 44; Müslim, *Buyû*, 43, 46.

¹⁶ Şelebî, *age.*, s. 426 vd.; Zuhaylî, *age.*, IV, 352, vd.

¹⁷ Kâsânî, *age.*, V, 135 vd; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 230; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VII, Dâru'l-Marife, Beyrut, ty., V, 278, vd; *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, III, 3, 4; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 504, vd.

1. İnikad şartları

İnikad şartları, satışın hukuken kurulmuş olması için gerekli şartlardır. Bunların eksikliği akdin butlanına sebep olacağından, satış ile ilgili herhangi bir hüküm meydana gelmez.¹⁸

İnikad şartları dört yerde bulunmaktadır:

a. Akdi yapanlarda: Akdi yapanların âkil ve sayıca birden fazla olmaları gerekir. Bunun için çok küçük çocuğun ve akıl hastasının tasarrufları geçersizdir. Mümeyyiz çocuk ve bunamışın tasarrufları sadece yararlıysa geçerli, zararlı ise geçersiz, yarar ve zararı birlikte bulunduruyorsa bunların velilerinin iznine bağlı olarak geçerlidir. Ayrıca kural olarak akdin her iki tarafı da (alıcı ve satıcı) tek kişi ile temsil edilemez.

b. Akitte: Satım akdinin rüknünü oluşturan icap kabul arasında uygunluk bulunmalı ve akdin sığası için geçerli görülen zaman kalıplarıyla yapılmalıdırlar. İcaba konu edilen malın bir kısmını veya başka bir malı kabul etmekle uygunluk sağlanmadığı gibi, gelecek zaman kipiyle de satış olmaz.

c. Akit meclisinde: “Akit meclisinin bir olması” şeklinde açıklanan bu koşul ile icap ve kabul bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır. Bu bütünlük, tarafların aynı mekânda olması ile fizikî olarak sağlandığı gibi icaptan sonra başka bir işle meşgul olmamak şeklinde fiilî olarak da sağlanır.¹⁹

d. Akdin konusunda: Mebî‘ kısmında ayrıntılı olarak işleyeceğimiz üzere, satılan mal; mevcut, teslimi mümkün, hukukî teâmüle uygun (mütekavvim) ve satıcının mülkünde olmalıdır.

2. Sıhhat şartları

Satım akdinin geçerli olması için gereken şartlar, bütün alım satımlar için gerekenler ve bazıları için özel olanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

¹⁸ Zerkâ, *age.*, s. 24.

¹⁹ Çeşitli yer ve vasıtalarındaki meclis birliği ile ilgili olarak bkz. Zuhaylî, *age.*, V, 361-366.

a. Genel şartlar: Bütün satış çeşitlerinde yukarıda geçen in'ikâd şartlarına ek olarak akitte süreklilik, konuda bilinirlik, fâsit şart içermemesi, tarafların rızası ve yapılmasında yarar bulunmalıdır.

Süreklilik ile satışın kira gibi belli bir süre ile sınırlandırılmış olmaması kastedilir.

Bilinirlik, bedel ve mebû'in anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde belirlenmesidir. Örneğin bir sürüden rastgele bir hayvanın satışı, sürüdeki hayvanlar arasında önemli ölçüde farklılıklar olduğundan münakaşaya sebep olacak cehalet içerir ve akdi fâsit kılar.

Satım akdinde koşulan şartlar, ya sahih ya müfsit veya hükümsüz olur. Satışı ifsat eden (müfsit) şartlar, İslâm hukukunda sabit olmamış, örfleşmemiş, akit gerektirmediği halde taraflardan birine fazladan yarar sağlayan şartlardır.²⁰

Satım akdinin, tarafların hür iradeleri ile yapılmaması da sahih olmasına engeldir. Akit sırasında alıcı veya satıcıya yapılan ikrah fesat sebebidir. Şaka yoluyla satış da gerçek iradeyi yansıtmadığından fâsittir.

Alışverişlerde aranan bir özellik de yapılmasının fayda getirmesi, sonucunun zararlı olmamasıdır. Taraflara bir yarar sağlamayan aynı cins tür ve miktardaki iki para veya malın satışı fâsittir.

Malın teslimi satıcıya zarar verecekse bunun satışı da geçersizdir.

b. Özel şartlar: Bunlar veresiye satışta ifa zamanının tayini, menkûllerin satışlarından önce kabzedilmesi,²¹ ribevî malların satışında mümâselet (benzerlik), sarfta bedellerin taraflar ayrılmadan kabzı, güvene dayalı satış çeşitlerinde ilk fiyatın bilinmesi gibi her akde özel bir takım koşullardır.

²⁰ Bu şartlar için bkz. Zerkâ, *age.*, s. 37, 39.

²¹ Satışından önce kabzedilmesi gereken mallar üçüncü bölümde ayrıntılı şekilde incelenecektir. Kısaca Hanefilere göre menkuller, Şâfîlere göre her türlü mal, Mâlikîlere göre gıda maddeleri, Hanbelîler göre de ölçümü gereken mallar satılmadan önce kabzedilmelidirler.

3. Nefâz şartları

Akit, yetkili kişiler tarafından yapılmışsa nâfiz yani başkasının iznine ihtiyaç duymadan geçerlidir. Nefâz şartları iki ana başlıkta incelenir:

a. *Mülk veya velayet*: Satıcı, akde konu olan malın ya sahibi ya da bunu satmaya kanunen yetkili (veli, vasi, vekil) olmalıdır.

b. *Satılan malda başkasının hakkı olmaması*: Satılmak istenen mal satıcıya ait olmalıdır. Örneğin kiralanmış veya rehin bırakılmış şey kiracı veya rehin alan tarafından satılamaz.

4. Lüzum şartları

Satışın bağlayıcı olması için tarafların muhayyerlik sebebiyle akdi feshetme yetkisine sahip olmamaları gerekir. Bu muhayyerliklerin önde gelenleri şart, vasıf, rü'yet, ayıp, gabin muhayyerlikleri olup, nakd, tayin, kemiyet, istihkak gibi çeşitleri de vardır.²²

Hanefiler dışındaki mezheplerin, satım akdinin şartları hakkında göze çarpan önemli ve farklı görüşleri özetle şu şekildedir: Şâfîlilere göre satış için ergenlik şarttır, icap ve kabul peşpeşe yapılmalıdır.²³ Mâlikîler, tarafların mümeyyiz olabileceği ve akit meclisinden fiziken ayrılmadan icap ve kabul gerçekleştirilmesi noktasında Hanefilere katılırlar.²⁴ Hanbelilere göre ise kıymet itibariyle önemli olmayan nesnelere satışında temyiz bile şart değildir fakat akit ehliyeti için kural olarak rüşt gereklidir.²⁵

Satım akdinde bulunması gereken şartlar özetle yukarıdaki gibidir. Bu şartların eksikliği bazen akdin batıl veya fâsit olmasına yol açar. Kabz ile ilgili özel ilişkisi (fâsit

²² *Mecelle*, m. 300, 310, 313, 316, 320, 337, 357; Bkz. Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukuku İslâmiye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1968, VI, 82, vd.

²³ Nevevî, *Ravza*, III, 5, 9; Ramlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, III, 375, 382, 383.

²⁴ İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Matbaatü Mustafa el-Bâbî, Mısır, 1975, 4. bs., II, 170 vd.; Derdîr, Ahmed b. Muhammed Adevi, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty., III, 5.

²⁵ Merdâvî, Ali b. Süleyman, *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcîh mine'l-Hilâf*, I-XXXII, thk. A. Türki, A. el-Hulv, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize, 1996, XI, 21; Buhûtî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfü'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982, III, 151.

akitte kabzın mülkiyet ifade etmesi) sebebiyle fâsit akit kavramı üzerinde durmayı faydalı buluyoruz.

Fâsit akit: İslâm hukukçularının çoğunluğu akdi sahih ve batıl (geçersiz) olarak ikiye ayırırken, Hanefiler sahih ve batıla ek olarak akdin fâsit olması durumunu da kabul etmişlerdir. İbadetlerde (ve evlilikte) batıl ve fâsit ayrımının sonuçları aynıdır fakat genel olarak²⁶ muamelat konularında herhangi bir yolla fesâdın giderilme imkânı varsa akit sahih hale dönüştürülebilir.²⁷

Bu görüş ayrılığının “bir fiilden yasağın, o fiilin gerekli özelliklerinden birine yönelik olması” durumunda, Hanefilere göre fiilin meşru ve özelliğın gayr-i meşru, diğer mezheplere göre ise hem fiilin hem de özelliğının gayr-i meşru sayılmasına dayanmaktadır. Örneğın faizli ya da fâsit şartlı satım akdi çoğunluğa göre batıl iken Hanefilere göre fâsittir.²⁸

Hanefilere göre fâsit akit, aslen meşru olup vasfen gayr-i meşru olan akittir.²⁹ Akdin oluşması için icab-kabul uygunluğın, meclis birliğı, taraflar, akıl veya temyiz, konunun belirli ve teâmüle uygun olması sıhhat şartıdır. Bu şartlar akdin aslını oluşturur ve eksiklikleri akdi batıl hale getirir. Bu unsurların mutlak olarak bulunmaları yeterli olmayıp, bazı şartları (vasıflar) taşıması gerekir. Unsurların istenilen vasıflarda olmaması butlanı değil fesadı gerektirir.³⁰ Örneğın bir kaç tane nesneden hangisi olduğı belirtilmeden bir tanesinin satılması durumunda, akdin konusu mevcut olmasına rağmen tayini yapılmamıştır ve cehalet bulunmaktadır. Bu durumda akit fâsit olur.

Akitlerin fesat sebeplerini genel ve özel olarak iki kısımda incelemek mümkündür. Özel fesat sebepleri, akitlere ve hukuk ekollerine göre farklılıklar gösterir. Örneğın merhûnun şayi hisseli olması, Hanefilere göre rehin akdini fâsit kılar. Genel

²⁶ Mülkiyeti nakleden veya karşılıklı borç doğuran akitlerde batıl – fâsit ayrımının farklı sonuçları olmasına rağmen mâli olmayan (vekâlet, evlilik gibi) akitlerde ve mali olup ta karşılıklı borç doğurmayan (âriyet, emanet gibi) akitlerde ise butlan ve fesat aynı hükümdedir. Zuhaylî, *age.*, V, 235.

²⁷ Döndüren Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993, s. 182,183.

²⁸ Şaban, Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları: Usulü'l-Fıkh*, trc. İ. Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 1990, s. 234, 291 vd.

²⁹ İbn Âbidîn, *age.*, V, 49; *Mecelle*, m. 109.

³⁰ Karaman, *age.*, II, 261.

fesat sebepleri ise garar, cehalet, ikrah, zorda kalma, müfsit şart başlıkları altında toplanabilir.³¹

Fâsit bir akit öncelikle dinî bir gereklilik olarak feshedilmelidir. Bu fesih yetkisi bazen bir tarafa bazen her iki tarafa ait olabilir. Fesat unsuru, mebû‘in kabzından sonra bile yapılsa akdin feshi ile giderilir. Ancak bozukluk fesih dışında başka bir yolla giderilebilirse örneğin fesat sebebi olan bilinmezlik izale edilirse akit feshedilmeyebilir.³²

Fâsit akdin feshedilebilmesi için akit konusunun akit sırasındaki durumunda değişiklik olmamalıdır. Malda değişiklik olması ya da satım, hibe gibi tasarrufların yapılması feshe engeldir. Bu tür fesih engelleri ile alıcı, satıcı veya üçüncü şahısların haklarının korunması gözetilmektedir.³³

³¹ Bkz. İbn Âbidîn, *age.*, V, 59, 60; Zuhaylî, *age.*, V, 215, 216; Karaman, *age.*, II, 167; Döndüren, *age.*, 183 vd.; Apaydın, H. Yunus, “Fesad” *D.İ.A.* XII, İstanbul, 1995, ss. 417-421, s 419 vd.

³² Kâsânî, *age.*, V, 300; el-Merğînânî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti 'l-Mübtedî*, I-IV, Eda Neşriyat, İstanbul, ty., III, 51; İbn Âbidîn, *age.*, V, 90; es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-VI, Câmîatü'd-Düveli'l-Arabiyye, Kâhire, ty., IV 173

³³ el-Mevsilî, Ebu'l-Fazl Abdullah b. Mahmûd, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, I-V, thk. A. Abdurrahman, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2005, 3. Bs., II, 22; Karaman, *age.*, II, 273.

II. SATIM AKDİNDE KARŞILIKLI BEDELLER

A. Semen

1. Tanım

Semen, satın alınan mala karşılık olarak üzerinde anlaşılan şeydir. Türkçede bu karşılığa bedel, fiyat ve ücret de denilir. Semen, malın gerçek değerinden (kıymet) az veya çok olabilir.³⁴

Hanefilere göre semen, akdin gereği; cumhura göre ise mebî' ile beraber akdin konusunu oluşturan rüknüdür. Bu farklı görüşlerin sonucu bedeldeki belirsizliklerin cumhura göre butlan, Hanefilere göre fesat sebebi olmasıdır. Örneğin satışın karşılıksız yapılması ittifakla satışı batıl duruma getirir. Eğer satış bedelli olur fakat akit yapılırken miktarı söylenmezse, cumhura göre satış yine batıl iken Hanefilere göre fâsittir.

Semenin akit meclisinde ise gösterilerek, değilse miktar ve özelliklerinin açıklanarak belirlenmesi gerekir. Yoksa satış yine bilinmezlik sebebiyle fâsit olur. Ayrıca vadeli satışta vade hakkındaki belirsizlikler de fesat sebebidir.³⁵

2. Semen - mebî' ayırımı ve hukukî sonuçları

Hanefilere göre bey' akdinde satılan maldan ibaret olan mebî' tarafların tayini ile belirlenmiş, semen ise belirlenmemiş ve zimmette olan karşılıktır.³⁶ Bu ifade ile mebî'in taraflarca belirlenip adeta akdin değiştirilemez ögesi olarak kesinleştirildiği,

³⁴ *Mecelle*, m. 152, 153. Semen, tarafların akitte kararlaştırdıklarına *semen-i müsemma*, malın değerine denk olanına *semen-i misil* denilir. Ali Haydar, *age.*, I, 124, 125.

³⁵ *Mecelle*, m. 237, 238, 239, 246; Bilmen, *age.*, VI, 39, 40.

³⁶ Serahsî, *age.*, XIV, 3; Kâsânî, *age.*, IV, 183, V, 233; Zeylâi, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik fî Şerhi Kenzi'd-Dekâik*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kâhire, 1885, V, 226.

semenin ise her ne kadar özellikleri belirlenmiş olsa da mebî‘ kadar belirli bir nesne olmadığı anlatılmaktadır. Örneğin satışı yapılan mal gösterilmek veya işaret edilmekle kesinleşir, o maldan başkası mebî‘ olmaz. Fakat bedel, akitte kararlaştırılan değere denk herhangi bir veya birkaç banknot olabilir.

Mebî ve semen arasındaki bu fark, teslimden önce helâk olma, kabz öncesi tasarruflar ve ifa masrafları hakkında birbirinden ayrı hükümler ve sonuçlara sebep olur. Bu nedenle satım akdinde karşılıklı bedellerden hangisinin mebî‘, hangisinin de bedel olduğunun saptanması oldukça önemlidir.

Konuyu en ayrıntılı biçimde ele alan Hanefilere göre mebî‘ ve semenin tespitindeki başlıca ölçüler şunlardır:³⁷

- Altın, gümüş ve para satım akdinde karşılıklı bedellerden biri olduğunda semendirler.

- Bedellerden biri muayyen ve mislî, diğeri kıyemî mal ise mislî mal semen, kıyemî mal mebî‘dir.

- Kıyemî mal ile belirli olmayan (zimmetteki) mislî mal satıldığında “ب (ile, karşılığında)” bağlacı hangisinde ise o semendir. Örneğin bir mal, bir kilogram şeker karşılığında satılmışsa semen bir kilogram şekerdir.

- Mislî malların birbirlerine karşılık satışında, önceki maddede olduğu gibi “karşılığında” bağlacının ait olduğu mal semendir.

- Kıyemî malların birbirlerine karşılık satışında, bunlardan her biri bir açıdan semen diğeri bir açıdan bedel sayılır.

Çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere mebî‘ ve semen ayırımının öne çıkan sonuçları şunlardır:³⁸

a. *Akdin infisahı açısından:* Semen, satıcının kabzından önce helâk olması akdin fesadına sebep olmaz. Fakat mebî‘in, kabzdan önce insan etkisi dışında bir

³⁷ Zerkâ, *age.*, s. 81. Ayrıca bkz. Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 145; İbn Âbidîn, *age.*, V, 272, 273.

³⁸ Kâsânî, *age.*, V, 234 vd.

sebeple tamamen helâk olması, satım akdinin infisahına, kısmen zarar görmesi veya üçüncü bir şahsın itlafı ise alıcı için fesih hakkının doğmasına yol açar. Ancak bu hasarlara alıcı sebep olursa kabzetmiş olur.

b. Kabz öncesi tasarruflar açısından: Kural olarak kabzedilmeden önce özellikle menkûl mebî‘de tasarruf yapılamaz. Fakat sarf ve selem dışındaki akitlerde kabzından önce semen yeni bir tasarrufa konu yapılabilir. Çünkü muayyen olsa da bedel helâk olduğunda yerine kıymeti ödenebildiğinden akit fesholmaz.³⁹

c. İfa masrafları açısından: İslâm hukukçuları prensip olarak satılan malın teslimi ile ilgili masraf ve işlemlerin satıcıya, bedelin teslimi ile ilgili masraf ve işlemlerin ise alıcıya ait olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Fakat taraflar isterlerse bu masrafların kime ait olacağını kendi aralarında kararlaştırabilirler.

d. Hapis hakkı açısından: Hanefî ve Mâlikîlere göre peşin satışta, satıcının semeni tahsil edene kadar malı alıkoyma hakkı vardır. Şâfiî ve Hanbeliler ise önceliği malın teslimine tanırlar ve normal durumda hapis hakkını kabul etmezler.

B. Satılan Mal (Mebî‘)

1. Tanım

İslâm hukukunda akde konu edilen şey, *mahallü'l-akd* ya da *makûd un aleyh* kavramları ile ifade edilmektedir. Satım akdinde bunlara ek olarak *mahallü'l-bey* terimi de kullanılır. Bu kavramlar, akdin neticesinin ve hükmünün üzerinde ortaya çıktığı şey manasına gelmektedirler. Ancak *akdin konusu* terimine İslâm ve günümüz hukukunda yüklenen anlamlar farklıdır. İslâm hukukunda akdin konusu kavramı ile “akdin doğurduğu sonuç, hak ve görevler” kastedilir. Günümüz hukukunda ise akdin konusu kavramı “akde konu olan şeyi” anlatır.⁴⁰ Çalışmamızda akdin konusu kavramı günümüzdeki anlaşıldığı şekliyle yani *satılan mal* olarak kullanılmıştır.

³⁹ İbnü'l-Hümâm, *age*, VI, 479; İbn Âbidîn, *age.*, V, 152.

⁴⁰ *Mecelle*, m. 150; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *İslâm Hukuku: Çağdaş Yaklaşımla*, I-III, trc. Servet Armağan, Timaş Yayınları, İstanbul, 1993, I, 240; Karaman, *age.*, II, 158.

Akdin konusu akitlere göre değişmektedir. Örneğin satım akdinde bir otomobil veya yemek şirketi ile yemek temini üzerine anlaşmada olduğu gibi bir nesne, kira akdinde kiralanana bir işyeri veya evin menfaati, bir temizlik şirketi ile temizlik için anlaşılmasındaki gibi bir iş veya ders vermede olduğu gibi emek olabilir.

Mebî‘ (الْمَبِيعُ) terim olarak, satım akdinde satılan, satılmış, semen ile tayin edilmiş, tayin etmek ile belirlenmiş şeye denir.⁴¹ *Mecelle*’de ise “*mebî` satılan şeydir ki beyde teayyün eden ayndır ve beyden maksad-ı aslî budur*” (m. 151) şeklinde tanımlanmıştır.⁴² Mahallu’l-akd veya ma’kûdun aleyh kavramları, bütün akitler için kullanılabilirdiği halde mebî‘ “satılan mal” olup satım akdine mahsustur.

Hanefilere göre mebî‘ akitte belirlenmekle (tayin) belirli hale gelir ve mislî bile olsa yalnızca onun teslim edilmesi gerekir. Şafî ve Mâlikîler ise mebî‘ ve semeni beraberce ma’kûdun aleyh kabul edip, satım akdinde üzerinde konuşulanı mebî‘ (müsemmen), karşılık gösterileni ise bedel (semen) kabul ederler.⁴³

Satım akdi mebî‘ açısından incelendiğinde aşağıdaki şekilleri görülür:⁴⁴

- *Malın bedel karşılığında satılması*: Satışın en sık görülen ve satım akdi denilince ilk akla gelen şeklidir.

- *Nakit parayı yine nakit para karşılığı satmak*: Buna İslâm hukukunda *sarf* (*Mecelle*’de *akçe bozma*), günümüzde ise *kambiyo* denilmektedir.

- *Malı mal karşılığında satmak*: Buna İslâm hukukunda *mukâyada*, günümüzde ise *trampa* denir.

⁴¹ Kâsânî, *age.*, V. 233.

⁴² Fakat daha sonraları *Mecelle*’nin tadili için kurulan Kânûn-ı Medenî komisyonu tarafından, 151. maddenin “*Mebî` satılan şeydir ve beyden maksad-ı aslî budur*” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir. Böylece mebî‘ sadece ayn olmaktan çıkarılmış, borçlar ve hukuk-ı müekke de (geçiş, şirb ve mesil hakları gibi def-i zarar için olmayıp, asaleten sabit olan haklar) mebî‘ kapsamına alınmıştır. Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1997, s. 363 vd.

⁴³ Kâsânî, *age.*, V. 233, 234; Şirbînî, *age.*, II, 6; ed-Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, III, 10.

⁴⁴ *el-Fetevâ’l-Hindîyye*, III, 4; Cin, Halil – Akgündüz, Ahmet, *Türk İslâm Hukuk Tarihi*, I-II, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990, II, 238.

- *Peşin para ile veresiye mal satmak*: Fıkıhta selem, günümüzde alivresatış (önceden satış) denilir.

- *Sanatın ve el emeğinin satımı*: İstisnâ‘ akdi.

Bunlardan malın bedel karşılığında satımı dışında kalan satış çeşitleri, geniş anlamda satım akdi kavramına girmelerine rağmen zamanla ayrı birer akit kimliği de kazanmışlardır.⁴⁵

Mebî bazen yekpare olmaz, böyle durumlarda satışta mebî‘e dâhil olabilecek şeyler üç gruba ayrılır:

a. *Örfe göre mebî‘e dahil olanlar*: Evin çatısı, anahtarları gibi levazımı.

b. *Süreklilik üzere bitişik olanlar*: Arazi üzerindeki ağaç ve binalar, elektrik, su vb. tesisatı.

Bu iki maddedeki nesnelere akitte söylenmeseler de satışa dahil olurlar.

c. *Söylenmesi gerekenler*: Yukarıdaki iki madde dışında kalan yol ve geçiş gibi hakların satışa dahil olmaları için, mebî‘ ile beraber “bütün haklarıyla”, “alt yapılarıyla”, “tâbîleriyle” gibi kayıtların konulması gerekir.⁴⁶ Yine de bu ölçüler, akdin yapıldığı beldenin örfü ile beraber değerlendirilmelidir.⁴⁷

Akdin doğurduğu borçlardan olan mebî‘in teslim borcu mahiyet olarak bir “parça borcudur”. Mebî‘, parça borçlarının İslâm hukuk literatüründeki en tipik örneğidir. Çünkü genellikle kıyemî mallardan bazen de ayrılmış olan mislî mallardan oluşur ve bu özel haliyle parça borcunun konusudur.⁴⁸

Bir şeyin mebî‘ olabilmesi için öncelikle İslâm hukukunda mal olarak kabul edilmesi, sonra da bu malın satım akdine konu edilirken bazı şartları taşıması gerekir.

⁴⁵ Bardakoğlu, “Bey”, *D.İ.A.*, VI, s. 14.

⁴⁶ el-Haffif, Ali, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, trc. R. Yaran, Litera Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 554.

⁴⁷ Bkz. *Mecelle*, m. 230-236; Zerkâ, *Akdü'l-Bey'i*, s. 55 vd.

⁴⁸ Aybakan, Bilal, “Mebî‘” *D.İ.A.*, XXIII, ss. 212-214. Ankara 2003, s. 213. Parça borcu, konusu yeteri derecede ayırt edici özellikleriyle belirtilmiş olan bir tek şeyin oluşturduğu borçtur. Ayn borcu, parça borcu veya ferden muayyen borç da denilir. Aybakan, a.y.

Aynı zamanda bir malın kabz veya teslimi bu malın çeşidine göre değişmektedir. Bu sebeple, hem akde konu olmasında öne çıkan özellikleri hem de kabz ve teslim ile ilgili işlemlere ışık tutması açısından, İslâm hukukunda mal kavramı ve çeşitleri hakkında kısaca bilgi verilip daha sonra bir malın satım akdine konu olabilmesi için hangi durumların bulunmasının zorunlu olduğu incelenecektir.

2. Mal Ve Çeşitleri

a. Malın tanımı

İslâm hukukunda mal kavramı, dinî ve örfî değer taşıdığı kabul edilen nesnelere için kullanılmıştır. En yaygın tanımıyla mal, *insanın yaratılışı icabı kendisine meylettiği ve ihtiyacı için kasten muhafaza olunan menkûl ve gayrimenkûl şeydir* (Mecelle, m. 126). Bu tarifteki insanın meyletmesi durumu “iktisadi değeri”, koruma altına alınması da “fiziki varlık” unsurunu yani ayn⁴⁹ olmasını ifade etmektedir. Malın sahip olduğu iktisadi değeri de örf⁵⁰ belirler.

Hanefî hukukçularının görüşleri esas alınarak yapılan yukarıdaki tanıma göre mal kavramı yalnızca maddî varlıkları kapsar, hak ve menfaatler gibi fiziki olarak var olmayan şeyler mal değildir. Buna göre (süknâ ve irtifak gibi) haklar ve menfaatler mal olamaz, satışa konu yapılamaz ve zayi edilmeleri halinde tazmin edilmeleri gerekmez. Fakat Hanefîler zamanla uygulamanın baskısı ile bu kuralda istisnalar yapmak zorunda kalmışlardır. Bu istisnalar öncelikle yetim, vakıf ve devlet malları ile kiralanmak üzere hazırlanmış malların gaspı halinde, menfaatlerin tazmin edilmesi görüşünü kabul ile başlamış, daha sonra bu konudaki diğer mezheplerin görüşleri esas alınmıştır.⁵¹

⁴⁹ Ayn kelimesi hukukta üç anlamda kullanılır: a) Mevcut, hazır ve belirlenmiş mal (yukarıdaki metinde bu anlamda kullanılmıştır). b) Ariyet ve kiralık olarak verilebilen yani menfaatten faydalanılan malın, menfaatten soyutlanmış hali. c) Borç ilişkisine konu olan belirlenmiş mal. Buna ferden muayyen mal da denir. Aybakan, Bilal, *İslâm Hukukunda Borçların İfası*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul 1998, s. 24, 25.

⁵⁰ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 501 vd.; Karaman, *age.*, III, 12.

⁵¹ Nitekim *Mecelle*'nin malın tanımını yapan 126. maddesinin, tadil komisyonunca şu şekilde değiştirilmesi teklif edilmiştir: *Mal onda menâfise ve bezl cari olan şeydir*. Böylece menfaat de mal kapsamına alınmıştır. Kaşıkçı, *age.*, s. 353, 364.

Şâfiî ve Hanbelilere göre menfaatler mal sayılır. Mâlikîler hakları da mal kabul ederler.⁵² Çünkü bu hukukçulara göre eşyalar, sağladığı yarar sebebiyle mal olurlar. Akitlerden maksat bunların kendisi değil bunlardaki menfaati elde etmektir. Nitekim faydası olmayan şeyler, mal sayılmaz. Bu durumda menfaatler mal sayılmaktan nasıl soyutlanabilir? Bu yüzden menfaat, mal olarak kabul edilmelidir. Bazı İslâm hukukçuları, menfaatlerin mal kabul edilmelerine dair cumhurun görüşünü insanların teâmüllerine daha uygun bulmuşlardır.⁵³

Bazı muasır İslâm hukukçularına göre ise mal, insanlar arasında maddî kıymeti bulunan ayndır. Böylece sadece manevi haklar ve maddî kıymeti olmayan leş, azlığı sebebiyle değersiz olan (gayr-i mütemevvel) birkaç tane tahıl gibi şeyler mal sayılmayıp şahsî ve aynî haklar, telif, patent ve ticarî unvan hakları ise kişinin mülkü içinde düşünülmüştür.⁵⁴

Menfaat ve hakların mal sayılmaları hakkında çoğunluğun görüşü daha isabetli görünmektedir. Nitekim günümüzde telif ve patent hakları, ayn olan mallar gibi değer kazanmış ve kanun koruması altına alınmıştır.

Şunu da ilave etmek gerekir ki İslâm hukukunda mal terimi, günümüz eşya hukukundaki kullanımından daha geniş anlam taşımaktadır. Örneğin mal tekil olarak kullanıldığında “servet, mal varlığının aktif kısmı, özel mülkiyet hakkı” anlamlarına gelirken, çoğulu olan emvâl mal varlığı hukuku, kul hakları ve devlete ait bütün gelirleri ifade eder.⁵⁵

Günümüz hukukunda ise mal, parasal bir değeri olan eşyadır.⁵⁶

⁵² Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, I-XI, thk. R. Fevri, Dâru'l-Vefâ, Mensûre 2001, VI, 150; Buhûfî, III, 152; Desûkî, Şemsüddîn Muhammed, *Hâşiyetü'd-Desûkî ala Şerhi'l-Kebir*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts, IV, 457.

⁵³ Zeydân, *age.*, s. 218, 219.

⁵⁴ Zerkâ, *age.*, 852 vd.; Karaman, *age.*, III, 12, 23.

⁵⁵ Hacak, Hasan, “Mal”, *D.İ.A.* XXVII, ss. s. 462. İslâm Hukukunda bir nesnenin mal sayılmasının üç temel sonucu, aynî haklara konu olabilmesi, üzerinde her türlü hukukî işlemin yapılabilmesi ve hukuken koruma altında olması yani itlafı halinde tazmin yükümlülüğünün doğmasıdır. Hacak, a.y.

⁵⁶ Bilge, Necip, *Hukukun Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, 2. bs, s. 247.

b. Malın çeşitleri

İslâm hukukçuları malı hukukî, iktisadi ve fiziki özelliklerini göz önüne alarak aşağıdaki sınıflara ayırmışlardır.

(1) *Mütekavvim – Gayri mütekavvim Mal:* Mütekavvim kelime olarak değerli ve dayanıklı demektir. Mütekavvim mal ise hukuken tanınan mal anlamına gelir.⁵⁷

İslâm hukuk literatüründe mütekavvim kavramı, muhrez ve mübah malı ifade eder. Malın muhrez olması elde edilmiş, kazanılmış olmasını yani mülkiyet altında bulunmasını, mübah olması ise kullanılmasına dinen izin verilmiş ve helal tanınmış olmasını anlatır.⁵⁸ Muhrez olmak örfî, mübah olmak ise şer'î bir unsurdur. Örfî unsur izafî olup yer ve zamana bağlı olarak değişebilir. Örneğin geçmişte elde edilmesi mümkün olmayan ve fazla değer taşımayan fakat bugün depolanabilen ve birkaç yüzyıl öncesine göre değer kazanmış olan doğalgaz gibi madenler mal kabul edilmektedir. Şer'î unsur ise sabit olup zamana bağlı olarak değişmez.⁵⁹

Mütekavvim olmayan bir mal akdin konusu yapılırsa akit batıldır. Fakat bedel olarak tayin edilmişse çoğunluğa göre akit yine batıl iken Hanefîlere göre fâsittir.⁶⁰

Bir malın mütekavvim özelliğini kaybetmesi onu kişinin mülkiyetinden çıkarmayıp bu şey sahibinin mülkiyetinde kalmaya devam eder. Ancak bu gayr-i mütekavvim şeyin itlafı tazmin gerektirmez.⁶¹

(2). *Mislî-Kıyemî Mal:* Mislî mal, çarşı pazar veya piyasada birimleri arasında değer farkı olmayacak veya ihmal edilebilir derecede benzerlik bulunan mallardır.⁶² Seri şekilde üretilen elbiseler, mobilyalar buna örnek verilebilir. Kıyemî veya gayr-i mislî mal ise piyasada benzeri bulunmayan veya bulunsa bile emsalleri arasında önemli fiyat farkı olan maldır. Örneğin el yazması kitaplar kıyemî maldırlar. Mislî malın biri

⁵⁷ Bilmen, *age.*, VI, 10; Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, s. 359.

⁵⁸ Karaman, *age.*, III, 12, Zerkâ, *age.*, III, 859.

⁵⁹ Cin - Akgündüz, *age.*, II, 268; Karaman, *age.*, III, 13.

⁶⁰ *Mecelle*, m. 212, 371, 382; Bilmen, *age.*, VI, 28; Hacak, *agm*, s. 462.

⁶¹ Zerkâ, *age.*, III, 859; Cin - Akgündüz, *age.*, II, 268.

⁶² *Mecelle*, m.145.

diğerinin yerine geçebilir ama kıyemî malın biri diğerin yerini geçemez. Mislî mallara değerler ve miktarları ölçü birimleri ile tespit edilebildiği için *mukadderât* da (ölçülenler) denilir.⁶³

Mislî mallar ticarî muamelelerdeki ölçüm çeşitlerine göre dört sınıfa ayrılmıştır. Bunlar; mevzûnât (tartılanlar), mekîlât (hacim ölçüsü ile ölçülenler), zeri‘yyât (uzunluk ölçüsüyle ölçülenler) ve adediyât (sayılanlar) dır. Adediyât da kendi içinde ikiye ayrılıp, birimleri arasında önemli fark olanlara (kavun, lahana gibi) mütefâvite ve önemli fark olmayanlara (ceviz, yumurta gibi) ise mütekâribe denir. Mütefâvite olanlar sayılarak alınıp satılmaları âdet ise kıyemî, tartılarak alınıp satılmaları âdet ise mislî mal sayılırlar. Bütün bu sınıflandırmalarda da ticarî örf etkili olduğundan, örfün değişimi ile bu malların tasnifinde değişiklik olabilir.⁶⁴

Malın mislî veya kıyemî özelliği izafidir. Zamanla mislî bir mal kıyemîye, kıyemî bir mal mislîye dönüşebilir. Örneğin nadir bir bulunan mal çoğalırsa kıyemîden mislîye dönüşür. Piyasada çok bulunan bir mal, üretiminin durdurulması gibi nedenle azalırsa mislîden kıyemîye döner.⁶⁵

Borca konu olma açısından bakıldığında, İslâm hukukunda ayn borcu, günümüz hukukunda ise parça borcu veya ferden muayyen borç denilen borçların konusu genellikle kıyemî mallardır. Yine İslâm hukukunda deyn borcu, günümüzde ise cins borcu ya da nev’an muayyen borç denilen borcun konusu da mislî maldır.⁶⁶

Mislî – kıyemî mal ayırımının sonuçları özetle şunlardır: Mislî mallar para gibi zimmete taalluk eder ve belli bir ayna (mala) bağlı değildir. Yani mislî bir mal veya para borç alan kişi, bu borcunu aynen değil cinsi ile ödeyebilir. Kıyemî mallar ise zimmet borcu olamaz. Mislî mal itlaf edildiğinde öncelikle mislî yani aynı cins ile yoksa kıymeti ile tazmin edilir. Kıyemî mal itlaf edildiğinde aynısı bulunamayacağından kıymeti ile tazmin edilir. Ribe’l-fadl (fazlalık faizi) mislî mallarda

⁶³ Bkz. *Mecelle*, m.146; Bilmen, *age.*, VI, 10, Zuhaylî, *age.*, IV, 51.

⁶⁴ Karaman, *age.*, III, 15; Zerkâ, *age.*, III, 867.

⁶⁵ Bkz. Zerkâ, *age.*, III, s. 864 vd.

⁶⁶ Genel kural yukarıdaki gibi olmakla beraber mislîlerin ayn, kıyemîlerin de deyn borcu olmaları mümkündür. Aybakan, *age.*, s. 49-50, 62-63.

gerçekleşir. Misli mal borçlarının birbiriyle takası mümkündür, kıyemî mal borçları ise birbirleriyle takas edilemezler. Misli mallara aynî ve şahsî haklar taalluk ederken, kıyemî mallara ise sadece aynî haklar taalluk eder.⁶⁷

(3). Menkûl - Gayrimenkûl

Kelime olarak taşınır mal anlamına gelen menkûl mal tabiri ile *özüne zarar vermeksizin taşınabilen mal*⁶⁸ kastedilir.

Hanefiler menkûl malları; “şekli değişerek de olsa bir yere nakli mümkün olan mallar”⁶⁹ olarak tarif etmişlerdir. Örneğin otomobil, mobilya ve şekli değişerek de olsa sökülüp taşınabilen arazi üzerindeki ağaç ve binalar menkûl sayılırlar.

Akar⁷⁰ denilen gayrimenkûl malların kapsamı hakkında İslâm hukukçularının görüşleri ikiye ayrılır: Hanefilere göre akar, arazi ve binalar gibi sabit bir kökü olan ve nakli ya da değişmesi mümkün olmayan nesnelere dir. Buna göre sökülmesi mümkün olan ağaçlar gayrimenkûl sayılmaz.⁷¹ Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî hukukçulara göre ise akar, arazi, bina ve ağaçlardır.⁷²

Malın menkûl veya gayrimenkûl olması satım akdinde kabzedilmeden önce üzerinde tasarruf yapılabilmesi açısından önem taşır. Çalışmamızın son bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, Hanefiler gayrimenkûl mebbî’de kabz öncesi tasarrufları geçerli görürler.

(4). *Tüketilen Mal - Kullanılan Mal*: Tüketilen mal, bir defa kullanılmakla veya ilk kullanımda mülkiyetten çıkan ya da aynı tarzda tekrar kullanmaya müsait olmayan maldır. Yiyecek, içecek, para bu tür mallara örnek gösterilebilir.⁷³

⁶⁷ Zerkâ, *age.*, III, 868- 869; Karaman, *age.*, III, 16-17; Aydın, *age.*, 360

⁶⁸ Hacak, *agm.*, s. 464.

⁶⁹ *Mecelle*, m. 129.

⁷⁰ Akar, fıkhîta gayrimenkûl, halk arasında ise kiralamakla gelir getiren şey anlamında kullanılır. Bilmen, *age.*, VI, 10.

⁷¹ Fakat Hanefiler önceleri menkul saydıkları bina ve ağaç gibi malları zamanla bazı yerlerde gayrimenkûl saymışlardır. Zuhaylî, *age.*, IV, 46; Cin - Akgündüz, *age.*, II, 269.

⁷² Zerkâ, *age.*, III, 876

⁷³ Karaman, *age.*, III, 16-17. Nakit parada tüketim hukukî olmaktadır, para elden çıkmakla tüketilmiş sayılır. Zerkâ, *age.*, III, 872

Kullanılmakla yıpransa da bir süre daha kendisinden faydalanılan mallar ise kullanılan maldır. Örneğin bilgisayar, elbise, ayakkabı gibi nesnelere bu tür mallardır.⁷⁴

Genellikle tüketilen mallar mislî, kullanılan mallar kıyemî sınıfında yer alırlar. Tüketilen mallar, karz gibi tüketim amaçlı akitlere, kullanılan mallar ise kira ve ariyet gibi kullanım amacı taşıyan akitlere konu olurlar. Her iki çeşit mal da satım akdinin konusu olabilir.⁷⁵

Tüketim, hükmî kabz çeşitlerindedir.

(5). Bölünebilen – Bölünemeyen Mal

Ekonomik değerinde dikkate değer bir azalma meydana gelmeden aynı vasıfta birden çok parçaya ayrılabilen mallar bölünebilen, böyle olmayanlar ise bölünemeyen mallardır.⁷⁶ Örneğin kesilerek ve tartılarak satılan peynir gibi yiyecek maddeleri bölünebilir grubundadır. Kesilmeden tartılarak satılan elma vb. meyveler ise bölünemeyen grubuna girerler.

Bölünebilir bir mebi'in kabzdan önce bir kısmına zarar gelmesi halinde, alıcının akdi feshetmek yanında, kalan kısım için akdi devam ettirme hakkı doğmaktadır.

Mal yukarıdaki tasniflerin dışında üzerinde mülkiyet hakkı bulunması açısından sahipli, sahipsiz ve kısıtlı, mülkiyete tâbî olması açısından özel mülkiyete tâbî olan-olmayan ve ortak kısımlarına da ayrılır.⁷⁷

Günümüz hukukunda ise mallar, taşınır - taşınmaz, bağımsız olan - olmayan, mislî olan - olmayan, sahipli olan – olmayan, kamu malı - özel şahsa ait mal kısımlarına ayrılmaktadır.⁷⁸

⁷⁴ Karaman, *age.*, III. 16-17

⁷⁵ Zuhaylî, *age.*, IV, 55.

⁷⁶ Hacak, *agm.*, s. 464.

⁷⁷ Karaman, *age.*, III. s. 19 vd. Çalışmamızla doğrudan ilgisi bulunmadığından bunlara temas edilmemiştir.

⁷⁸ Bilge, Necip, *age.*, 248-250.

3. *Mebî'de Aranılan Şartlar*

İslâm hukukuna göre akde konu olacak malın, akit ile ilgili bazı genel esaslara uygunluğu gerekmektedir. Bu esaslar, akdin sağlıklı netice doğurması için gereklidir. Örneğin var olmayan, maddeten değersiz, alıcıya teslim edilmesi şüpheli ya da belirsiz bir malın akde konu edilmesi halinde önemli sorunların çıkacağı, beklenen sonuçların alınamayacağı, akdin yapılmasının bir anlamının kalmayacağı açıkça öngörülebilir.

İslâm hukukçuları, gerek muamelat sahasında genel kural haline gelmiş gerekse bazı konulara özel naslardan hareketle, akde konu yapılacak şeyde bir takım temel şartların bulunmasını gerekli görmüşlerdir. Ayrıntılarda bazı farklılıklar olmasına rağmen satılacak malda da bulunması gereken bu temel özellikler, akit konusunun teâmüle uygun, malum, mevcut ve mümkün olmasıdır.

Bazı muâsır İslâm hukukçuları bu şartları, akit konusunun akdin hüküm ve muktezasına elverişli olması ile çekişmeye götürecek kararı içermemesi olarak iki maddeye indirgemişlerdir.⁷⁹

Akdin konusunda bulunması gereken bu şartlar bazen in'ikâd bazen de sıhhat şartı olmakta ve yokluğu ya da istenilen şekilde olmaması akdi batıl veya fâsit duruma getirmektedir.⁸⁰

Akde ve satım akdine konu edilecek şeyde bulunması gereken temel özellikler şunlardır:

a. Mebî'in mevcut olması

Tarafların akit yapmaları sırasında malın mevcut olması gereklidir. Genel kurala göre akit konusunun akit yapılırken yok olması veya yok olma tehlikesi bulunması akdi hükümsüz hale getirir. Akit yapıldığı sırada var olmayan böyle bir konunun, gelecekte oluşacak olması kesin olsa bile akit yine hükümsüzdür.⁸¹ Fiziki olarak var olmasına

⁷⁹ Ebû Zehrâ, *age.*, s. 265; Zeydân, *age.*, s. 307.

⁸⁰ el-Haffî, *Hukuki İşlemler*, s. 541-453.

⁸¹ Kâsânî, *age.*, V, 138; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, III, 13.

rağmen akit meclisinde olmayan yani tarafların görmedikleri eşya da mevcut olmayan mal hükmündedir.⁸²

İslâm hukukçuları, akit sırasında mevzuun mevcut olma şartının gerekçesi olarak aldanmaların ve bunun neticesi olacak çekişmelerin önlenmesini gösterirler. Bununla beraber bu şartın Hz Peygamberin (s.a.s.) “*Yanında olmayanı satma*”⁸³ hadisine dayanan nassî bir şart olduğu görüşünde olanlar da vardır⁸⁴.

Akit sırasında konunun bulunması kesin bir şart olmayıp, fukahânın konu ile ilgili ihtilaf ve istisnaları vardır.⁸⁵ Akit sırasında mevcut olmayan malın satımı olan bu istisnâî durumlar şöylece özetlenebilir:

a. Olgunlaşmamış ürünlerin satışı: İslâm hukukçuları, aslı mevcut olup henüz olgunlaşmamış ürünlerin satışını, olgunlaşma süresinin kısalığı ve teâmül haline gelmesi nedeniyle caiz görmüşlerdir. Örneğin meyve görünüşte tamamen belirgin hale gelmişse yenilmeye elverişli olmasa da bu haliyle yani tamamen olgunlaşmasından önce mebî‘ olabilir.⁸⁶

Yine bazı fakihler, peyderpey olgunlaşan ürünlerin bir satım akdinde topluca satışına izin vermişlerdir. Örneğin salatalık, kavun, karpuz gibi ürünlerin hepsi bir anda olgunlaşmayıp, bazıları daha geç erginleşir.⁸⁷ Bunların hepsi tek akitte satılabilir.

b. Selem ve istisnâ‘ akitleri: Peşin bedel ile veresiye mal satın almak olan selem, ilgili ayet⁸⁸ ve Hz. Peygamberin (s.a.s.) sünnetine dayanılarak, akit konusunun mevcut

⁸² Beki, Abdülaziz, *İslâm Muamelat Hukuku*, (Borçlar ve Ticaret hukuku) Muhtasarı, Bekke Yayınları, yy, ty. 53.

⁸³ Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmîzî, Buyû, 19; Nesâî, Buyû, 60; İbn Mâce, Ticârât, 20.

⁸⁴ Karaman, *age.*, II, 159; Beki, *age.*, 53. Bu mevzu, mebî‘de kabz öncesi tasarruflar başlığı altında detaylı olarak incelenecektir.

⁸⁵ Nitekim mevcut olmayanın satışı Mâlikîlere göre sadece muâvazalı akitlerde yasaktır. Hanbelîler ise “garar” unsurunu öne çıkarıp, meydana gelmesi zarurî şeylerin satışını geçerli görürler. Döndüren, *age.*, s. 63.

⁸⁶ *Mecelle*, m. 206; Karaman, *age.*, II, 160. Eğer örf varsa meyveler olgunlaşana kadar ağaçta bırakılabilir. Bilmen, *age.*, VI, 28

⁸⁷ Senhûrî, *age.*, III, 27 vd.

⁸⁸ “*Ey iman edenler! Belli bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman onu yazın!*” (Bakara, 2/282).

olması genel kuralından hariç tutulmuştur. Bazı mezheplerde selemin bir türü olarak görülen istisnâ' akdi ise özel bir malda, özel bir usûl ile sanatkârdan iş talebidir.⁸⁹

Her iki akitte de akit yapılırken mebî' ortada yoktur. Fakat yapılmalarına izin verilmesine rağmen bu akitler tamamen bilinmezliğe de bırakılmamıştır. Bunların geçerli olabilmesi için tarafların ileride ihtilafa düşmelerini önleyecek şekilde bazı şartlar gerekli görülmüştür. Özetle bu şartlar her iki bedelin cins, tür, miktar gibi özelliklerinin belirlenmesine yöneliktir.⁹⁰

b. Mebî'in mümkün olması

Akde konu olabilecek şey ilgili tarafa teslim edilebilir nitelikte olmalıdır.⁹¹ Mevzuun mümkün olması da denilen bu hususta, Hz. Peygamberin (s.a.s.): “*Sudaki balığı satın almayın, bu bir garardır*”⁹² hadisi kural olarak alınmıştır. Garar; bilinmezlik, belirsizlik yani akit konusunun meydana gelip gelmeyeceğinin meçhul olmasıdır.⁹³ Buna göre akdi yapanların sudaki avlanmamış balık ve havadaki yakalanmamış kuş gibi teslimine güçleri yetmeyip bu sebeple akit sonucunda zarar görecekları şeyleri akit konusu yapmaları caiz değildir.⁹⁴

İslâm hukukunda ifa imkansızlığı akitten önce veya akitleşme sırasında ortaya çıkarsa butlan, akitten sonra oluşursa fesih sebebi olmaktadır.⁹⁵

Mevzunun mümkün olmasına engel görülen bir durum da teslim için gereken ayırma, çıkarma gibi bir işlemin sonucunda malın satılmamış kısmının zarar görmesidir. Satıcı kendisine ait bu kısımdaki zarara razı olmazsa akit fâsittir.⁹⁶

T.B.K. da, akdin konusunun gayr-i mümkün olmasını hükümsüzlük sebebi saymıştır.⁹⁷

⁸⁹ İbnü'l-Hümâm *age.*, VI, 240, VI, 66-67; İbn Âbidîn, *age.*, V, 223.

⁹⁰ İbn Rüşd, *age.*, II, 202.

⁹¹ Kâsânî, *age.*, V, 147

⁹² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 388.

⁹³ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 154.

⁹⁴ Nevevî, *Ravza*, III, 24-25; Zeylâî, *age.*, IV, 45.

⁹⁵ Karaman, *age.*, II, 171.

⁹⁶ Serahsî, *age.*, XXIII, 39; Kâsânî, *age.*, V, 168. Alacağın borçludan başkasına satımı da teslim güçlüğü olduğundan geçerli görülmemiştir. Kâsânî, *age.*, V, 148; İbn Nüceym, *Bahr*, V, 280.

c. *Mebî'in tayin edilmesi*

Akit konusunun akitleşme sırasında malum yani taraflarca bilinir olması gerekir. Çünkü akdin gereği olan teslimi engelleyen ve taraflar arasında çekişmeye götüren her türlü cehalet garar unsurudur, bu garar akdin maksadının gerçekleşmesine engel olup geçersiz hale getirir.⁹⁸

Garara sebep olan bilinmezliğin giderilmesi için mebî'in cinsi, özellikleri, kalitesi ve ölçüsü akit sırasında belirlenmelidir. Akdin konusuna ilişkin bilgisizlik, tarafları çekişmeye ve husumete sevk edecek ve de teslim tesellüm yapmalarını engelleyecek derecede ise aşırı bilgisizliktir. Eğer bilgisizlik ihtilafa ve çekişmeye yol açmayacak derecede ve akdin yapıldığı yerdeki insanların örfünde hoş görülür ölçüde ise akdin gerçekleşmesine engel olmaz.⁹⁹

Akit meclisinde bulunan konunun tayini göstermek veya işaret etmek ile yapılabilir.¹⁰⁰ Akit meclisinde bulunmayan konunun tayini hakkında ise İslâm hukukçuları arasında farklı görüşler vardır. Şâfîlilere göre, mal mecliste olsa da olmasa da her halükarda görmek şarttır. Mâlikî, Hanefî ve Hanbelîlere göre ise mebî' görülme bile özellikleri belirtilerek satılabilir. Ancak müşterinin mebî'i görünce satıştan görme muhayyerliği vardır.¹⁰¹

d. *Mebî'in hukukî teâmüle uygun olması*

Akde konu olacak şeyde aranan önemli bir özellik de hukukî teâmüle uygun bir başka deyişle meşru olmasıdır. Akit konusu mal daha önce açıklandığı şekilde mütekavvimlik özelliklerini taşımalıdır. Aksi halde akit batıl yani hükümsüz olur.¹⁰²

⁹⁷ T.B.K., m. 20.

⁹⁸ Serahsî, *age.*, XIII, 3; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 530; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 22.

⁹⁹ Zeydân, *age.*, 310; Zuhaylî, *age.*, IV, 179.

¹⁰⁰ *Mecelle*, m. 200.

¹⁰¹ Şirbînî, *age.*, II, 25; Kadı Abdülvehhâb, Ebû Muhammed b. Ali, *el-Maûne alâ Mezhebi Alimi'l-Medîne*, I -II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1998; II, 20; İbn Rüşd, *age.*, II, 155, 156; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 240, Buhûfî, *age.*, III, 163.

¹⁰² İbn Âbidîn, *age.*, V, 50.

İslâm hukukçuları malın mütekavvim olmasının yani hukuken değer taşımasının temel olarak iki özelliğe sahip olması ile gerçekleşebileceğini belirtmişlerdir. Bu iki temel özellik akit konusunun dinen temiz olması ve kendisinden faydalanılabileme durumlarıdır.

Mebû'in öncelikle dinen temiz kabul edilen şeylerden olması gerekir. Necis nesnelere nasslardan çıkartılarak tespit edilmiştir ve kural olarak bunların gayr-i mütekavvim kabul edilmelerinde zaman veya mekâna bağlı olarak değişiklik söz konusu olmaz. Örneğin şarap, ölmüş hayvan ve domuzun alım satımının haram olduğu Hz. Peygamberin (s.a.s.) hadisi¹⁰³ ile belirtildiğinden, İslâm hukukçuları bu nesnelere şeran değer taşımadığı ve akde konu olamayacağına ittifak etmişlerdir.¹⁰⁴

Malın mütekavvim olmasının ikinci önemli unsuru ise akde konu olacak şeyin meşru şekilde kendisinden faydalanılan bir şey olmasıdır. Buna göre dinen temiz olduğu halde faydasız şeylerin satışı caiz değildir. Örneğin haşereler, yırtıcı hayvanlar, yolu olmayan bina gibi şeylerden yararlanmak mümkün olmadığından akde konu edilemezler.¹⁰⁵ Bazı fakihler ise bu tür nesnelere necis bile olsa yeme içme dışında tedavi, gübre, ışıklandırma, boyama gibi amaçlarla kullanılmak istenmeleri durumunda akde konu olabileceği görüşündedirler.¹⁰⁶

Maldan faydalanılması durumu zaman ve mekâna bağlı olarak değişebilir. Eskiden faydasız görülen bir nesne bugün çok faydalı ve değerli olabilmektedir. Petrol buna en bariz örnektir.¹⁰⁷

¹⁰³ “Allah şarabın, murdarın, domuzun ve putların satımını haram kılmıştır”. Buhârî, Buyû 105; Müslim, Buyû, 93.

¹⁰⁴ Kâsânî, *age.*, V, 305; Şîrbînî, *age.*, II, 16. İbn Rüşd, *age.*, II, 126.

¹⁰⁵ Şîrâzî, Ebû İshak Cemâlüddîn b. Ali, *el-Mühezzeb fi Fikhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, I-III, thk: Z. Âmirât, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, II, 11.

¹⁰⁶ İbn Rüşd, *age.*, II, 126-128; İbn Âbidîn, *age.*, V, 68, 227.

¹⁰⁷ Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, A. H. İ. Tekstil, Orman Ürünleri Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 70-71.

III. KABZ VE TESLİM

A. Kabz Ve Teslimin Kavramları

1. Kabz

Kabz (الْقَبْضُ) kelimesi, قَبَضَ fiilinden türemiş olup sözlükte toplamak, kuşun kanat çırpma anında kanadını toplaması, almak, avuçlamak, avucuyla almak, malı kabul etmek, mülkünde olmak, daraltmak, çekilip buruşmak, büzüşmek, el ile dokunarak almak gibi anlamlara gelmektedir.¹⁰⁸

İncelediğimiz eserlerde İslâm hukukçularının kabzı terim olarak tanımlanmaktan çok gerçekleşme yolları üzerinde durduklarını gördük. Fukahânın bu tutumunun, kabzı sözlük anlamı doğrultusunda “akit konusunu almak” olarak kullanıp ayrı bir tarif yapmaya ihtiyaç duymadıklarından kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Kabz ile ilgili en veciz ve bilinen tanım Hanefîlerden Kâsânî'ye aittir. Ebû Hanîfe'nin “Kabz, satıcının müşteriye, *seninle mebî' arasını tahliye ettim, onu kabzet!* sözüne karşılık müşterinin, *kabzettim demesidir*”¹⁰⁹ ifadesi, Hanefî mezhebinde kabzın tahliye ile yapılabileceğine dair ilke olmuştur. Bu ilkeyi takip ederek kabz kavramını

¹⁰⁸ İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem el-Ensârî, *Lisânü'l-Arab*, I-XV, Dâr-ı Sâdır, Beyrut, t.y, VII, 213; er-Râzî, Ebû Bekr Muhammed b. Zekeriyâyâ, *Muhtârü's-Sihâh*, thk. M. Hâtır, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1988, s. 519; ez-Zebîdî, Muhammed b. Muhammed, *Tâcü'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, I-XL, Dâru'l-Hidâye, Kâhire, ty. IX, 5; Fîrûzâbâdî, Mecdüddîn Muhammed b. Yakûb, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, I-XL, Matbaatu Dâru'l-Me'mûn, Mısır 1938, I, 840. Kurân-ı Kerim'de kullanımı için bkz.: Tâhâ 20/96, Tevbe 9/67, Bakara 2/245, Mülk 67/19.

¹⁰⁹ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 274.

açıklamayan Kâsânî'ye göre, teslim ve kabz aynı durumu ifade ederler ki bu da tahliye'dir.¹¹⁰

Kâsânî'nin konu ile ilgili anlatımı şu şekildedir:

“Teslim ve kabzın açıklamasına gelince: Bize göre teslim ve kabz, tahliye ve tehallîdir. Bunlar satıcının, müşterinin tasarruf edebileceği şekilde engeli kaldırarak mebî' ile müşterinin arasını serbest bırakmasıdır. Böylece tahliye, satıcıyı mebî'i teslim, müşteriyi de kabzetmiş duruma getirir.”¹¹¹

Kâsânî'nin bu tanımı kendisinden sonra gelen Hanefiler ve muâsır İslâm hukukçuları tarafından da benimsenmiştir. Ancak Zeylâî, daha teknik bir yaklaşımla “tahliye kabzdır” yerine “tahliye teslimdir” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını çünkü engelleri kaldırma işleminin teslim edenin fiili olduğunu söyler. Ona göre tahliye satıcının gücü dâhilinde yapabileceği son işlemdir. Ele alarak kabzetmek ise başkasının yani alıcının isteğine bağlı bir davranıştır. Başkasının yapması gereken işlemi satıcıya yüklemek satıcının teslim borcunun ifasını imkânsızlaştırır.¹¹²

Kabz ile aynı kökten gelen takbîz ise bir şey üzerinden teslim edenin elini kaldırıp, teslim alanın elini koymasındır.¹¹³ Takbîz hem satıcının hem de alıcının teslim ve kabza yönelik ortak davranışları ile gerçekleşir.

Çalışmamızın ikinci bölümde etraflıca ele alınacağı üzere, Hanefilere göre kabz hakikî ve hükmi olarak iki çeşit olup¹¹⁴ tahliye de hükmi kabz çeşitlerinin en ön önde gelenidir.

Kabz ile arasında sebep sonuç ilişkisi bulunan önemli bir kavram da zilyetliktir. Zilyetlik, kabzın taşıdığı hâkimiyet¹¹⁵ anlamı ile örtüşmektedir. Malı kabzedenden aynı zamanda onun zilyedi de olmuştur. Öte yandan zilyetlik ile de kabz yapılmış olur.

¹¹⁰ Tahliye, kelime olarak boşaltmak, terk etmek anlamlarına gelir ve hapsedmenin zıttıdır. İbn Manzûr, *age.*, XIV, 237, VI, 44; ez-Zebîdî, *age.*, XXXVIII, 7.

¹¹¹ Kâsânî, *age.*, V, 244.

¹¹² Zeylâî, *age.*, IV, 63.

¹¹³ Kal'acî, Muhammed Revvâs - Kanîbî, Hamid Sadık, *Mucemu Lugatil'-Fukahâ*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut, 2004, 2. bs, s. 125.

¹¹⁴ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562, VI, 479; Ali Haydar, *age.*, I, 334, 335.

¹¹⁵ Karâfî, Ahmed b. İdris, *ez-Zehira*, I-XIII, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, V, 120.

Hukuken zilyetlik ise bir mala fiilen el koymak veya o malın sahibinin yaptığı tasarrufların benzerini yapmakla olur. Örneğin elbiseyi giymek, araziyi ekmek veya bina yapmak gibi eylemler zilyetliği gösteren tasarruflardır.¹¹⁶

Mâlikî hukukçuları kabz ile ilgili olarak havz (veya hıyâze) terimi de sıkça kullanırlar.¹¹⁷ Mâlikîlere göre havz, alınmak istenen şeye el koymaktır.¹¹⁸

Yukarıda verilen bilgilerden kabzı, *bir şeyi gerçekten veya hükmen almak* olarak özetlemek mümkündür.

Günümüz hukuk literatüründe almak, elde tutmak, edinmek anlamlarında olan kabz kavramı, bazen ahz-u kabz şeklinde kullanılmaktadır. Ancak kabz, ahz-u kabz terkiminden farklı olarak bir akit ve mukavele gereği olarak alma anlamını da taşır.¹¹⁹

Bir malı teslim alma, zilyetliğini ele geçirmek veya nakletmek anlamına gelen tesellüm kavramı da kabz ile eşanlamlıdır.¹²⁰

2. Teslim

Teslim kelime olarak سَلَّمَ filinden türetilmiş bir mastardır. Bir şeyi tam olarak herhangi bir eksiklik olmadan vermek, razı olmak gibi anlamlara gelir.¹²¹

Fıkıh kitaplarında tıpkı kabz gibi teslimin de ıstılahî bir tarifi yapılmayıp sözlük anlamında yani malı karşı tarafa vermek olarak kullanılmıştır.¹²²

Malın el değiştirme işleminin satıcının etkisiyle gerçekleşmesi teslimi, alıcının etkisiyle gerçekleşmesi ise kabzı ifade eder. Teslim malı elden vermek şeklinde

¹¹⁶ *Mecelle*, m. 1679; Bkz. Ali Haydar, *age.*, IV, 292 vd.

¹¹⁷ Kayravânî, Abdullah b. Abdurrahman, *er-Risâle*, Matbaatü'l-Medenî, Kâhire, 1989, III, 513; İbn Cüzey, Muhammed b. Muhammed, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Kalem, Beyrut, ty. s 213; Karâfî, *age.*, V, 132, VI, 228; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 182, s. 4, 234.

¹¹⁸ Tesûlî, Ali b. Abdüsselâm, *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, I-II, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1998. I, 271, II, s. 380.

¹¹⁹ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005. 9. bs., ss. 1381, s. 618; Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973, s. 16, 17.

¹²⁰ Erdoğan, *Sözlük*, s. 572; Uslu T. Azmi, *Yeni Hukuk Lügati ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Site Yayınları, İstanbul, 1964, s. 313.

¹²¹ er-Râzî, *age.*, s. 311; Kal'acî, - Kanîbî, *age.*, s. 130.

¹²² Kâsânî, *age.*, IV, 561; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 274; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561, 562.

olabileceği gibi, tahliye yoluyla hükmen de yapılabilir. Tahliye ile teslimin hukuken gerçekleşmiş olması için üç durumun mevcudiyeti gereklidir. Bunlar; satıcının mebû'î tahliye ettiğini sözlü beyanı, mebû'î'nin müşterinin tasarrufuna mani olmayacak şekilde huzurunda bulunması ve mebû'î'de satıcının herhangi bir hakkının kalmayacak şekilde arındırılmış olmasıdır.¹²³

İslâm hukukçularının eserlerinde, akit konusunun el değiştirme işlemine değinirken, teslimden çok kabz kavramını kullanmayı tercih ettikleri görülür. Bu tercihin sebebi, satıştan sonraki malî hak ve sorumlulukların akit konusunu takip etmesi ile açıklanabilir. Satım, hibe, rehin gibi akit konusunun intikalini gerektiren akitlerde teslim edenin sorumluluğu teslim işlemi ile bitmektedir. Akit konusunu kabzedenden taraf ise başta tazmin olmak üzere teslim aldığı malda hukukî tasarrufları yapabilme gibi çeşitli sorumluluklar ve haklar kazanmakta, artık bu aşamadan sonra kabzedenden taraf ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle kabzın teslimine göre daha uzun bir süreci vardır. Muhtemelen bu sebeple kabz kavramının kullanımı daha yaygınlaşmıştır.

Kabz kavramının kullanımının teslimine göre daha yaygın olmasının ikinci bir sebebi de kabz ve teslim ile ilgili meselelerin, kabz öncesi satış ile ilgili başlıklar altında geçmesi düşünülebilir. Özellikle kişinin eline geçmemiş olan gıda maddesinin satışının yasaklandığı hadis metinlerinde “kabzetmek” fiilinin geçmesi, konu ile ilgili fikhî tartışmaların ve açıklamaların bu kavram ile yapılmasına sebep olmuştur.

B. Kabz Ve Teslimin Yeri Ve Akitlere Etkisi

1. Genel olarak

İslâm hukukunda akit konusunun kabz veya tesliminin genel olarak akitlerin oluşumu sırasında önemli bir etkisi bulunmamaktadır. Akit, mücerret icap ve kabul ile tamamlanıp akabinde hükümleri sabit olur. Örneğin satım akdi icap ve kabul ile oluşup bedelin mülkiyetini satıcıya, malın mülkiyetini de alıcıya aktarır. Yani akit tamamlanıp kesinleşince bedel artık satıcının, mal da alıcındır. İslâm hukukunda satım akdinin asli hükmü günümüz hukukundan farklı olarak mülkiyeti nakil borcu değil, bizzat

¹²³ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 274

mülkiyetin naklidir.¹²⁴ Akit konusu mal ve bedelinin teslimleri, meşru olarak gerçekleşmiş olan bir akdin doğurduğu borç¹²⁵, kabzları ise alacaktır¹²⁶.

Kabzın akdin neticesi olduğuna dair bu kaide ile beraber, bazı akitler ve tasarruflar için kabz önemli bir konumdur.

Kabz ve teslimde duydukları ihtiyaç açısından hukukî işlemleri üç gruba ayırmak mümkündür:¹²⁷

a. Kabz ve teslimde önemli derecede ihtiyaç duymayanlar: Bunlar evlilik, havale, vekâlet, vasiyet, cuale (bahşiş) gibi akit ve tasarruflardır. Bu işlemlerde ne geçerlilik ne bağlayıcılık ve ne de yürürlüğe girmeleri için akit konusunun kabzına gerek duyulmaz.

b. İstikrarı için kabz ve teslimde ihtiyaç duyanlar: Bazı akitlerin kurulumu aşamasında akit konusunun kabzına ihtiyaç yoktur, konunun teslim edilebilir olması yeterlidir. Ancak akit konusunun zarar görmesi gibi bir sebeple teslim gerçekleşmezse akdin icrasının taraflar için bir yararı ve anlamı kalmaz. Bu akit ya kendiliğinden fesholur veya akdi yapanlarca feshedilebilir. Bu tür tasarrufların kararlı duruma gelebilmeleri, akit konusunun teslimine bağlıdır. İstikrarı için kabza ihtiyaç duyan bu akitlerin başında satım ve kira akitleri gelmektedir.

Şu halde satım akdinde kabz ile beklenen istikrar, akdin teslim imkansızlığı sebebiyle infisah ihtimalinin ortadan kalkmasıdır. Çünkü satılan malın kabzdan önce

¹²⁴ Bu kuralın istisnası satıcının muhayyerlik hakkının teslimden sonra bile mülkiyetin intikaline engel olmasıdır. Böyle bir durumda alıcının muhayyerliği ise tartışmalıdır. Cin, Halil – Akgündüz, Ahmet, *Türk İslâm Hukuk Tarihi*, I-II, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990, ss. 470. II, 240. Günümüz Türk, Alman ve İsviçre hukukunda mülkiyet satım sözleşmesinin yapılması ile değil gereği olan ifânın yapılması ile geçer. Fransız, Latin ve İskandinav hukuklarında ise İslâm hukukunda olduğu gibi mülkiyet akit ile intikal eder. Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I-II, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1989, 2. bs. s. 37, 38.

¹²⁵ Kâsânî, *age.*, V, 233; *Mecelle*, m. 103; Karaman, *age.*, III, 63

¹²⁶ Tahliyenin hükmen teslim olması ve bundan sonra mebî'e ait hasar sorumluluğunun müşteriye geçmesinden hareketle, kabzın borç olarak görülmesi de mümkündür. Bkz. Apaydın, "Kabz", s. 46.

¹²⁷ Suyûtî, Ebu'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâid ve Furûu Fıkhi's-Şâfiyye*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1982, 280 vd. Müellif akitleri teslimde ihtiyaç duymayanlar, istikrar için ihtiyaç duyanlar, sıhhati ve lüzumu için kabza ihtiyaç duyanlar olarak dört sınıfa ayırmıştır. Fakat konuyu sadeleştirmek için sıhhat ve lüzumu için kabza ihtiyaç duyanlara tek başlık altında temas edeceğiz.

helâk olması, akdin infisahına sebep olur.¹²⁸ Mebî'in müşteriye teslimine kadar bu tehlike devam eder. Alıcının mebî'i sağlam olarak kabzı ile helâk ve infisah ihtimali kalmaz ve böylece de akdin istikrarı sağlanmış olur.

Öte yandan satım akdinde kabzın gerçekleşmesinin iki önemli neticesi de kabzı yapan tarafın mebî'de tasarruf imkânına kavuşması ve mebî'in hasar sorumluluğunun teslim edenden kabzedene geçmesidir. Bu tasarruflar ve tazmin sorumluluğu ile ilgili detaylar, çalışmamızın üçüncü bölümünün konularını oluşturacaktır.

Kabzın satım akdinde görülen etkileri şu maddelerde özetlenebilir:¹²⁹

1. Akit mebî'in kabzı ile sağlama alınır. Çünkü kabzdan önce mebî'in hasar görmesi akdi sakatlar. Kabz bu tehlikeyi bertaraf edip, akdi istikrara kavuşturur.

2. Alıcının kabzdan önce mebî'de tasarruf yapmasının caiz olmayışı, akit ve mebî'in mülkiyetindeki eksikliği gösterir. Kabz ile akit ve mülkiyetteki bu eksiklik giderilir.

3. Satım akdi kabzdan önce sahih olsa da tamamen bitmemiştir. Çünkü müşteri ayıp sebebiyle tek taraflı iradesini kullanarak mebî'i iade edebilir. Akit kesinleşmiş ve bitmiş ise iade ancak karşılıklı rıza veya hakim kararı ile mümkündür.

4. Malı kabz, bazen bu malda akit yapılması ile eşdeğerde olmaktadır. Örneğin ayıp sebebiyle malı iade etmek için maldaki ayıbın kabz sırasında farkına varmak, akit sırasında öğrenmek gibidir. Malı kabz ederken önemli bir kusurun farkına varan kişi de bu malı satıcıya geri verebilir.

5. Kabz, bir açıdan akit yapmaya benzer. Haram mal akit konusu yapılamadığı gibi akitten sonra kabz da edilememektedir. Nitekim İslâm'ın yasakladığı bir şeyi akit konusu yapan gayr-i müslim kabzdan önce müslüman olursa bunu kabzedemez.

¹²⁸ İbn Nüceym, Zeynüddîn Zeyn b. İbrâhim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Muhammed Mutî, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1983, s. 415. Ancak bazen satım akdinde alıcının kabzı, satıcının icabını kabul yerine de geçmektedir. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 507, 525

¹²⁹ Abdülber, M. Zeki, "el-Kabz fi'l-Ukûdi'l-Mâliye fi'l-Fıkhî'l-Hanefî", *Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd*, Kâhire 1990, ss. 359-427, s. 365- 366.

c. *Sıhhat ve lüzumu için kabza ihtiyaç duyanlar*: Bazı akitler ve tasarruflar bunlara konu edilen şeyin kabz ve teslimine önemli derecede bağımlıdırlar. Bu tür tasarrufların gerçekleşmeleri, bağlayıcılık kazanmaları veya akit konusunun mülkiyetinin nakli için teslim veya kabz gerekmektedir. Örneğin Hanefilerce *aynî akitler* denilen hibe, âriyet, vedîa, karz ve rehin akitleri, akdin konusu olan ayn (eşya) teslim edilmedikçe tamam olmaz.¹³⁰ *Mecelle*'de bu durum “*Teberru mahiyetindeki akitler kabz ile tamamlanır*” (m. 57) şeklinde kurallaştırılmıştır. Bağlayıcılığı kabza bağlı akitlerin hukukî sonuç doğurmaları, bu akitler ile üstlenilen borcun ifa edilmesine bağlıdır.¹³¹

Mâlikîler ise tek taraflı iradenin borçlanma sonucunu doğurduğunu esas kabul ettiklerinden bu tür akitlerde kabzı gerekli görmemişler ve diğer İslam Hukukçularına muhalif kalmışlardır.

Kabza sıhhat, lüzum ve mülkiyetin nakli için ihtiyaç duyan işlemlere ana hatlarıyla değinmek, kabzın İslâm hukukundaki yerinin kavraması için yararlı olacaktır.

2. Kabz ve teslimin sıhhat, lüzum ve mülkiyetin nakil şartı olarak akitlere etkisi

a. Sıhhat şartı olarak

Bir kısım akitlerin hukuken geçerli olabilmesi için akit konusunun ve bedelinin veya her ikisinin, ya sözleşme sırasında veya hemen akabinde taraflar arasında el değiştirip kabzedilmesi gereklidir. Bu akitler ribevî malların satımı, sarf, selem ve ortaklık çeşitlerinden olan mudârebe, müzaraa ve müsâkâtır.

Ribevî malların satışlarının ve sarf akdinin geçerli olabilmesi için teslim ve kabz işlemi her iki taraf için gereklidir. Yani akdin konusu ve bedeli, akit yapılırken karşılıklı olarak el değiştirmelidir. Bu akitlerde teslimin ve kabzın şart koşulmasının temel gerekçesi, yapılan işlemlerde faiz oluşmasından kaçınmaktır.

¹³⁰ Zerkâ, *age.*, III, 255, 256.

¹³¹ Aybakan, *age.*, s. 45.

Kabz selem, mudârebe, müzâraa ve müsâkâtta ise bu akitlerin sonuç doğurması için gereklidir. Çünkü bu akitlerden beklenen neticelerin elde edilmesi için bedel veya akit konusu, bunu işletecek olan tarafın eline geçmelidir.

(1). Ribevî malların satışı: Ribâ (faiz), borç verilen bir parayı veya malı belli bir süre sonra, belirli bir fazlalıkla yahut borç ilişkisinden doğan ve süresinde ödenmeyen bir alacağa ek vade tanıyıp, bu süreye karşılık artışla geri almanın veya bu şekilde alınan fazlalığın adıdır.¹³² Ribevî mallar ise birbirleriyle mübadeleleri sırasında aralarında faiz gerçekleşen mallar olmaktadır.

Faiz, gerçekleşme şekline göre iki temel sınıfa ayrılır: Birincisi fazlalık faizi (ribe'l-fadl) denilen ve aynı cins para ya da malların birbiriyle peşin mübadelesinde görülen bedellerden birindeki fazlalıktır. İkincisi de veresiye faizi (ribe'n-nesfe) olup, mübadele edilen bedellerin birinin veya her ikisinin vadeli olması durumunda oluşur. Bu bedellerin cinslerinin aynı veya ayrı olması ile miktarların eşit ya da farklı olup-olmaması veresiye faizinin oluşmasına engel değildir. Bu durumun tek istisnası bedellerden birinin para olmasıdır.¹³³

Görüldüğü gibi faiz konusunda kabz ve teslimin önemi, veresiye faizinde ortaya çıkmaktadır. Ribevî malların akit meclisinde hazır bulunmaları ve teslimleri arasında zaman aralığı olmaması alışverişin sıhhati için şarttır. İslâm hukukçuları arasında bu kuralın uygulanmasına dair iki farklı görüş vardır:

Şafiî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre tarafların akit meclisinden ayrılmadan önce karşılıklı olarak bedel ve mebî'î kabzetmelidirler. Eğer bunlardan biri kabzedilmeden taraflar ayrılırsa yapılan işlem faize döner ve akit geçersiz olur.¹³⁴

Hanefî ve Câferîlere göre ise sarfa konu olan (altın ve gümüş dışındaki) bedellerin akit meclisinde hazır bulundurulmaları ve tayinleri yeterli olup, bu mecliste

¹³² Özsoy, İsmail, "Faiz", *D.İ.A.*, XII, İstanbul, 1995, ss. 110-126, 391.

¹³³ Özsoy, İsmail, *Faiz ve Problemleri*, Nil Yayınları, İzmir, 1993, s. 89-94.

¹³⁴ Şirbînî, *age.*, II, 30; Nevevî, *Ravza*, III, 48; İbn Kudâme, *age.*, VI, 63-64; Kadı Abdülvehhâb, *el-Ma'üne*, II, 13. Şafiîlere göre eğer bedellerin bir kısmı kabzedilmemiş ise akit sadece bu kısım hakkında geçersiz olur. Nevevî, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb li'ş-Şirâzi*, thk. Muhammed el-Mutî, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde ty, I-XXIII, IX, 507.

fiilen ve karşılıklı kabzları gerekmez. Çünkü bu tayin ile tasarruf imkânı oluşmaktadır. Ribevî malların mübadelesinde akit meclisinde kabz, sadece sarf akdinde gereklidir.¹³⁵ Hanefîlerin bu içtihatlarında tahliyeyi hükmî kabz saymalarının etkisi görünmektedir.

(2). Sarf akdi: Sarf terim olarak altın gümüş veya nakit paraların kendi cinsiyle yahut başka cins para ile mübadelesini ifade eder.¹³⁶ Yani altının altınla veya gümüşle, gümüşün gümüşle veya altın ve gümüşün tedavüldeki bir para ile yahut tedavüldeki paraların diğer paralarla değişimidir.

Sarfin geçerli olabilmesi için gereken şartlardan en önemlisi, bedellerin peşin ve karşılıklı olarak mübadelesidir.¹³⁷ Değişimin peşin yapılmadığı sarfta araya giren süre, karşılığı olmayan hükmî bir fazlalık olarak ortaya çıktığından nesîe faizi oluşmaktadır.¹³⁸ Taraflardan biri veya her ikisi bedeli teslim almadan akit meclisinden ayrıldıklarında, İslâm hukukçularının tamamına göre sarf akdi geçersizdir.¹³⁹

(3). Selem akdi: Selem (veya selef), peşin bedelle veresiye mal satışdır.¹⁴⁰

Kabz ve teslimin selem sıhhatine etkisi, ana paranın akit meclisinde müşteri (rabbu's-selem) tarafından satıcıya (müslemün ileyh) tesliminde görülmektedir. İslâm hukukçuları anaparanın akit meclisinde tesliminin selem akdinin geçerlilik şartı olduğu hakkında prensip olarak görüş birliğindedirler. Fakat bu kuralın uygulanması hakkında ise iki görüşe yönelmişlerdir.

¹³⁵ İbn Âbidîn, *age.*, V, 172, 178. Damad, Abdurrahman b. Muhammed, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mültaka'l-Ebhur*, I-IV. thk. Halil Mansur, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1998, III, 122; Hillî, Ebu'l-Kâsım Ca'fer b. Hasan, *Şerâ'ü'l-İslâm fi'l-fikhi'l-İslâmiyyi'l-Ca'feri*, Dâru'l-Mektebeti'l-Hayat, Beyrut, 1986, I, 179, 181.

¹³⁶ Döndüren, *age.*, 327.

¹³⁷ Sarfin geçerli olabilmesi için gereken şartlar dört başlıkta özetlenebilir. Bunlar, bedellerin taraflar ayrılmadan önce peşin olarak kabzedilmiş olmaları, bedellerde eşitlik sağlanması, akitte muhayyerlik ve vade şart koşulmamasıdır. Zuhaylî, *age.*, IV, 636.

¹³⁸ İbn Âbidîn, *age.*, V, 168

¹³⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 41; Kâsânî, *age.*, V, 217; Şîrâzî, *age.*, II, 28, 29; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 506; el-Bâcî, Süleyman b. Halef et-Tücübî, *el-Müntekâ*, I-IX, thk. M. A. Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1420/1999, VI, 255; Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 51; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 113.

¹⁴⁰ Serahsi, *age.*, XII, 107. Bkz. Nevevî, *Ravza*, III, 242; Haccâvî, Ebu'n-Necâ Şerefüddîn Musa, *el-İknâ' li-Tâlibi'l-İntifâ'*, I-IV, thk. A. Sübkî, Dâru'l-Marife, Beyrut, ty. II, 133; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, I-IV, thk. M. K. Vasfî, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty. III, 261. Selem ile ilgili diğer tanımlara bakıldığında Mâlikîler dışındaki mezheplerde bedelin peşin ödenmesini gerekli olduğu, Şâfîlerde ise mebî'in de peşinen teslim edilebileceği görülmektedir.

Çoğunluğu oluşturan Hanefî, Şâfiî, Hanbelî ve Câferîler ister ayn (belirli bir mal) ister deyn (borç) olsun anaparanın akit meclisinde teslim ve tesellümünü gerekli görmüşlerdir. Bu hukukçulara göre taraflar karşılıklı kabzdan önce akit meclisinden ayrılırlarsa selem geçersiz olur.¹⁴¹ Bunun da gerekçesi, anaparanın akit meclisinde teslim edilmemesinin, İslâm hukukunda meşru olmayan “borcun borç karşılığında satılmasına” ve konusunun mevcut olmaması sebebiyle zaten gararlı olan seleme, anaparanın tesliminin geciktirilmesi ile ikinci bir garar unsuru daha ilave edilmesinin doğru olmayacağıdır.¹⁴²

Uygulamadaki ikinci görüş ise Mâlikîlere aittir. Mâlikîler, akit meclisinde anaparanın derhal ifasının gerekli olmadığını ve üç güne kadar¹⁴³ geciktirilebileceğini söyler. Ancak Mâlikîlerin bu görüşünü -selemede anaparanın peşin verilmesinin gerekmediği- şeklinde yorumlamak isabetli değildir. Çünkü Mâlikîlerin gösterdikleri gerekçelerinden, kural olarak onların da anaparanın tesliminin geciktirilmesini kabul etmedikleri fakat üç güne kadar olan süreyi tecil olarak görmedikleri anlaşılmaktadır.¹⁴⁴

(4). Mudârebe: Mudârebe, elde edilecek kârda ortak olmak üzere bir taraftan sermaye, diğer taraftan çalışma, emek olarak kurulan bir ortaklıktır.¹⁴⁵

Hanefî, Şâfiî ve Mâlikîler sermayeyi çalıştırması için mudârebe tesliminin gerektiği konusunda hemfikirdirler.¹⁴⁶ Fakat Hanbelîler, mudârebede önemli ve

¹⁴¹ Kâsânî, *age.*, V, 202; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, 177; Şîrbînî, *age.*, II, 134; Nevevî, *age.*, III, 243; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 408; Hillî, *age.*, I, 188. *Mecelle*'de çoğunluğun görüşü tercih edilmiştir (m.387).

¹⁴² Şîrâzî, *age.*, II, 78; Merğînânî, *Hidâye*, III, 74; Kâsânî, *age.*, V, 202; Mâverdü, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Hâvi'l-Kebîr*, I-VIII, thk. M. Matracî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, V, 407.

¹⁴³ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 262 vd.; Sâvi, Ahmed b. Muhammed, *Bulğatü's-Sâlik li-Akrebi'l-Mesâlik Alâ Şerhi's-Sağîr (Haşiyetü's-Sâvi)*, I-IV, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty., 3, 263; Alîş, Ebû Abdullah Muhammed, *Şerhu Minahi'l-Celil*, I-IX, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1989, V, 332.

¹⁴⁴ Nitekim şu iki ifade Mâlikîlerin konuya bakış açısını göstermektedir: “Birkaç günlük süre anaparanın tartılması ve ödenmesi için adet olmuş ve gerekli bir süredir”. Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 27. “Bedelin ve karşılığı olan müslümün fi'h'in uzun sürelerle geciktirilmesi, borcun borç karşılığı satışıdır ve caiz değildir.” Bâcî, *age.*, VI, 310.

¹⁴⁵ *Mecelle*, m.1404; Şîrbînî, *age.*, II, 399; Derdîr, *age.* III, 681.

¹⁴⁶ Kâsânî, *age.*, VI, 84; Nevevî, *age.*, IV, 199; Damat, *age.*, III, 446.

tamamlayıcı unsur olarak çalışmayı (amel) görmelerinden hareketle akdin sıhhati için sermayenin mudaribe teslimini şart koşmazlar.¹⁴⁷

(5). Müzâraa ve müsâkât: Bu iki zirâî ortaklık çeşitlerinden Müzâraa, bir tarafın arazi diğer taraftan emeğini ortaya koymasıyla kurulur. Kelime olarak sulamak anlamına gelen müsâkât (muâmele) ise bir taraftan ağaç, diğer taraftan bakım şartıyla elde edilecek ürünün paylaşımı üzerine yapılan ortaklıktır.¹⁴⁸

İslâm hukukçularının çoğu müzâraa ve müsâkâta arazinin veya bakımı yapılacak ağaçların işi yapacak kişiye teslimlerini şart koşarlar. Bu teslim, âmilin akit konusunda serbestçe tasarruf edip işletmesine imkân verecek şekilde tahliyesi ile yapılır. Aksi halde akit beklenen sonucu doğurmayacağından fâsit olur. Öyle ki müzâraada arazi sahibinin işçi ile beraber çalışması şartının koşulması, teslim engeli ve akdin fesat sebebi olarak görülmüştür.¹⁴⁹

b. Lüzum şartı olarak

Bazı hukukî işlemler, konuları karşı tarafça kabzedilmeden önce bağlayıcı değildir. Taraflardan herhangi biri isterse kabzdan önce akdi feshedebilir. Bu akitler kabzdan önce sahihtir fakat tamamlanmamıştır.¹⁵⁰ Bunlar ancak akit konusunun el değiştirmesi ile bağlayıcılık kazanır ve kesinleşir.

Aynî akitler denilen bu tasarruflarda kabza duyulan ihtiyacın sebebi, sözlü irade beyanının fiil ile desteklenmesi gerektiği olarak şu şekilde açıklanmaktadır: Aynî akitleri inşa edecek tarafların iradelerini açıklamaları için mücerret sözlü beyanları yeterli değildir, dahası akdin icrası da gerekir ki bu da akit konusunun karşı tarafa devri ile olmaktadır.¹⁵¹ Bir başka şekilde ifade edersek bu akitlerde akit konusunun teslimi bir

¹⁴⁷ Buhûtfî, *Dekâiku Uli'n-Nühâ li-Şerhi'l-Müntehâ*, I-VII, Müessesetü'r-Risale, by. 2000, III, 565.

¹⁴⁸ *Mecelle*, m. 1441, 1431, 1445; Kâsânî, *age.*, VI, 185, 186.

¹⁴⁹ Kâsânî, *age.*, VI, 178, 186; İbnu'l-Hümâm, *age.*, IX, 476; *Mecelle*, m. 1436, 1437; Bilmen, *Kâmûs*, VII, 126; Karâfî, *age.*, VI, 129; Râfîî, Abdülkerim b. Muhammed, *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, I-XIII, thk. A. Muavvaz ve A. Abdülmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, VI, 64.

¹⁵⁰ Zeydân, *age.*, s. 370.

¹⁵¹ Zerkâ, *age.*, I, 257.

borçtan kaynaklanmadığından, bu işlemler kabza kadar zayıf bir yapıda olup kabz ile kuvvetlenmektedir.

(1). Hibe: Bir malın karşılıksız olarak temliki olan hibe, fakihlerin çoğuna göre kabz ile bağlayıcı olmaktadır.¹⁵²

Hanefî ve Şâfiîler bütün mallarda, Hanbelîler de mislî mallarda sünnetten bazı delillere dayanarak, hibede kabzı bağlayıcılık şartı görürler. Üstelik bu mezheplere göre hibeyi kabz için hibe edenin izninin alınması da gerekir.¹⁵³

Mâlikîler ve Zâhirîler ise hibede kabzı şart görmeyip, icap ve kabulü bağlayıcılık için yeterli bulurlar. Bunun için bu mezheplerde hibe edenin kabzdan önce de sonra da cayma hakkı yoktur ve gerekirse teslimine zorlanır.¹⁵⁴

Hanefîlere göre hibe ile elde edilen mülkiyet kural olarak bağlayıcı olmayan bir çeşit mülkiyet olduğundan, karşılıksız hibeden kabzdan sonra bile dönmek (mekruh olmakla birlikte) geçerlidir. Şafîî ve Hanbelîlere göre ise kural olarak hibeden dönüş yapılamaz.¹⁵⁵

(2). Rehin: Rehin, bir şeyi kendisinden elde etmenin mümkün olduğu bir hak karşılığında hapsetmek, alıkoymaktır.¹⁵⁶

İslâm hukukçuları, rehinde kabzın konumunu “*Eğer yolculukta olup kâtip bulamazsanız kabzedilmiş rehin yeter.*” (Bakara 2/283) ayetine farklı açılardan bakıp tespit etmeye çalışmışlardır. Hanefî, Şafîî ve Hanbelî¹⁵⁷ fakihleri kabzın rehin akdi için lüzum şartı olduğunu kabul edip, rehin kabzedilmediği sürece rehin veren vazgeçebileceğini söylerler. Mâlikîlere göre ise kabz tamamlayıcı bir şarttır, rehin

¹⁵² İbnü'l-Hümâm, *age.*, IX, 20.

¹⁵³ Damat, *age.*, III, 491; İbn Âbidîn, *age.*, V, 690- 693; Şirbînî, *age.*, II, 516; Nevevî, *Mecmu*, XVI, 349, 350; Hirâkî, Ebü'l-Kâsım Ömer b. Hüseyin, *el-Muhtasar*, Dârü's-Sahabe, Tanta, 1993, s. 82; Buhûfî, *Keşşâf*, IV, 301.

¹⁵⁴ Bâcî, *age.*, VIII, 3, 4; İbn Rüşd, *age.*, II, 329; İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali, *el-Muhallâ*, I-XI, İdaretü't-Tibaati'l-Müniriyye, Kâhire, 1302, XI, 120.

¹⁵⁵ Kâsânî, *age.*, VI, 127; Şirbînî, *age.*, II, 518-552; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, III, 599-602.

¹⁵⁶ Zuhaylî, *age.*, V, 180.

¹⁵⁷ Hanbelîlerde tercih edilen görüş, kabzın lüzum şartı olduğudur. Fakat bazı Hanbelîler, mislî malların dışındaki nesnelere rehinlerinde kabzı şart koşmamışlardır. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 446

mücerret akit ile bağlayıcı olur ve rehin veren teslimine zorlanır.¹⁵⁸ Kabz, Zâhirî ve Zeydîlere göre de rehinin geçerlilik şartıdır.¹⁵⁹

(3). Vakıf: İslâm hukukçularının çoğu vakfın tamamlanması için vakfedilenin kabz veya teslimin gerekli olmadığı görüşündedirler. Buna göre vakıf kabz olmadan da bağlayıcıdır ve tamamlanır. Bu görüştekiler Şafîiler, Hanbelîler, Zeydîler ve Hanefîlerden İmam Ebû Yusuf'tur.¹⁶⁰

Fakat Mâlikîler, İmam Muhammed, İbn Ebî Leyla, İmâmiye ve bir görüşünde Ahmed b. Hanbel'e göre ise vakıf kabz ile lâzım olur. Vakfın bağlayıcılığı için vakfedilenin başkasına teslimi gereklidir.¹⁶¹ Üstelik Mâlikîler kabzın bir defa yapılmış olmasını dahi yeterli görmezler ve devam şartı ararlar. Örneğin vakfedilen malın akar ise en az bir yıl vakıf yapılan kişinin veya mütevellinin elinde kalması gereklidir.¹⁶²

Vakıfta kabzı şart koşanlar, vakfedilenin özelliklerine göre çeşitli kabz ve teslim şekillerini de örnek göstermişlerdir.¹⁶³

¹⁵⁸ İbn Rüşd, *age.*, II, 274.

¹⁵⁹ İbn Hazm, *age.*, VIII, 88; İbn Miftâh Ebu'l-Hasan Abdullah, *Şerhu'l-Ezhâr*, I-X, Vizaretü'l-Adl, San'a, 2003, VIII, 10; el-Hârûnî Ahmed b. Hüseyin, *et-Tecrîd fî Fikhi'l-İmâmeyni'l-A'zameyn* thk. A. Azi, Müessesetü'l-İmam Zeyd, Amman, 2002, IV, 381, 382.

¹⁶⁰ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 186, 187; Buhûfî, *Keşşâf*, IV, 254, 187; Kudûrî, Ahmed b. Ebî Bekr, *Muhtasarü'l-Kudûrî fî'l-Fikhi'l-Hanefî*, thk. K. M. Uveydâ, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, s. 130; Kâsânî, *age.*, VI, 219; Hârûnî, *age.*, IV, 496.

¹⁶¹ Serahsî, *age.*, XII, 31; Kâsânî, *age.*, VI, 219; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 348 vd.; İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 187. Hillî, *age.*, II, 248. Ebû Hanîfe vakfın hâkimin hükmü ya da ölümden sonra kaydı koyulmuşsa ölüm ile tamamlanacağını söyler. Kudûrî, *age.*, 130. Ebû Hanîfe'nin, İmam Muhammed gibi teslimi şart koştuğu da aktarılmıştır. es-Semerkandî, Alaeddin, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1984, III, 373; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 357.

¹⁶² Sehnûn, Abdüsselâm b. Saîd, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, III, 419, 425; Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 491; Dêrdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 107 vd.; Menûfî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *Kifâyetü't-Talibi'r-Rabbânî alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî*, I-IV, thk. A. İmam, Matbaatü'l-Medenî, Kâhire, 1989, III, 538.

¹⁶³ Vakfedilene kayyım tayini ve ona teslimi, cami ise namaz kılınması, mezarlık arazisi için bir defin işlemi, şahit tutup ilan etmek, binalara ve kitaplara vakıf olduğuna dair kitabe koydurmak veya yazı yazdırmak gibi. Kâsânî, *age.*, VI, 220; Sâvi, *Haşiye*, IV, 104.

c. *Mülkiyetin nakil şartı olarak*¹⁶⁴

(1). Hibe: Hanefî, Şâfiî, Câferî, Zeydîler bütün malların ve Hanbelîler ise misli malların hibesinde mülkiyetin intikali için kabzın gerekli olduğunu, hibe edilene kabz ile malik olunabileceğini söylerler.¹⁶⁵

Mâlikî ve Zâhirîlere göre ise hibe edilenin mülkiyeti, mücerret icap ve kabul ile hibe edilene geçmektedir.¹⁶⁶

(2). Âriyet: Bir şeyden yararlanılması için onu karşılıksız olarak ödünç vermek olan ariyette, Hanefî ve Mâlikîlere göre ödünç verilen şeyin menfaatinin temliki, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise ödünç verilenin menfaatinin ibâhası (serbest kılınması) söz konusudur.¹⁶⁷

Hanefîler, âriyetin geçerli olması için iare edilen malın iare alan tarafından kabzedilmesini şart koşarlar. Çünkü onlara göre âriyet bir teberru akdidir ve teberru akitleri kabz ile tamamlandığından, ödünç verilenin ödünç alan tarafından kabzı şarttır. Kabzdan önce âriyetin hükmü yoktur.¹⁶⁸

Diğer mezheplere göre ise ödünç verilen malın menfaatlerinin nakli için kabz şartı aranmaz. Bu görüş ayrılığının temelinde Hanefîlerin âriyeti bir temlik akdi olarak görüp hibeye kıyas etmeleri, Şâfiî ve Hanbelîlerin ise âriyeti ibâha görüp intikal eden herhangi bir menfaatin olmadığını kabul etmeleri yatar.¹⁶⁹

¹⁶⁴ İslâm Hukuku ile ilgili eserlerde genellikle kabzın sıhhat ve lüzum şartı olması üzerinde durulmuştur. Kabzın mülkiyetin nakline etkisi ile ilgili bu yaklaşımı N. Hammâd'ın yaptığını gördük. Bkz. Hammâd, Nezih, *el-Hiyâze fil Ukûd*, Dâru'l-Beyân, Dımaşk, 1978, s. 95 vd.

¹⁶⁵ Damad, *age.*, III, 491; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, III, 597; İbn Kudâme, Şemsüddîn, Abdurrahman b. Muhammed, *eş-Şerhu'l-Kebir*, I- XXXII, thk. A. Türki, A. el-Hulv, Hicr li't-Tibâa ve'n-Neşr, Cize, 1996, XVII, 16; Hillî, *age.*, II, 253; İbn Miftâh, *age.*, VIII, 114.

¹⁶⁶ Dirdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 151 vd.; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 114; İbn Hazm, *age.*, XI, 120.

¹⁶⁷ Serahsi, *age.*, XI, 113; Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 185; Sâvi, *age.*, III, 570; Mâverdî, *el-Hâvî*, VII, 116, 126; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, III, 489, 492.

¹⁶⁸ Kâsânî, *age.*, VI, 214; *Mecelle*, m. 810.

¹⁶⁹ Hammâd, *el-Hiyâze*, s. 106, 107.

Her ne kadar Hanefiler gibi mahiyet olarak menfaatin temliki olarak görseler de âriyeti tek taraflı irade ile bağlayıcı kabul etmeleri ile ilgili görüşlerinden hareketle, Mâlikîlerin de ariyette kabz şartı aramadıkları sonucuna ulaşmak mümkündür.¹⁷⁰

(3). Karz: Mislî malların ve paranın ödünç verilmesine karz denilmektedir.¹⁷¹ Bu nedenle âriyette ödünç verilen eşyanın bizzat kendisinin geri verilmesi gerekirken, karzda benzerinin geri verilmesi mümkündür.

İslâm hukukunda, karz akdinin akit konusunun mülkiyetini karz alana naklettiği prensip olarak kabul edilmiştir. Ancak bu intikalin akit ile mi yoksa kabz ile mi olduğu tartışılmıştır. Çoğunluğu oluşturan Hanefî ve Şafîî, Hanbelî ve Zeydîlere göre karzda mülkiyet, karz verilenin karz alan tarafından kabzedilmesi ile intikal eder.¹⁷²

Mâlikîlere göre ise karz akdinde mülkiyetin nakli mücerret akitle gerçekleşir.¹⁷³

Bu görüş ayrılıklarının sonucu, karz olarak verilen malın akitten sonra fakat kabzdan önce helâk olması halinde ortaya çıkar. Çoğunluğa göre zarar karz verene ait iken Mâlikîlere göre hasarı karz alan tazmin etmelidir.

(4). Fâsit akit: Hanefîlere göre fâsit akitlerde yasak, akdin kendisine değil özelliğine yöneliktir. Bu nedenle tamamen hükümsüz olan batıldan farklı olarak fâsit akit bazı sonuçlar doğurur. Hanefî ve Zeydîlere göre fâsit akitte satıcının açık veya dolaylı izni ile akit konusunun kabzedilmesi, mülkiyeti kabzedene nakleder. Çünkü satıcının izni ve buna dayanarak alıcının kabzı, tarafların akdi geçerli hale getirmedeki kararlılıklarını gösterir.¹⁷⁴ Ne var ki fâsit akdin sağladığı mülkiyet bağlayıcı değildir ve fâsit akit kabzdan sonra dahi feshedilebilir.¹⁷⁵

¹⁷⁰ İbn Rüşd, *age.*, II, 313.

¹⁷¹ Merğînânî, *age.*, III, 222.

¹⁷² İbn Âbidîn, *age.*, V, 163; Gazzâlî, Ebû Hamid, Muhammed b. Muhammed, *el-Vasit Fi'l-Mezheb*, I-VII, thk. A. İbrahim, Dâru's-Selam, Kâhire, 1997, III, 455; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, III, 171. İbn Miftâh, *age.*, VI, 515. Hanefîlerden İmam Ebû Yusuf'a ve bazı Şafîîlere göre ise mülkiyetin intikali için kabz yeterli olmayıp tüketimi gereklidir. İbn Âbidîn, *age.*, V, 163; Gazzâlî, *age.*, III, 456.

¹⁷³ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 295, 296.

¹⁷⁴ Serahsî, *age.*, XIII, 20; Kâsânî, *age.*, V, 263, 299; İbn Âbidîn, *age.*, V, 49; İbn Miftâh, *age.*, VI, 427.

¹⁷⁵ Kâsânî, *age.*, V, 300; Merğînânî, *age.*, III, 51; İbn Âbidîn, *age.*, V, 90.

Fâsit akitte, müşterinin kabz ile mebî'in mülkiyetini kazanması borçlanma ve tazmin sorumluluğu doğurur. Örneğin fâsit satım akdinde alıcının kabz ile malik olduğu şeyin tüketilmesi, değişikliğe uğraması, başkasına satılması, hibesi gibi nedenlerle fesih ihtimalinin kalmaması halinde satış artık kesinleşir ve müşterinin bedeli ödemesi gerekir. Tazmin zorunluluğu sahih akitte akdin kendisinden kaynaklanırken, fâsit akitte kabza dayanır. Bu sebeple borçlanma veya tazminde ölçü olarak akit konusunun müşteri tarafından kabzı zamanındaki değeri esas alınır.¹⁷⁶

Fâsit akitte kabz ile mülkiyet oluşması mutlak bir kural olmayıp her fâsit akit kabz ile mülkiyet doğurmamaktadır. Örneğin şakacının satışı, babanın kendi malını küçük oğluna satışı ve müşterinin elinde bulunan emaneti satın alınması durumlarında bu akitler fâsittir fakat bunlarda kabz ile mülkiyet oluşmaz.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Aynî, Mahmûd b. Ahmed, *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye*, I-XII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1980, VII, 265; Bağdâdî, Gânim b. Muhammed, *Mecma'u'd-Damânât*, I-II, thk. M. A. Serâc, A. C. Muhammed, Darü's-Selam, Kâhire, 1999, I, 480; *Mecelle*, m. 371.

¹⁷⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s.244; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 508, V, 50

İKİNCİ BÖLÜM

SATILAN MALIN KABZ VE TESLİMİNİN

ŞART VE ŞEKİLLERİ

I. KABZ VE TESLİMİN ŞARTLARI

Şartlarına uygun yapılmış olan bir satım akdinden sonra bedel ve mebû'in karşılıklı olarak el değiştirilmesi gerekir. Bu işleme satıcı tarafından bakıldığında teslim, alıcı tarafından bakıldığında ise kabz olarak denir. Mebû'in teslimi satıcı için bir borçtur. Kabzı ise alıcı için hem alacak hem de satıcının mülkünü gereksiz olarak işgal etmemek sebebiyle borç olmaktadır.

Kabz ve teslimin işlemlerinin hukuken geçerli olabilmesi, taraflar ve mebû'de bir takım şartların bulunmasına bağlıdır.

İslâm hukukçuları eserlerinde, kabzın gerçekleşmesi ile ilgili şartları daha çok hibe, rehin gibi tasarruflar ile ilgili konularda incelemişlerdir. Daha önce belirttiğimiz gibi akit konusunun kabzı, bu tür tasarruflarda satım akdine göre çok daha etkilidir. Fıkıh kitaplarında bazen satım ile ilgili bölümlerde mebû'in teslim ve kabzı ile ilgili şartlara özetle değinilip, ayrıntı bilgi için hibe ve rehin bölümlerine göndermeler yapıldığı görülür. Bu sebeple çalışmamızda, teslim ve kabzı yapacak taraflarda ve kabza konu olacak malda bulunması gereken özelliklerin tespiti için fıkıh kitaplarının satım akdi yanında, özellikle hibe ve rehin ile ilgili bölümlerine de sıkça başvurduk.

Bu şartlardan öncelikle mebû'in teslim veya kabzını yapacak taraflarda sonra da bu işlemlere konu olacak mebû'de arananları açıklayacağız.

A. Kabz ve Teslimi Yapacak Taraflarda Aranan Şartlar

Satım akdi yapıldıktan sonra, bedel ve mebû'in teslimi akdin doğurduğu en önemli borçtur.

Teslim ve kabzı yapacak kişiler, öncelikle “kabzetme ehliyetine” sahip olmalıdırlar. Ayrıca bu kişiler eğer hak sahibinin kendisi değilse, onu hukukî temsil

yetkisine sahip olmalıdırlar. İslâm hukukunda hukuki temsil ile ilgili genel ilkelere göre, malî teslim borcunu ifa edecek kişi gerekli şartları taşıyorsa borçlunun kendisi yanında vekil, veli, vasi, kefil veya ticarî ortağı da olabilir.¹ Aynı şekilde mebû'in kabzı da müşteri veya yukarıda geçen kanunî temsil yetkisine sahip kişiler tarafından da yapılabilir.

İslâm hukukçuları, teslim ve kabzı yapacak taraflarda bu iki özelliğin bulunmasını prensip olarak kabul etmişler fakat bunların sınırları ile ilgili farklı görüşler belirtmişlerdir.

1. Ehliyet

Ehliyet kavramı ile “kişinin, hukuken geçerli görülecek tasarrufları yapmaya elverişli olması”² ifade edilir.

İslâm hukukçuları bir akdi yapma yetkisine sahip olan kişilerin, aynı zamanda o akdin konu ve bedelini teslim ve kabz yetkisine de sahip olduğunu kabul ederler. Akit yapabilme ehliyetine dolayısı ile de akit konusunu teslim veya kabz ehliyetine sahip olmak için gereken şartlar hakkında, fakihler arasında iki temel görüş bulunmaktadır:

a. Şâfiî, Hanbelî ve İmâmiye fakihlerine göre kabz ve teslim edecek kişinin aynı zamanda hukukî tasarrufları yapabilme yani tam edâ ehliyetine sahip olması gerekir. Edâ ehliyeti ise akıllı olmak, ergenlik çağında bulunmak ve sefihlik sebebiyle mahcur (kanunen kısıtlı) olmamak ile kazanılır.

Kısaca bu gruba göre ancak satım akdine ehil kişi, akit konusunu teslim veya kabzda yetkili olabilir.³

b. Hanefilere göre ise kabza yetkili olmak için, akit ve sözlü tasarrufları yapma ehliyetine sahip olmak yeterlidir. Akıllı olmak, bütün hukukî tasarrufların geçerli olması için mutlak şarttır. Aklî melekesi olmayan akıl hastasının ve de yok hükmündeki gayri

¹ Karaman, *M.İ.H.*, II, 539.

² Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 249 vd.

³ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 184; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 78-79; Buhûtî, *Keşşâfû'l-Kimâ'*, II, 403; Hillî, *Şerâi'u'l-İslâm*, I, 165, 240.

mümeyyiz çocuğun kabzları geçersizdir.⁴ Görüldüğü gibi Hanefiler diğer hukukçular gibi tasarrufun geçerli olması için ergenlik çağında olmayı kesin bir şart görmezler.

Hanefiler ergenlik çağında olmayan ve akli melekeleri tamamen olgunlaşmamış mümeyyiz çocuğun ve bununla aynı hükümdeki bunamış kişinin tasarruflarını üç grupta değerlendirirler:⁵

- Bunların tamamen faydalarına olan tasarrufları sahihtir. Örneğin kendilerine karşılıksız olarak verilen hediye kabul ve kabzetmeleri, velilerinin herhangi bir iznine ihtiyaç duymadan geçerli olan bir tasarruftur.

- Tamamen zararlarına olan tasarrufları (veli veya vasileri izin verse bile) sahih değildir. Örneğin hediye vermek gibi karşılıksız olarak temlikte bulunmaları hukuken geçerli değildir ve hediye alan tarafından kendilerine iadesi gerekir.

- Hem zarar hem de yarar ihtimali bulunan tasarrufları ise velilerinin onayına bağlıdır. Bu grup tasarruflarda muâvazalı akitler öne çıkmaktadır. Örneğin mümeyyizin veya bunağın yaptıkları satım akdinin ve bunun sonucunda yaptıkları mebi'î teslim veya kabzın geçerli olmasına velileri karar verir. Velinin onayından önce bu işlemler mevkufl olup veli onaylarsa geçerli, onaylamazsa geçersiz olur.

Mâlikîler kabz ehliyeti hakkında dikkat çekici bir görüşe sahiptir. Mâlikî mezhebinde konu hakkında ilk dönemlerde net bir görüş belirtilmemesine rağmen son dönemlerde yaygınlaşan bir içtihadı göre, kabzedecek kişide hukukî tasarruf yetkisi aranmaz, çocuk veya mahcur kişinin kabzları tam ve geçerlidir.⁶

İslâm hukukçularının kabz ehliyeti ile ilgili görüşleri hakkında şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 126, Hanefilere yakın bir görüşte Zeydilere aittir. Buna göre ergenlik çağına yaklaşmış mümeyyiz çocuğun, velisinin yapmasına izin verdiği tasarrufları geçerlidir. el-Hârûnî, *et-Tecrîd*, 173; İbn Miftâh, *Şerhu'l-Ezhâr*, VI, 8-10.

⁵ Kâsânî, *age.*, VII, 171.

⁶ Abderî, Muhammed b. Yusuf, *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasari Halîl*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1398, VI, 26; Tesûlî, *el-Behce*, II, 385-386. Satım akdi yapabilmek için akıl, ergenlik ve mahcur olmamak şartları aranır. Bkz. İbn Abdilber, Cemâlüddîn Nemerî, *el-Kâfi fî Fıkhi Ehli'l-Medîne*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1992, s. 360 vd.

Mümeyyiz çocuklara ve sefihlik nedeniyle kısıtlı olan kişilere, kabz ehliyetinin hiç tanınmaması veya bunların yetişkinler gibi tam ehliyetli kabul edilmeleri meydana getireceği sonuçlar açısından isabetli görünmemektedir. Örneğin bunların ehliyetlerinin olmadığı kabul edilip tasarruf imkanı sağlanmazsa, ergenlik çağına yakın çocukların basit alışverişlerde bulunup sosyal ve ticarî açıdan eğitilmeleri mümkün olmayacaktır. Öte yandan mümeyyiz çocuk ve bunağın mebî'î teslim veya kabzlarının tamamen geçerli kabul edilmeleri de sakıncalı olacaktır. Çünkü bunlar kabzettikleri eşyaya zarar verebilirler, dışarıdan gelecek zarara engel olamayabilirler veya kendi güvenlikleri de tehlikeye girebilir. Mümeyyiz ve mahcurun mebî'î kabzlarının geçerliliği hakkında Hanefilerin görüşleri esas alınmakla birlikte, kabzedilecek malın cinsinin de göz önünde tutulması daha doğru olacaktır. Örneğin mümeyyizin kıymetli taş, elektronik eşya gibi malları teslim veya kabzı, hem bu eşyaların hem de kendi güvenliği açısından ciddi risk taşır. Bu sebeple yükte hafif pahada ağır malların, mümeyyiz çocuk veya sefih kişilere teslim veya kabzettirilmesi - velileri izin verse de - geçerli kabul edilmemelidir.

Kabz ve teslim ehliyeti için dinî bazı engeller de bulunmaktadır. Örneğin bir av satımından sonra bu av kabzedilmeden taraflardan biri ihrama girse satış fesholur. Çünkü ihram, av hayvanı alım satımına engel olduğu gibi kabz ve teslimine de engeldir. Yine bunun gibi gayri mütekavvim bir mal üzerine satım akdi yapmış olan iki gayr-i müslimden biri veya her ikisi kabzdan önce müslüman olsa akit fesholur. Çünkü şarap gibi gayr-i mütekavvim bir malın müslümanlar için satışı caiz olmadığı gibi, teslim ve kabzı da caiz değildir.⁷

2. Kabza yetkili olmak

Kabza yetkili olmak, akit konusunu kabz etmeye hak sahibi olmayı ifade eder.

Akit konusunu teslim veya kabz yetkisi ya akdi yapan kişiye ya da kanunî temsilcisine ait olabilir. Özellikle satım, rehin ve hibe akitlerinde kabz, kişinin kendi

⁷ Kâsânî, *age.*, V, 142, 143.

adına (asaleten) veya başkası adına kabzetmesi (niyabeten) olmak üzere iki yolla gerçekleşir.⁸

a. Asaleten kabz: Akit konusunu, bizzat akdi yapan kişinin kabzıdır. Örneğin müşterinin kendisi için satın aldığı veya kendisine hibe yapılan kişinin hibeyi herhangi birini aracı etmeden kendi kabzetmesi asalet yoluyla kabzdır.

b. Niyâbeten kabz: Başkası adına kabzı ifade eden bu terim, “*bir kişinin diğer bir şahıs üzerinde, bu şahıs razı olsa da olmasa da sözlü tasarrufları uygulama hakkı*”⁹ olan velayet prensibine dayanmaktadır. Niyâbeten kabz, sahip olunan yetkinin kaynağına göre iki çeşittir:

(1). Mal sahibinin istediği ile: Niyâbeten kabzın bu çeşidi “tasarruf yetkisini başkasına bırakmak”¹⁰ olan vekâlet yoluyla gerçekleşmektedir.

İslâm hukukçuları bir malda tasarruf hakkı olan kişinin, bu tasarrufları yapmak üzere o malda vekil tayin etmeye de yetkisi olduğunu kabul ederler.¹¹ Satıcı malın teslimi, alıcı da kabzı için vekil tayin edebilir. Bunun için gereken vekâlet akdi, hak sahibinin teklifi ve işlemi yapacak kişinin bu teklifi kabul etmesi ile kurulur.¹² Artık vekil, satıcı veya alıcı adına malı teslim, kabz, ve bunlarla ilgili olan ölçme, tartma, paketleme gibi diğer işlemleri de yapar.

Vekil kabul ettiği görevi bizzat kendisi yapabileceği gibi yerine bir başkasını vekil tayin ederek görevi ona yaptırabilir. İslâm hukukunda “vekilin vekil tayin etmesi” olarak incelenen bu devir hakkı ve sınırları hakkındaki görüşler iki maddede toplanabilir:

⁸ Kâsânî, *age.*, VI, 141-142; Hammâd, *Hıyâze*, s. 59 vd.

⁹ Kadri Paşa, Muhammed, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, I-IV, thk. M. E. Sirac, A. C. Muhammed, Darü's-Selam, Kâhire 2006, I, 118. Hukuki tasarruflardaki temsilin icbâri şekline velayet, ihtiyârî şekline de vekâlet denilmiştir. Vesayet ise kısıtlı kişinin malları ile ilgili tasarruflarında temsildir. Karaman, *age.*, I, 253.

¹⁰ Serahsî, *Mebûât*, IXX, 3.

¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 197; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 271.

¹² *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 516, 522; Nevevî, *age.*, IX, 238; Mâverdî, *el-Hâvi*, VI, 496; İbnü'l-Murtazâ, Ahmed b. Yahyâ, *Ğaysü'l-Midrâr*, I-X, Vizaretü'l-Adl, San'a, 2003, VI, 151-153.

- Hanefîlere göre “nasıl istersen öyle yap” veya “ne yaparsan kabul ederim” şeklinde kendisine kabz için *genel (mutlak) vekâlet* verilen kişi, teslim ve kabz için kendi yerine bir başkasını vekil tayin edebilir.¹³

- Şâfiî, Mâlikî, Hanbelî, Câferî ve Zeydîlere göre kural olarak vekilin, müvekkili açıkça izin vermedikçe kendi yerine bir başkasını vekil tayin etmeye hakkı yoktur. Ancak vekil *genel vekâlet* ile tayin edilmişse, tek başına güç yetiremediği nakliye gibi işlerde uygun bir kişiyi vekil kılabilir. Şâfiîler, verilen görevin daha güzel ifa edilmesi için vekil tayin etmenin örfleşmiş olduğu durumlarda da vekile bu hakkı tanırlar.¹⁴

Görüldüğü gibi İslâm hukukçuları, müvekkilin izin verdiği ve genel vekâlet ile vekil tayin edildiği durumlarda, vekilin vekil tayin etme hakkı olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Fakat vekilin tek başına yapmaya gücü yettiği ve müvekkil tarafından vekil tayin etmesine dair açıkça izin verilmediği durumlarda çoğunluğa göre bir başkasını vekil tayin etme hakkı yokken, Hanefîlere göre ise bu hakka vardır.

Vekilin başkasını vekil tayin etmesinin önemi, mebî'i teslim borcunun ifa edilmiş kabul edilmesi ve buna bağlı olarak çıkabilecek tazmin ile ilgili konularda önem kazanmaktadır.¹⁵

Bu konuda Şâfiîlerin görüşü daha isabetli görünmektedir. Çünkü müvekkil ve vekil arasındaki vekâlet ilişkisi karşılıklı güven esasına dayalıdır ve verilen görev bir açıdan emanet etmeye benzemektedir. Müvekkil, söz konusu işin yapılmasında vekilini seçerken ona duyduğu güvenden dolayı tercih etmiştir. Bu durumda vekilin müvekkili için yapmayı kabul ettiği görevi bir başkasına yaptırması bu güven ilişkisini zedeler ve uygun olmaz. Bununla birlikte vekâlet verirken aksini belirtmemişse, vekil işin daha güzel yapılması için örfeye uygun şekilde başkasını vekil tayin edebilir. Çünkü

¹³ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 119; Kâsânî, *age.*, V, 295 vd.

¹⁴ Mâverdi, *age.*, VI, 518 vd.; Karâfi, *ez-Zehîra*, VIII, 12; İbn Kudâme, *age.*, VII, 207-209; Hillî, *age.*, I, 241, İbn Miftâh, *age.*, IX, 515, 516.

¹⁵ Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, V, 99.

müvekkilin, vekilden yapmasını istediği görevin daha güzel yerine getirilmesine bir itirazı söz konusu olmaz.¹⁶

İslâm Hukuk doktrininde vekâlet ile ilgili olarak tartışılmış önemli bir konu da bir kişinin iki tarafın vekili olmasıdır. Satım akdinin şartlarından bahsederken, İslâm hukukunda akdi yapan tarafların kural olarak ayrı kişiler olmasının gerektiğine değinmiştik. Bu husustaki içtihat doğrultusunda, akdin her iki tarafını aynı kişinin temsil etmesi de caiz görülmemektedir. Nitekim Şâfîlilere göre, satıcı teslim ve alıcı da kabz için aynı kişiyi vekil tayin edemezler.¹⁷ Hanefilere göre de borcu alıp verme konusunda bir kişinin hem isteyen hem de istenen olması mümkün olmadığından bu işlemlerde aynı kişi vekil olamaz.¹⁸ Öte yandan Hanbelîler, her iki tarafı da aynı vekilin temsilinde sakınca görmezler.¹⁹

İslâm hukukçularının çoğu, satış için vekâlet verilen kişinin akdi yapma yanında bedeli kabzedip malı teslim etme yetkisine de sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak Hanbelî ve Câferîler, bu vekilin malı teslim edebileceğini fakat bedeli kabzedemeyeceği görüşündedirler.²⁰

(2). Kanunun yetkilendirmesi ile: Kişinin başkası adına kabza yetkili olması bazen hak sahibinin isteği ve iradesi dışında olur. Bu durumlarda yetki kanundan kaynaklanmaktadır. Kısıtlı kişilerin ve küçük çocukların velileri, bu tür yetkiye sahiptirler. Bu kişiler, baktıkları çocuk ve kısıtlının mallarında onlar adına satım vb. tasarrufları yapabildikleri gibi, bu tasarrufların gereği olan bedel ile malın kabz ve teslimini de yapabilirler. Mahcur ve çocuk adına kabz ve teslim yapacak olan kişiler başta baba, dede veya bunların tayin ettikleri, bunlar da yoksa hâkimin tayin ettiği şahıslar olabilir.²¹

¹⁶ Mâverdi, *age.*, VI, 519.

¹⁷ Nevevî, *age.*, IX, 339; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 168. İstisna olarak, babanın oğlu için yaptığı satışta baba ve alıcı kabzdan imtina ettiğinde malı hakim kabzeder. Hâkim yoksa satıcı mebfî'i, alıcının adına emanet olarak elinde tutar. Suyûtî, *el-Eşbâh*, s. 281, 282.

¹⁸ Bilmen, *Kâmûs*, VI, 325.

¹⁹ İbn Kudâme, *age.*, VII, 230.

²⁰ Hammâd, *age.*, s. 61, 62.

²¹ Kâsânî, *age.*, VI, 126, Karaman, *age.*, I, 254

3. İzin

Kabzın geçerlilik şartlarından biri de peşin satışta bedel ödenmemiş ise satıcının izni alındıktan sonra yapılmasıdır. Özellikle Hanefî ve Mâlikîlere göre, müşteri her ne kadar satım akdi ile mebi‘in mülkiyetini elde etmiş olsa da satıcının izni olmadan henüz bedelini ödemediği malı kabzedemez.

İslâm hukukçuları, satım ve diğer akitlerde akit konusunun kabzı için iznin gerekliliği hakkında iki görüşe yönelmişlerdir:

a. Satıcının iznini gerekli görenler: Hanefî, Şâfiî ve Zeydîlere göre, bir kişinin elindeki mal üzerinde hapis hakkı varsa, bu mal kabzedileceği zaman bu kişinin iznini almak gereklidir. Örneğin rehin alanın rehini, kendisine hibe edilenin hibe edilen şeyi, müşterinin de peşin satışta bedeli ödemediği malı kabz için, rehin veren, hibe eden ve satıcının kabza izinleri alınmalıdır. Akit konusunu elinde tutanın hapis hakkının bulunmadığı durumlarda ise kabz için iznine gerek yoktur. Örneğin peşin satışta bedel ödendikten sonra satıcının hapis hakkı kalmadığından, müşterinin malı teslim almak için satıcıdan izin almaya ihtiyacı yoktur. Aynı şekilde satıcı için hapis hakkının bulunmadığı veresiye satışta da kabz iznine gerek yoktur.²²

İzinsiz yapılan kabzdan sonraki işlemler hapis hakkına sahip olanın iznine bağlı olarak mevkuftur. Hanefîlere göre satıcı, müşterinin kendisinden izin almadan kabzettiği malda yaptığı tasarruflardan feshi kabil olanları iptal ettirebilir.²³

b. Satıcının iznini gerekli görmeyenler: Hanbelîlere göre kabz için izin, hibe gibi teberru akitlerinde ve rehinde gereklidir. Diğer tasarruflarda kabz için izne gerek yoktur. Çünkü Hanbelîler prensipte akit konusunda hapis hakkının varlığını kabul etmezler.²⁴

²² Serahsî, *age.*, XII, 51, XIII, 161; Kâsânî, *age.*, V, 252, VI, 123-125, İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561, V, 147; Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 220; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 87; Mâverdî, *age.*, V, 227; Nevevî, *age.*, IX, 326; İbn Miftâh, *age.*, VI, 143, 168, VIII, 110-115.

Hanefîler satıcıya hapis hakkını, bedelin nakit para olduğu peşin satışlarda tanırlar. Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 40.

²³ Kâsânî, *age.*, V, 251; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, 126.

²⁴ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, III, 181-182, 597-598; *el-Muğni*, VI, 188.

Mâlikî ve Zâhirîlerin mebî'in tazmini ile ilgili görüşlerinden, satıcıya peşin satışta bedeli tahsilden önce malı alıkoyma hakkını dolaylı olarak tanıdıkları anlaşılmaktadır.²⁵ Şu halde bu mezheplere göre de müşterinin bedeli ödemediği önce satıcının izni olmadan akit konusunu kabzedemeyeceği sonucuna varmak mümkündür.²⁶

Akit konusunun kabzı için, malı elinde tutanın izninin gerektiğini kabul edenlere göre, bu izin açıkça veya dolaylı yoldan verilebilir.²⁷

- Açıkça izin, kabza izin verildiğini gösteren net sözcükler kullanmakla olur. Örneğin satıcı, alıcı veya temsilcisine mebî'i kast ederek "kabzet, kabza izin verdim, al, götür" gibi sözler söylerse bu açık izindir. Tarafların farklı mekânlarda olmaları durumunda yazılı olarak verilen izin de açık izin sayılır.

- Dolaylı olarak izin vermek ise satıcının akit konusunun müşteri tarafından kabzını gördüğü halde ona engel olmaması şeklinde gerçekleşir. Satıcının müşterinin malı götürmesine engel olmaması veya güçlük çıkarmaması kabza rızasının bulunduğunu gösterir. Alıcının malı paketlemesi, nakliye için araca yüklemesi gibi tasarruflarına satıcının görüp engel olmaması da dolaylı izin olarak değerlendirilebilir.

B. Kabz Ve Teslim Edilecek Malda Aranılan Şartlar

İslâm hukukçuları, genel olarak mebî'in akit yapılırken içinde bulunduğu haliyle kabzının mümkün olduğu görüşündedirler. Ancak Hanefiler diğer mezheplere göre kabzı yapılacak şeyin maddî ve hukukî olarak yalın bir durumda olması gerektiği hakkında hassasiyet göstermişlerdir.

Kabzedilecek malda aranılan başlıca özellikler, satışa dahil olmayan başka bir şeye fizikî olarak bitişik olmaması, hisseli ve taksimi mümkün ise taksim edilmiş olması ve en önemlisi de mislî mal ise gereken ölçüm işlemlerinin yapılmış olması şeklinde üç başlık altında toplanabilir.

²⁵ Mâlikîlere göre mebî'in hasar sorumluluğu mücerret akitle alıcıya intikal eder. Fakat peşin satışta bedelin tahsil için alınılan mebî'in hasar sorumluluğu müşteriye teslimine kadar satıcıya aittir. el-Haraşî, *age.*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty., V, 158, 159.

²⁶ Sâvi, *Hâşiye*, III, 200; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 409.

²⁷ Semerkandî, *age.*, II, 59; Kâsânî, *age.*, V, 304, 305, VI, 124, 138.

Akdin konusu olan malda, akitten sonra kabz ve teslimde engel değişiklikler üzerinde ise çalışmanın üçüncü bölümünde durulacaktır.

1. Malın başka şeylerden ayrılmış olması.

Hanefî, Şâfiî, Câferî ve Zeydîler teslim edilecek malda, satıcının mülkü olan nesnelere bulunmasını kabz engeli olarak görmektedirler. Bu hukukçulara göre akit konusunda satıcının hakkı olan bir şey kalmışsa teslimden önce bunun izalesi veya ayrılması gerekir. Örneğin satılan evin içinde satım akdine dâhil edilmemiş olan satıcıya ait eşyalarının bulunması kabz engelidir. Bu durumda kabz işlemi bu eşyalar boşaltılıncaya kadar mevkuftur. Ancak satıcının teklifi üzerine müşteri evi içindeki eşyalarla kabzederse evin kabzı geçerli olup satıcının eşyaları müşterinin elinde emanet olarak kalır.²⁸

Yine Hanefîlere göre, akit konusu mal kabzedileceği sırada satışa dahil olmayan başka bir şeye bitişik olmamalıdır. Şayet satılan mal müşterinin hakkı olmayan bir nesne ile bitişikse kabz geçersizdir. Örneğin üzerinde ürün bulunan arazinin veya ağacın satımı halinde arazinin ve ağacı ürünsüz olarak kabzı mümkün değildir. Çünkü bu durumlarda tahliye gerçekleşmez. Hanefîler, böyle durumlardaki mebî'î, ortak hisseli eşya gibi görürler ve ayrılmadan kabzının mümkün olmayacağını söylerler. Bu mebî'î, ancak akit konusu olmayan unsurlardan ayrıldığında kabza elverişli hale gelir. Yukarıdaki örnekteki arazinin veya ağacın ürünlerinin satıcı tarafından toplanması ile kabza engel olan durum da ortadan kalkmış olur.²⁹

Diğer taraftan müşteri tarafından kolayca izalesi mümkün olan bitişiklik kabz engeli olmaz. Yukarıdaki örnekte ağacın üzerindeki meyvelerin toplanması ücretle yapılacak kadar külfetli bir iştir ve bu şekildeki bir işlem kabza engeldir. Fakat satıcının çuvalındaki buğdayın boşaltılarak ayrılması gibi mebî'î kolayca ayırmanın mümkün olduğu durumlar kabza mani değildir.³⁰

²⁸ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 19; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562; Nevevî, *Ravzatü't-Talibin*, III, 175; Hillî, *age.*, I, 173; İbnü'l-Murtazâ, *age.*, VI, 149.

²⁹ Kâsânî, *age.*, VI, 125, 140, İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562

³⁰ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562

Diğer mezheplerden Mâlikî ve Hanbelîler ise akit konusunun başka şeylerle birlikte olmasını genel olarak bir kabz engeli olarak görmezler.

Konu hakkında en müsamahakar görüşe sahip olan Hanbelî mezhebinde, kabz için malın müfrez olması gerekli olmayıp, içinde eşyası bulunsa bile satıcının evi bu haliyle tahliyesi geçerli ve yeterlidir.³¹

Mâlikîlerde ağır basan görüş, satılan malda başkasının eşyasının bulunmasının kabza engel olmadığıdır. Özellikle akar kabzında önemli olan husus, karşı taraf için mebî‘de tasarrufa imkân tanınmasıdır. Başkasının eşyasının bulunması, alıcının tasarruf etmesine engel olmuyorsa mebî‘in kabzı geçerlidir. Mâlikîler yalnızca ev satışında Hanefî ve Şâfiîler ile aynı görüşü paylaşır.³²

İslâm hukukçularının mebî‘de satıcının eşyasının bulunmasının kabz engeli olması ilgili görüş ayrılıklarının temelinde, bu haliyle mebî‘in tahliyesinin gerçekleşmiş olmasına dair değerlendirmeleri yatmaktadır. Hanefî ve Şâfiîler akit konusunda satıcının eşyasının bulunmasını alıcının tasarruf imkânına engel olarak görüp tahliye edilmemiş olduğunu söylerlerken diğerleri bu durumu tarafların karşılıklı anlaşması varsa tahliyeye engel olarak görmezler.³³

Öyle görünüyor ki Hanefî ve Şâfiîler akit konusu olmayan eşya sebebi ile çıkabilecek sorun ve çekişmelere engel olmak isterlerken, diğer hukukçular her iki tarafın rızasının bulunmasının bir anlaşmazlığa yol açmayacağını düşünmüşlerdir.

Mâlikîlerin görüşü tatbikat açısından daha uygun görünmektedir. Çünkü satılan maldaki her fazlalık müşterinin tasarruflarına engel olmayabilir. Nitekim Hanefîler, mebî‘de satıcıdan haricindeki birinin eşyasının bulunmasını kabz engeli olarak görmezler.³⁴ Bu hususta önemli olan kabzedilecek maldaki diğer şeylerin taraflar arasında çekişmeye yol açmamasıdır. Her iki tarafın bu durumu bilmeleri ve buna rıza göstermeleri ile ileride anlaşmazlık çıkma olasılığını zayıflatır.

³¹ İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 450.

³² el-Haraşî, *age.*, V, 158; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 145.

³³ Hammâd, *age.*, s. 77.

³⁴ Sahibinin kabzına izin verdiği bu eşya, müşterinin elinde emanet olur. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562.

2. Kabzedilecek ortak bir malın taksim edilmiş olması.

Hanefilere göre kabzedilecek malda bir başkasının hissesi bulunmamalı, şayet varsa diğer hisselerden taksim gibi yollarla arındırılmış ve ayrılmış olmalıdır. Hanefiler, ayrılma imkânı olan ortak bir malın taksim edilmeden kabzını ve buna bağlı olarak da hibe ve rehin verilmesini mümkün görmezler. Bu görüşlerine gerekçe olarak da ortak bir malın, yalnızca belli bir hissesinde tasarruf yapılmasının mümkün olmadığını söylerler. Örneğin birkaç kişinin ortak olduğu bir evin belli bir hissesinin kabzı tasavvur edilemez. Çünkü evin neresinin kimin hissesinde olduğu bilinemez. Hisseli bir malı kabzetmek görünüşte normal kabz gibi görünse de aslında eksik bir kabzdır. Bu yüzden şâyî hisseli malın, bu haliyle kabzı geçerli değildir.³⁵ Hibe edilen ve rehin verilen mal ile ilgili bu görüşler mebi‘ için de geçerlidir.

Hanefilerin objektiflik esasına dayanarak yalnızca maddî nesnelere mal olarak kabul edip menfaatleri mal saymamalarındaki “fizikî varlık” ölçüsü, ortak maldaki hissenin satış ve kabzında da ortaya çıkmış gibi görünmektedir. Hanefiler, hissenin maddî olarak zilyetliğini mümkün görmediklerinden, ayrılıp müstakil hale getirilmeden kabzedilmesini de geçerli kabul etmemişlerdir.

Hanefî mezhebinde taksim edilmemiş hissenin kabzı ve bu haliyle üzerinde tasarruf yapılamaması kuralının istisnası, taksimin mala zarar vermesi ya da değerini azaltmasında ortaya çıkar. Taksim sebebiyle zarar göreceğ malın hisseli haliyle ve paylaştırılmadan kabzı dolayısı ile de hibe edilmesi ve rehin verilmesi caiz görülmüştür.³⁶

Çoğunluğu oluşturan Şâfiî, Mâlikî, Hanbelî ve Zâhirîlere göre ise hisseli malın taksim edilmeden de kabzı mümkündür. Nitekim bir mal üzerinde ortaklığı bulunan kişilerin hisseleri üzerinde tasarruf edebilmeleri, hisseli bir malın kabzının mümkün olduğunu gösterir. Malın bütünü biliniyorsa ayrılmamış hissenin kabzı da yapılabilir.

³⁵ Kâsânî, *age.*, VI, 120, 136

³⁶ Serahsî, *age.*, XII, 57, Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 225, IV, 132; Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed, *el-Inâye fî Şerhi'l-Hidâye*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 28; İbn Âbidîn, *age.*, V, 692; Necefî, Muhammed Hasan Bakır, *Cevâhirü'l-Kelâm fî Şerhi Şerâ'i'l-Islâm*, thk. A. Kuçânî, Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, Beyrut, ty., 7. bs., XXVIII, 178 vd.

Bu nedenle taksim edilmemiş hissenin satışı, hibe edilmesi ve rehin verilmesi geçerlidir.³⁷

Taksim edilmemiş hissenin kabzını geçerli gören Cumhuriyet, kabz işlemi için diğer ortak veya ortakların izninin gerekli olup olmadığı hususunda malın menkûl veya gayrimenkûl olmasına göre ölçüler belirlemişlerdir. Buna göre ortak mal eğer menkûl ise hissenin kabzı için diğer ortak veya ortakların izinleri gereklidir. Çünkü menkûl malın kabzı naklini gerektireceğinden, diğer ortağın izni olmadan taşınması onun hakkına saygısızlıktır. Diğer ortak kabza izin vermezse, kabzedecek kişi (mesela alıcı) tarafından hissesine düşen kısmı elinde tutması için bu ortağı vekil tayin edilebilir. Eğer bu yapılmaz ise hâkim başka birini kabz için tayin eder. Ortak malın gayrimenkûl olması durumunda kabzı için diğer ortağın ne izni ne de hazır bulunması gerekmez, satıcı tarafından tahliyesi yeterlidir.³⁸

Bu konuda cumhurun görüşü daha isabetli görünmektedir. Çünkü ortak maldaki hisse sahipleri, satım akdinden önce de sonra da aynı şekilde malın maliki olmaya ve faydalanmaya devam edebilmektedirler. Hissenin satımı ile yalnızca ortaklardan biri değişmektedir. Eski ortak olan satıcı ile yeni ortak olan müşterinin hisse üzerindeki hak ve görevlerinde bir farklılık yoktur. Eski ortak maldan nasıl faydalanıyorsa yeni ortak da aynı şekilde faydalanmaya devam eder. Bunun için hisseli malın satış ve kabzında bir mahzur olmaması gerekir.

3. Ölçüm işlemlerinin yapılmış olması

İslâm hukukçuları, ölçüm işlemlerini teslimin tamamlayıcı unsuru olarak görürler. Satın alınan mal eğer ölçülerek, tartılarak ya da sayılarak alım satımı yapılan cinsten (mukadderât) ise kabzdan önce bu ölçüm işlemleri yapılmış olmalıdır. Bu şekilde ölçüm yapılması ile müşterinin hak ettiği kısım, satıcının hakkı olan diğer kısımdan ayrılır. Bu işlemler o kadar önemlidir ki, bazen yalnızca ölçüm işlemi ile akit konusunun teslim ve kabzı yapılmış olmaktadır. Mukadderâttan olan malın kabzından

³⁷ Şâfiî, *age.*, VI, 395; İbn Kudâme, *age.*, VIII, 247, 248; Bâcî, *el-Müntekâ*, VII, 259; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 273; İbn Hazm, *age.*, IX, 150

³⁸ Mâverdi *age.*, VI, 39; Şirbîni, *age.*, II, 161; Bâcî, *age.*, VII, 259 vd.; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 411; İbn Kudâme, *age.*, VI, 451; Merdâvi, *el-İnsâf*, XII, 515.

önce ölçümün gerekliliği hakkında bütün fıkıh mezhepleri arasında görüş birliği vardır.³⁹

İslâm hukukçuları, Hz. Peygamberden (s.a.s.) nakledilen şu hadisleri satılan malda ölçüm işlemlerinin yapılmasının gerekliliğine dair delil kabul etmişlerdir:

- *Bir yiyecek maddesi satın alan onu ölçmeden satmasın!*⁴⁰

- *Hız. Peygamber iki ölçekten yani satıcının ve alıcının ölçeklerinden geçmeden yiyecek maddesinin satışını yasakladı.*⁴¹

Bu hadisler, yiyecek maddelerinin ikinci defa satımında ölçülmelerinin gerektiği hakkında genel bir kural getirmektedir. Bu kurala göre ölçerek yiyecek maddesi satın alan müşteri, bunu başkasına satarken bir de kendisi aynı ölçüm işlemini tekrarlamalıdır.⁴²

Çoğunluk bu iki hadisten çıkan kuralları yiyecek maddesi dışındaki diğer bütün misli mallara da uygularken Hanefiler kuralın tatbikinde misli mallar arasında ayırımı giderler.

Hanefilere göre hacim ölçüsü ile ölçülenler (mekîlât) ve ağırlık ölçüsü ile tartılanların (mevzunât) ikinci satışlarında, ölçüm işleminin yenilenmesi gerekirken uzunluk ölçüsü ile ölçülenlerin (mezrûât) ikinci satışında, tekrar ölçüm gerekmez. Bu kuralı şu örnekle açıklayabiliriz:

A, sahip olduğu malı B'ye satın teslim etmiş, B de bu malı C'ye satmış olsun.

Tartılan veya hacim ölçüsü ile ölçülen bir malı satın alıp satıcı (A) ölçtüktan ya da tarttıktan sonra alıp kabzeden müşteri (B), bunları başkasına (C) satarken ölçme ve tartma işlemlerini tekrar yaptıktan sonra teslim edebilir. İlk satıcının (A) yaptığı ölçüm işlemleri yeterli olmadığından, ikinci müşterinin (C) satıcısı olan B'nin ölçüm ve

³⁹ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 560; IV, 560, İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 476, 477; Mâverdi, *age.*, V, 226, Haraşî, *age.*, V, 157; İbn Kudâme, *age.*, VI, 186 vd.

⁴⁰ Müslim, , 179; Ebû Dâvûd, II, 252; Nesâî, VII, 285.

⁴¹ İbn Mâce, Ticârât, 37.

⁴² Merğînânî, *age.*, III, 59.

tartımından önce satın aldığı maldan faydalanması veya bir başkasına satması caiz olmaz. İkinci müşteri (C) ilk müşterinin(B) satın alması sırasında satıcısı (A) ölçme ve tartma işlemleri yaparken orada bulunsa bile ölçüm işlemlerini yenilemelidir.⁴³

İlk müşteri (B), uzunluk ölçüsü ölçülerek satılan bir mal almış ise bunun uzunluğunu tekrar ölçmeden bir başkasına satıp teslim edebilir. Aralarında çok az fark olup sayılarak satılan mallar (adediyât-ı mütekâribe) Ebû Hanîfe'ye göre tartılanlar ve hacim ölçüsü ile ölçülenler gibi değerlendirilirler ve tekrar sayılmaları gerekir. İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise bunlar mezruât gibi kabul edilir ve ikinci defa sayılmaları yapılmadan da satılıp teslimleri mümkündür. Mezhepte Ebû Hanîfe'nin görüşü daha kuvvetli bulunmuştur ve tercih edilmiştir.⁴⁴

Hanefilerin, uzunluk ölçüsüyle ölçülenlerin tekrar satışlarında ölçümü şart koşmamaları, mebî'in uzunluğunu akdin konusu olarak görmemelerinden kaynaklanır. Çünkü onlara göre mala ait olan özellikler (vasıflar) akit konusu olamaz. Uzunluk da mala ait bir özelliktir, oysa akdin konusu bu uzunluk ölçüsü değil malın bizzat kendisidir. Böyle bir malın tahliyesi tam kabz sayılır. Bu malın satışında akit konusu eğer söylenenden fazla ise bu fazlalık ek ücret gerekmeden ikinci müşteriye aittir. Şayet söylenenden eksik ise bedelden indirim yapılmasına da sebep olmaz.⁴⁵ Ancak her birim (zira', metre vb.) için ayrı fiyat belirlenmişse bunlar tartılarak satılanlar gibi değerlendirilir ve tekrar ölçülmeleri gerekir. Yani satış sırasında hepsi için tek fiyat verildiğinde fazla çıkan kısım alıcındır ama miktardan hareketle fiyat verilmişse fazla veya eksik çıkması durumunda yeniden değerlendirme yapılır.⁴⁶

⁴³ Kâsânî, *age.*, V, 244; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 477. Örneğin gıda maddesi olan mebî'i ölçmeden yiyen kişi, her ne kadar kendi malını yediği için haram yemiş olmasa da ölçüm görevini terk ettiği için günahkardır. İbn Âbidîn, V, 150.

⁴⁴ Kâsânî, *age.*, V 245; İbn Âbidîn, V, 150.

⁴⁵ Kâsânî, *age.*, a.y. Tartılarak satılmaları adet olan fakat bölünmenin kendisine zarar verdiği altın ve gümüş ziyet eşyaları mezrûât gibi kabul edilirler ve tartılmadan da satışları yapılabilir. İbn Âbidîn, V, 152.

⁴⁶ Haskefî, Alâeddin Muhammed b. Ali, *ed-Dürrü'l-Muhtâr fi Şerhi't-Tenviri'l-Ebsâr*, (İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ile beraber*) V, 150. Örneğin 6 m² olan halının 7 m² çıkması sonucu etkilemez. Ancak metrekare başına bir fiyat belirlenip de satış yapılmışsa durum farklı olur. Aybakan *İslâm Hukukunda Borçların İfasi*, s. 70.

Mebûin tüketiminden, faydalanılmasından ve tekrar satışından önce ölçüm işlemlerinin yapılmasının sebebi, başkasına ait bir malda tasarruf etmekten kaçınmaktır. Çünkü ölçümü yapılmadan kabzedilen malda akitte kararlaştırılan miktarın dışında satıcıya ait fazlalık bulunması ihtimali vardır. Başkasının olan bu fazla kısımda sahibinden izinsiz tasarruf yapmak ise haramdır.⁴⁷

Kabzedilecek malda aranan yukarıdaki şartların yanında, satım akdine konu olacak malda bulunması gereken genel şartların mevcudiyetinin teslim ve kabz işlemleri sırasında da devamı gerekir. Akit konusunun kabzdan önce mütekavvimlik özelliğini yitirmesi, tamamen veya kısmen telef olması, çalınması gibi sebeplerle tesliminin imkânsız hale gelmesi de kabz engelleri arasında sayılır.⁴⁸

⁴⁷ Merğînânî, *age.*, III, 59.

⁴⁸ İbnü'l-Hümâm, *age.*, XI, 213. Bu değişikliklere müşterinin sebep olması kabz ifade ederken, diğer sebepler ise çoğunlukla akdin fesih veya infisahına yol açar.

II. KABZ VE TESLİM ŞEKİLLERİ

İslâm hukukunda akit konusunun teslim ve kabzının menkullerde elden veya yer değiştirme yoluyla yapılması esas olmakla beraber, özellikle Hanefiler tarafından tahliye de menkul ve gayrimenkullerde müstakil bir teslim şekli olarak kabul edilmiştir. Hanefiler, tahliyeyi mutlak olarak her çeşit mal için geçerli bir hükmî kabz yolu olarak görürler. Diğer mezhepler ise tahliyeye ihtiyatlı yaklaşır ve elden teslim veya taşımının mümkün olmadığı durumlarda başvurulabilecek bir teslim yolu olarak kabul eder.

Bu görüşler ile birlikte bütün mezheplerde kabz konusunda örfün dikkate alınmasına dair ortak bir kanaat da bulunmaktadır.

Nakil ve tahliye yanında malda değişikliğe sebep olmak, malın müşterinin veya onun teslimini istediğı birinin eline geçmesi ve malın zaten akitten önce müşterinin elinde bulunması gibi durumlar ile de kabz gerçekleşmektedir.

Günümüzde büyük gelişme gösteren uluslararası ticarete, nakliye işlem ve masraflarına hangi tarafın üstleneceğinin ayrıntılı olarak tespit ve tayin edildiğı teslim şekilleri, standart hale getirilmiştir. Taraflar, akit sırasında seçtikleri teslim şeklinin gereğini yerine getirmek zorundadırlar.

A. İslâm Hukukçularının Kabz ve Teslimin Şekilleri İle İlgili Görüşleri

1. Mezheplere göre kabzın gerçekleşmesi

Malın satıcı tarafından teslimi veya alıcı tarafından kabzının gerçekleşmesini sağlayan işlemlerin ayrıntılı olarak incelenmesinden önce, İslâm hukukçularının bu husustaki görüşlerinin özetlenmesi konunun kavranması açısından yararlı olacaktır.

İslâm hukukçularının kabz ve teslim şekilleri hakkındaki görüşleri bağlı buldukları mezhepler doğrultusunda olduğundan, bu görüşlerin mezheplere göre dört başlıkta toplanması mümkündür.

Fıkıh kitaplarında kabz yöntemleri açıklanırken akit konusunun menkûl veya gayrimenkûl olmasına göre bir tasnife gidilmiştir. Mezheplerin konu ile ilgili görüşlerini karşılaştırmada kolaylık sağlaması açısından bu tasnife uygun olarak açıklayacağız.

a. Hanefîler: Hanefîlere göre gayrimenkûllerin kabzı, tahliyesi ile olur. Menkûl malların kabzı için elden teslim ve nakil ile kabz mümkün olmakla birlikte akit konusunun yalnızca tahliyesi ile de hükmen kabzı gerçekleşir.⁴⁹

Görüldüğü gibi Hanefîler, tahliyeyi kabz için hemen hemen her çeşit malda geçerli kabul etmektedirler.

b. Şâfiîler: Şâfiîlere göre gayrimenkûllerin kabzı, tahliye ile yapılır. Menkûllerin kabzı ise öncelikle elden teslim yoluyla yapılmalıdır. Eğer elden teslim yapılamıyorsa malın bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmesi gerekir. Şayet nakil de mümkün değilse tahliyesi ile teslimi yapılmış olur.⁵⁰

Özetle Şâfiîlere göre kabz, öncelikle fiilî olarak bu mümkün değilse tahliye yoluyla yapılmalıdır.

c. Mâlikîler: Mâlikîlere göre gayrimenkûllerin kabzı, tahliye ile olur. Menkûllerin kabzında ise temel ölçü örftür. Ayrıca götürü usulle satılan malın kabzı için tahliyesi yeterli olmayıp bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmesi de gereklidir.⁵¹

d. Hanbelîler: Bu mezhepte kabz hususunda temel ölçü, bir şeyin kabzının özelliğine göre değiştiğidir. Buna göre gayrimenkûllerin kabzı tahliyesi ile menkûllerin

⁴⁹ Kâsânî, *age.*, V, 244; *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 18; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

⁵⁰ Mâverdî, *age.*, V, 226 vd; Nevevî, *age.*, IX, 333, 342.

⁵¹ Haraşî, *age.*, V, 158; Karâfî, *age.*, V, 120; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 145.

kabzı ise elden teslim, nakil gibi örfte mevcut ve uygun şekillerde olur. Mislî malların kabzı ise ölçüm işlemlerinin yapılmasıyla yapılır.⁵²

e. Diğer mezhepler: Câferîlerin tercih edilen görüşlerine göre, kabz menkûllerde malın özelliğine göre ele alma ve mümkünse nakil gibi yollarla, gayrimenkûllerde ise tahliye ile yapılır.⁵³

Zeydîler, Hanefîler gibi menkûl ve gayrimenkûl mallarda tahliyeyi teslim ve kabz için yeterli görürler.⁵⁴

Zâhirîlere göre ise kabz gayrimenkûllerde el koymak, menkûllerde ise nakil ile gerçekleşir.⁵⁵

İslam hukuk mezheplerinin görüşlerden çıkan ortak sonuç, gayrimenkûl kabzının tahliye edilmesi ile yapılacağıdır. Menkûllerin kabzının örfte uygun şekilde taşınarak yapılacağı konusunda da ittifak vardır. Fakat menkûllerin yalnızca tahliye ile kabzı ise tartışmalıdır.

2. Kabz ve örf

İslâm hukukçularının kabz ve örf arasındaki ilişkiyi belirten sözleri, kabzın gerçekleşme yolları hakkındaki düşüncelerinin hareket noktalarının aynı olduğunu göstermektedir.

Kabz ve örf ilişkisi hususunda İslâm hukukçularının görüşleri aşağıdaki ifadelerde ortaya çıkmaktadır:

*“Tahliye külfetsiz olarak güç yetirme durumunda hükmen kabzdır. Fakat bu durum satılan mala göre değişir”*⁵⁶

*“Kabzdaki örf, şart yerine geçer”*⁵⁷

⁵² İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 45,46; Buhûfî, *Keşşâf*, III, 247. Ancak ölçümün müşteri veya temsilcisinin huzurunda yapılması gerekir. Merdâvî, *el-İnsâf*, XI, 513.

⁵³ Hillî, *age.*, I, 173; Necefi, *Cevâhirü'l-Kelâm*, XXIII, 148 vd.

⁵⁴ İbn Miftâh, *age.*, VI, 145.

⁵⁵ İbn Hazm, *age.*, VIII, 89, 518.

⁵⁶ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 462.

⁵⁷ Mâverdî, *age.*, V, 192.

“Mezhep fakihlerimiz kabz konusunda örfe bakmak gerektiğini söylemişlerdir.”⁵⁸

“Kabz, mebî'e göre farklı olur.”⁵⁹

“Kabz konusunda örfe bakmak gerekir. Çünkü ne şeran ne de sözlük anlamı olarak kabzın nasıl yapılacağına dair kuşatıcı bir kayıt yoktur.”⁶⁰

“Akarın kabzı tahliye ile diğerlerinin (menkûllerin) kabzı ise örfe göredir.”⁶¹

“Her şeyin kabzı kendi özelliğine göre değişir.”⁶²

Yukarıdaki ifadelerden anlaşıldığı gibi, İslâm hukukçuları farklı zaman ve mekânlarda yaşamalarına rağmen kabzın malın özelliğine ve içinde bulunulan mekân ve zamanda câri olan örfe göre yapılacağı noktasında ortak bir görüşe sahiptirler. Şu halde İslâm hukukunda kabz konusunda belirleyici olan ölçünün yürürlükteki örf olduğu ortaya çıkmaktadır. Kabz konusundaki içtihatların farklı olmasına da fakihlerin bağlı oldukları yerlerde geçerli olan değişik örflerin sebep olduğunu⁶³ söylemek mümkündür.

Kabz konusunda belirlenen ölçülere mezhepler açısından bakıldığında en kuşatıcı olan ölçünün Hanbelîler tarafından belirlendiği görülür. *Mecelle*'nin 265. maddesindeki düzenleme de bu görüşü yansıtır: Kabz ve teslim işlemi malın tabiatına göre nasıl uygun ise o şekilde yapılır.⁶⁴ Yani ele alınıp taşınabilecek küçük eşyalar el ile, mobilya vb. büyük eşyalar nakil araçları ile taşınmazlar da tahliyeleri yapılarak teslim edilecektir.

Günümüzde ticarî işlemlerin çok daha çeşitlendiği ve yoğunlaştığı göz önüne alınırsa teslim ve kabzın şekli konusunda tek bir mezhebin ölçüsünün tercih edilmesi, çıkacak sorunları çözmeye yeterli olmayacaktır. Bunun yerine bütün görüşlerin

⁵⁸ Nevevî, *age.*, IX, 333.

⁵⁹ Mâverdi, *age.*, V, 226.

⁶⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtac*, II, 94

⁶¹ Haraşî, *age.*, V, 158.

⁶² İbn Kudâme, *age.*, VI, 182

⁶³ Hammâd, *age.*, 50.

⁶⁴ *Mebûin ihtilâfiyla keyfiyet-i teslimi dahi muhtelif olur* (m. 265); İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 186, 187. Bununla beraber *Mecelle*'de, tahliye mutlak bir kabz şekli olarak da kabul edilmiştir. Bkz. m. 263, 270, 272, 274.

değerlendirilerek zaman ve mekânın şartlarına göre satıcı ve alıcı açısından en uygun olanının tercih edilmesi daha isabetli olacaktır. Böylece tarafların sözleşme sırasında teslim ve kabzın nasıl yapılacağı hakkında anlaşarak koydukları kayıtlar belirleyici olacaktır. Nitekim çalışmamızın “Teslim yeri ve zamanı” kısmında ele alınacağı üzere uluslararası ticarete câri olan teslim şekilleri taraflarca sözleşme sırasında seçilir ve bağlayıcı olurlar.

Mecelle'de sırayla önce Hanefilerin görüşü esas alınarak elden teslim veya nakil veya kabza izin vermekle teslimin gerçekleşeceği⁶⁵, daha sonra da Hanbelî mezhebinin görüşüne paralel olarak satılan malın çeşidine göre tesliminin de değişebileceği⁶⁶ hükmüne yer verilmesi, İslâm hukukunda kabz ile ilgili bütün görüşlerin uygulanması gerektiği sonucunu gösteren somut bir örnektir.

B. Kabz Ve Teslim Şekilleri

1. Elden teslim veya nakil

Akit konusunun tesliminin en çok görülen şekli ya elden teslim ya da genellikle alıcının istediği bir yere nakli yoluyla olmaktadır.

a. Elden teslim: Kabz denilince ilk akla gelen ve mebî'î elden ele vermek yoluyla yapılan bu şekil, kabz ve teslimin en basit ve bilinen yoludur. Elden kabz da denilen bu yöntemde satılan mal ele almaya uygun küçük bir şey ise satıcı malı alıcıya eliyle verir. Yine alıcının malı bulunduğu yerden eli ile alması da elden kabzdır. Para, ekmek gibi maddeler bu şekilde kabzedilir.

b. Nakil: Malın ele alınmasının mümkün olmadığı durumlarda akit sırasında bulunduğu yerden genellikle müşterinin istediği başka bir yere taşınması ile teslim ve kabzı gerçekleşmiş olur. Ağır ev eşyaları, otomobil vb. nesnelere de bu yolla kabzedilir.

İslâm hukukçuları, menkûl malların elden veya nakil ile alınıp verilmesinin örf haline geldiği durumlarda kabzın bu şekilde yapılacağı hakkında ortak görüştedirler.

⁶⁵ *Mebîin teslimi müşterinin bilâ mani mebî'î kabzedebilecek veçhile tesellümüne bayi'in izin vermesiyle hâsıl olur* (m. 263). *Mebî'in teslimi hâsıl olduğu gibi müşteri dahi anı kabzetmiş olur* (m. 264).

⁶⁶ *Mebîin ihtilâfıyla keyfiyet-i teslimi dahi muhtelif olur* (m. 265).

Ancak bu şekilde fizikî olarak kabzları mümkün olan malların, tahliye yoluyla kabzedilmesi tercih edilmesi hususunda Hanefiler diğer mezhepler ayrılmaktadır.

Şâfiî, Mâlikî, Hanbelî, Câferî ve Zâhîrîlere göre ele alınabilen veya yeri değiştirilen malların tahliye ile teslimleri yapılamaz. Bu fakihlere göre kabz ele alınabilen mallarda el ile yapılırken ele alınma imkânı olmayan menkûl mallarda ise yer değiştirme ile gerçekleşir. Bu guruba göre bazı hadis ve sahabe tatbikatları, yerinin değiştirilmesi mümkün olan bir malın sadece tahliyesinin bu malın kabzı için yeterli olmadığını göstermektedir.⁶⁷

Hanefilere göre ise bu durumlarda kabz elden veya başka bir yere taşımakla yapılabildiği gibi satıcının tahliyesi yani malda müşteri için tasarrufa imkân tanınması ile de mümkündür. Fakat yalnızca sarf akdinde tahliye ile kabz yapılamaz. Sarfta, kabzın fiilen yani bedellerin karşılıklı olarak elden verilip alınması şeklinde yapılması gerekmektedir.⁶⁸

2. Tahliye (malın belirlenip ayrılması)

Tahliye, satıcının serbestçe tasarruf edebileceği şekilde satılan mal ile müşteri arasındaki engelleri kaldırmasıdır.⁶⁹ Bu açıdan tahliye, satıcı açısından teslim işlemi olmaktadır.⁷⁰

Hukukî anlamda kabz mutlaka bir şeyi almak veya el koymak olmayıp malın cinsine göre kabzın mahiyet ve tarzı da değişir.⁷¹ Tahliye, hükûmî kabz yollarının en önde gelenidir. Ancak tahliye ile hükmen kabzın gerçekleşmesi için malın, müşteri tarafından zorlanmadan ve fiilen teslim alınabilecek vaziyette olması gerekmektedir.⁷²

⁶⁷ Bkz. Mâverdî, *age.*, V, 227; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 14; İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 186, 187; Karâfi, *age.*, I, 160.

⁶⁸ *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 18; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 274; İbn Âbidîn, *age.*, V, 258.

Bu görüşlerin istisnası olarak, Ahmed b. Hanbelî'nin bir görüşünde tahliyeyi her çeşit eşyada kabz için geçerli gördüğü (İbn Kudâme, *age.*, VI, 187), İmam Ebû Yusuf'un ise menkul mallarda rehin ve gasp durumunda tazminat için tahliyeyi yeterli bulmayıp, ayrıca naklini de gerekli gördüğü (Serahsî, *age.*, XXI, 60) aktarılmıştır.

⁶⁹ Kâsânî, *age.*, V, 244.

⁷⁰ İstisnalar için bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 246.

⁷¹ Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*, 182 vd.

⁷² İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562.

Tahliyenin fiilî teslime göre fark ve önemi şudur: Akit konusu olan şey herhangi bir yere taşınmadığı halde, şartlarına uygun şekilde tahliyesi ile teslim ve kabzı gerçekleşmiş olur. Böylece satıcı teslim borcunu yerine ifa etmiş olduğundan, mebî'in hasar sorumluluğu karşı tarafa geçer. Ayrıca müşteri mebî'i hükmen kabzetmiş olduğu için, bu mal üzerinde satış, kira gibi mali tasarruflarda bulunabilir.

a. Tahliye yoluyla kabzın kapsamı

Gayrimenkûllerin tabiî olarak, menkûllerin ise naklinin yapılamadığı durumlarda kabzının tahliye ile yapılabileceğine dair bütün İslâm hukukçuları hemfikirdirler. Şu halde İslâm hukukunda tahliyenin bir teslim şekli olduğu hakkında genel bir kabulden söz etmek mümkündür. Bu konudaki görüş ayrılıkları tahliye ile kabzın kapsamı hakkındadır. Hanefiler tahliyeyi hükmî bir kabz şekli olarak görüp her çeşit malın kabz ve teslim işleminin (alternatifi olsa da) tahliye ile yapılabileceğini kabul ederken çoğunluk tahliye ile kabzın yapılabilmesini, malın elden tesliminin veya bir başka yere naklinin mümkün olmaması ile sınırlandırır.

(1). Tahliyeyi her türlü malda kabz kabul edenler:

Tahliyenin her çeşit malın kabzı için yeterli olduğu görüşüne yönelenler Hanefiler,⁷³ Zeydîler⁷⁴ ve bir görüşünde Ahmed b. Hanbel'dir⁷⁵.

Hanefilerin kabzın tanımını yaparken, kabz teslim kavramlarını tahliye ile özdeşleştirmeleri tahliyeyi daha baştan mutlak olarak kabz kabul ettiklerini göstermektedir.⁷⁶ Hanefilere göre, satıcının akit konusunu müşteri tarafından zorlanmadan alabileceği şekilde bırakarak tahliyesi kabz sayılır. Fakat tahliye ile hükmî kabzın standart bir şekli olmayıp tahliye işlemleri malın özelliğine göre değişmektedir. Fıkıh kitaplarında konu ile ilgili verilen örneklerde tahliye için yapılan işlemler de görülmektedir. Örneğin satıcının sattığı kitabı veya elbiseyi müşterinin önüne koyması, satılan binanın kapısı kolayca açılıyorsa anahtarlarını teslim etmesi, yardımsız

⁷³ Kâsânî, *age.*, V, 244; Merğînânî, *age.*, IV, 126; Haskefî, *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 561-562.

⁷⁴ İbn Miftâh, *age.*, VI, 145, Hârûnî, *Şerhu't-Tecrîd fî Fıkhi'z-Zeydiyye*, I-IV, thk. M. Azzan, H. Ubeyd. Merkezü't-Türas ve'l-Buhusi'l-Yemeni, San'a, 2006, IV, 8.

⁷⁵ İbn Kudâme, *age.*, VI, 187.

⁷⁶ "Bize göre teslim ve kabz, tahliye ve tehallidir." Kâsânî, *age.*, V, 244.

alınabilecek hayvanı işaretle göstermesi, mebî' bir odada ise müşteriye alması için bu odanın anahtarlarını vermesi ile tahliye yapılmış olur. Ancak bütün bu durumlarda tahliye yoluyla kabzın sıhhati için satıcının malın kabza hazır olduğuna ve izin verdiği dair sözlü beyanı da gereklidir.⁷⁷

Her çeşit malda tahliye ile kabz yapılabileceğini kabul edenlerin dayandıkları başlıca deliller şunlardır:

- İbn-i Ömer'den: "Bir defasında Hz. Peygamber ile yolculuk yapıyorduk. Ben babam Hz. Ömer'e ait zaptı zor bir devenin üzerindeydim. Deve dik başlılık edip topluluğun önüne geçip duruyordu. Rasûlullâh (s.a.s.) babama:

- *Ey Ömer, onu bana sat!* dedi. Babam da:

- *Pekâlâ, o senin olsun ey Allah'ın Rasûlü!*" diyerek cevap verdi. Böylece Hz. Peygamber deveyi satın almış oldu. Sonra Hz. Peygamber bana dönerek: "*Ey Abdullah, deveyi sana bağışladım, o artık senindir, onu istediğin gibi kullan*" dedi.⁷⁸

Bu hadis menkûl bir malın kabzı için fiziki olarak nakli veya el değiştirmesinin şart olmadığını açıkça göstermektedir. Çünkü Hz. Peygamber, Abdullah b. Ömer'in üzerinde olduğu deveyi satın alıp henüz üzerinde iken deveyi, ona hibe etmiş ve bu arada fiilî kabz yapmamıştır.⁷⁹

- Teslimin kelime anlamı, has ve halis kılmaktır. Yani satıcının sattığı malı başkası ile çekişmesine meydan vermeyecek şekilde müşteriye tahsis etmesi, ona ait kılmasıdır. Bu durumun malın tahliyesi ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Ayrıca el ile almak alıcının istek ve iradesine bağlı bir davranıştır. Satıcının teslim görevini yerine getirmesinin alıcının iradesine bağlı bir davranışa bağlanması, teslim borcunun ifasını güçleştirir.⁸⁰ Satıcıya düşen görev, malı kabzedilmeye hazır hale getirmektir.

⁷⁷ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 274; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561, 562; Bilmen, *age.*, VI, 48. Örnekler için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 332-335.

⁷⁸ Buhârî, *Buyû*, 47, Hibe, 25.

⁷⁹ el-Askalânî, Ahmed İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, I-XIII, thk. M. F. Abdülbâkî, M. Hatîb, Dârü'r-Reyyân li't-Türâs, Kâhire 1987, 2. bs., IV, 393 vd.

⁸⁰ Kâsânî, *age.*, V, 244.

Kısaca Hanefilere göre satıcının teslim borcu, malın müşteri tarafından kabzedilmesine hazır duruma getirilmesi ile biter ki tahliye de işte budur. Bundan sonraki süreç müşterinin malı alıp götürmesidir. Bu tasarrufa ise satıcının etkisi olamaz.

Sarf akdinde olduğu gibi, tahliye yoluyla teslimin bir istisnası da şu durumdur: Satıcının mebî'i tahliyesi ile kabzın gerçekleşmesinin aksine, müşterinin mebî'i iade için tahliyesi hükmî kabz ifade etmemektedir. Örneğin müşteri bedeli ödemediği önce satıcının izni olmadan malı alıp götürse, satıcı malı geri istediğinde müşterinin o malı tahliyesi satıcıya teslim etmiş olması için yeterli değildir. Satıcının, iade edilen mebî'i fiilen kabzetmesi gerekir.⁸¹

Hanefilerde fâsit satışın kabz ile mülkiyet ifade ettiği belirtmiştik. Mezhepte tercih edilen görüşte tahliye sahih fâsit satışta hükmî kabzdır. Bu sebeple fâsit satışta da mebî'in mülkiyeti tahliye ile müşteriye geçer.⁸²

Yine Hanefilere göre tahliye, sonuçları açısından tam olan ve olmayan kabz olarak ikiye ayrılmaktadır. Tahliyenin satıcının bir fiili olduğunu göz önüne alırsak bunlara, tam teslim ve eksik teslim demek mümkündür. Tahliyenin tam teslim olması, mebî'in yeniden satışı için elden teslim, nakliye ve ölçüm işlemlerine gerek olmadığını, eksik teslim olması ise bu işlemlerin yapılması gerektiğini anlatır. Tahliyenin tam ve eksik teslim olması ile ilgili hükümler şunlardır:⁸³

- *Tahliyenin tam teslim olması*: Tahliye, uzunluk yönünden ölçülebilen ve Ebû Hanîfe'ye göre aralarında çok az fark olup sayılarak satılan mallarda tam kabz (veya tam teslim) sayılır. Öyle ki bu tür bir mal satıldığında, tahliye edilmişse satıcının tazmininden çıkar. Müşterinin tekrar ölçümü ve sayımından önce bu mebî'i satışı ve faydalanması caiz olur. Mislî olan bir mal götürü olarak satıldığında da hüküm yukarıdaki gibidir. Çünkü götürü satışta miktara itibar edilmez.

⁸¹ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 563.

⁸² *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 18; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 274. Fâsit hibede ise tahliye ile kabz gerçekleşmez. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 563.

⁸³ Kâsânî, *age.*, V, 244.

- *Tahliyenin eksik teslim olması*: Hacim ve ağırlık ölçüsü ile satılan mallarda tahliye ile tam teslim (kabz) gerçekleşmez. Bu sebeple müşteri bu malları ölçerek ve tartarak satın almış olsa bile bir başkasına satarken tekrar ölçüp tartmalıdır.

Kısaca Hanefiler, parça borçlarının yani genellikle kıyemîlerin ve parça borcu haline getirilen mislîlerin tahliyesini tam kabz, cins borçlarının tahliyesini ise eksik kabz kabul ederler. Yani genellikle mislî olan cins borçlarının kabzı için tahliye ile beraber ölçme ve tartma gereklidir.⁸⁴

(2). Tahliyeyi nakledilemeyen mallarda kabz kabul edenler:

Çoğunluğu oluşturan İslâm hukukçuları elden teslim ve tesellümü yapılabilen ve yeri değiştirilebilen mallarda tahliye ile kabzı geçerli görmezler. Şâfîî, Mâlikî, Hanbelî, Câferî ve Zâhirîlerden oluşan bu gruba göre menkûl malların kabzında, nakil esastır. Eğer elden teslim veya nakil yapılamıyorsa tahliye ile teslim ve kabz mümkündür.⁸⁵ Bu fakihlerin tahliye ile kabza sıcak bakmamaları, kabz öncesi satışta görülen haksız kazanç ve faiz şüphesi gibi unsurların tahliye yolu ile kabzda da ortaya çıkma ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Nitekim bu grubun dayandığı hadisler bu sakıncalar ile ilgilidir.

Menkûl malların kabzı için yerlerinin değiştirilmesini şart koşan fakihlerin delil olarak gösterdikleri hadislerin iki grupta olduğu görülmektedir.⁸⁶

- Birinci gruptaki hadisler, götürü olarak satın alınan malların tekrar satılmadan önce yerlerinin değiştirilmesinin gerektiği ile ilgilidir. Farklı rivayetlerine karşılık, içerik olarak aynı olan bu hadislere örnek olarak şu rivayet gösterilebilir:

Abdullah b. Ömer'den: *"Biz, üretici kafilelerinden götürü usulle yiyecek satın alırdık. Peygamber (s.a.s.) aldığımız bu yiyeceği başka bir yere taşımadan satmamızı yasakladı"*.⁸⁷

⁸⁴ Aybakan, *age.*, s. 67, 68.

⁸⁵ Mâverdi, *age.*, V, 226 vd; Nevevî, *age.*, IX, 333, 342; Haraşî, *age.*, V, 158; Karâfî, *age.*, V, 120; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 145; İbn Kudâme, *Kâfî*, III, 45,46; Hillî, *age.*, I, 173; İbn Hazm, *age.*, VIII, 89, 518.

⁸⁶ Bkz. Mâverdi, *age.*, V, 227; Şîrâzî, *age.*, II, 14; İbn Kudâme, *age.*, VI, 186, 187.

Menkûllerin kabzı için nakli şart koşan fukahâyâ göre, bu hadisten Hz Peygamberin satın alınan yiyecek maddesinin tekrar satılabilmesi için yerinin değiştirilmesini emrettiği sonucu çıkmaktadır. Satın alınan her şeyin kabzı için hadisteki yiyecek maddesi gibi mümkünse başka bir yere nakli gerekir.

- İkinci grup hadisler ise yiyecek maddelerinin satımlarında ölçüm işlemi yapılması ile ilgilidir. Bu gruba örnek olarak da şu hadis gösterilebilir:

“Bir yiyecek maddesi satın alan onu ölçmeden satmasın!”⁸⁸

Bu hadisten de yiyecek maddesi satın alan kişinin bunu başkasına satarken tekrar ölçüm işlemi yapması gerektiği anlaşılmaktadır.

Çoğunluğu oluşturan İslâm hukukçuları bu hadislerden çıkan yer değiştirme ve ölçüm işlemlerinin gerekliliği sonucunu bütün menkûl mallara genelleyerek kabz için öncelikle mebî'in el ve yer değiştirmesini şart koşmuşlardır.

(3). Görüşlerin Değerlendirilmesi:

Her iki tarafın gösterdiği delillere ve çıkardıkları sonuçlara baktığımızda Cumhurun gösterdikleri delillerden çıkan sonuçları genellerken zorlama yaptıklarını, Hanefilerin delillerinin daha ikna edici ve ulaştıkları sonucun da daha makul olduğunu görmekteyiz.

Konu ile ilgili olarak her iki tarafın delillerini özellikle rivayet açısından değerlendiren Ali Muhiddîn Karadâğî şu hususları tespit etmiştir.⁸⁹

- Çoğunluğun delil olarak gösterilen hadislerde rivayet yönünden bazı zayıflıklar vardır. Bu zayıflıklar hadislerin fikhî açıdan delil olmalarını gölgelemektedir.

- Yine çoğunluğun delil olarak gösterdiği hadisler, yiyecek satışlarında ölçüm işleminin gerekliliği ile ilgilidir.

⁸⁷ Müslim, Buyû 34; Ebû Dâvûd, Buyû 65; Tirmîzî, Buyû, 57; İbn Mâce, Ticârât, 38.

⁸⁸ Buhârî, Buyû, 51, 55; Müslim, Buyû, 29, 39; Ebû Dâvûd, Buyû, 65; Tirmîzî, Buyû, 56; İbn Mâce, Ticârât, 37.

⁸⁹ Bkz. Karadâğî, Ali Muhiddîn, “el-Kabzu, Suverahû ve bihâsseti'l-Müstecdetü minha ve Ahkâmühâ”, *Mecelletü Mecma 'i'l-Fıkhi'l-İslâmî*, VI/1, Cidde 1410/1990, ss. 555-634, s. 411- 415.

- Hadislerdeki yasak kabzın şekinden çok, kabz öncesi satışa yöneliktir.

Delil olarak gösterilen hadisler incelendiğinde bu tenkitlerin isabetli olduğu görölmektedir. Hadislerde rivayet yönünden zayıflıkları dikkate alınmasa bile bunların bütün menkûl malları kapsadıklarına dair açık bir delil yoktur. Çoğunluğu oluşturan fakihler yiyecek maddesinin kabzı ile ilgili hadisleri bütün mallara genellemişler ancak bu genelleme için ikna edici bir sebep belirtememişlerdir. Cumhuriyetin gösterdikleri delillerden yiyecek maddeleri hariç menkûllerin satışında tahliyenin kabz olamayacağına dair bir hüküm çıkarmak mümkün değildir.

Hanefilerin delil olarak sundukları hadis ve teslimin kelime anlamı üzerinden yola çıkarak yaptıkları istidlâl, yalnızca tahliye ile de teslim borcunun ifasının mümkün olduğunu açıkça göstermektedir. Nitekim hadiste Hz. Peygamberin binicisi üzerinde iken mezkûr deveyi satın alıp peşinden de binicisine hibe etmesi, fiilen kabzın şart olmadığına delildir. Öte yandan teslim kelimesinin anlamından hareketle, tahliyenin teslim olduğu sonucuna ulaşmaları da isabetli bir yorumdur. Böylece hem deliller hem de sonuçları açısından menkûl mallarda tahliye ile teslimin gerçekleştiğine dair Hanefî içtihadının, cumhuriyetin iddiasının aksine daha doğru olduğu görülür.

Teslim ve kabz işlemlerinin neticelendirilmesi açısından bakıldığında, cumhuriyetin görüşünün işlemlerle ilgili şekli şartlar getirdiği ve malın el değıştirme sürecinin sağlıklı işlenmesi ve doğacak ihtilafları engellemek açısından daha güvenli olduğu söylenebilir. Hanefîlerin görüşü ise teslim ve kabz işlemlerini hızlandırıcı mahiyettedir ve uygulama açısından daha esnektir. Özellikle toptan mal alım satımlarında, tahliyenin teslim ve tesellüm işlemlerini hızlandıracağı şüphesizdir.

Tarafların razı olması durumunda tahliye ile teslim ve tesellümün yapılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Satıcı tahliyeye dair beyanı ile bu şekilde teslimi zaten razı olduğunu göstermektedir. Bu halde müşterinin tahliyeye rızası öne çıkar. Müşterinin tahliye yoluyla kabzı kabul etmesi, durumu değerlendirdiğini ve hasar sorumluluğunun kendisine geçmesini kabul ettiğini açığa çıkartır.

Günümüzde ticarî işlemlerin daha yoğun ve hızlı gerçekleştiği göz önüne alındığında, teslim ve kabzın fiilî olmasında ısrarcı bir tavır takınmak, ticarî işlemlerde

yavaşlamaya ve güçlüğe sebep olabilir. Tahliye ile kabzın önemi özellikle imalatçılar ve “ara satıcı” denilen toptancı, bayi gibi tüccarların yaptıkları alışverişlerde ortaya çıkar. Bu tür kişilerin yaptıkları satışlarda, fiilî kabz akdin akabinde ve rahatça mümkün olmayabilir. Nitekim bugün teslim ve tesellüm işlemleri, fiilî olmaktan çok teslim ve tesellüme dair belgelerin onaylanması ve imzalanması gibi yollarla hukukî geçerlilik kazanmaktadır. Bu durumda, menkûllerin teslim ve kabzı tahliye yoluyla olur.

Satıcı malı kabza hazır hale getirdiği halde, müşterinin haklı bir sebep göstermeden bunu kabzetmemesi durumunda satıcı yaptığı bu tahliye işlemi ile teslim borcunu ifa etmiş kabul edilmelidir. Çünkü Hanefilerin belirttiği gibi satıcı, tahliye ile kendine düşen görevi yapmış, mebî’i müşterinin kabzı için hazır hale getirmiştir. Böylece satıcı hasar sorumluluğundan da kurtulmuş olacaktır. Yine bu yolla müşterilerin mebî’i kabzetmeyerek satıcının işyeri veya depo gibi mekânlarını, gereksiz yere meşgul etmelerinin de önüne geçilebilir.⁹⁰

Ancak burada, şu soru akla gelmektedir. Acaba satıcı mebî’i tahliye ile teslim etmek, müşteri de elden almak isterse teslim ve kabz hangisinin istediği yolla yapılmalıdır?

Böyle bir durumda kabz cumhura göre müşterinin istediği, Hanefilere göre ise tahliye yeterli olduğundan satıcının istediği şekilde olacaktır. Deliller objektif olarak değerlendirildiğinde, Hanefî içtihadının tercihi ağır basmaktadır. Fakat bu durumda da müşteri açısından bazı mahzurlar ortaya çıkabilir. Örneğin tahliyeden sonra malı götürme imkânı bulamayan müşteri zor durumda kalabilir. Aynı şekilde aşırı kalabalık veya تنها bir yerde olmak gibi sebeplerle tahliye ile kabz müşteri için güvenli olmayabilir. Müşteri bu tür koşullarda haklı olarak tahliyeyi tercih etmeyebilir. Bu durumlar özellikle bir malın son alıcısı olan tüketiciler için söz konusudur.

İslâm hukukunda mebî’in teslimi için gereken ayırma, çıkarma gibi bir işlem sonucunda satıcının zarar görmesi akit için fesat sebebi sayılmıştır.⁹¹ Bunu gibi teslim için yapılan bir işlemin müşteriye zarar vermesi durumu da dikkate alınmalıdır. Bu

⁹⁰ Kaşıkçı, *age.* s. 372.

⁹¹ Kâsânî, *age.*, V, 168.

sebeple satılan mal tahliye veya başka bir yolla müşteriye zarar verecek şekilde teslim edilmemelidir. Teslim, mebî'in müşteri tarafından normal şekilde kabzedilmesini sağlayacak şekilde yapılmalıdır.

Müşterinin tahliye yoluyla teslimden zarar görebileceği koşullarda elden teslim veya nakil yolu gibi uygun şeklin tercihi daha adil olacaktır.

İslâm hukukçularının kabz ve örf arasındaki ilişkiye dair görüşleri de göz önünde tutulursa, kanaatimizce tahliye ile teslim ve kabz hakkında şu ilkelerin dikkate alınması uygun olur:

- İslâm hukukunda menkûl malların tahliye yolu ile teslim ve kabzı mümkündür.

- Menkûllerin tesliminin tahliye ile yapılabilmesi için her iki tarafın da açık veya dolaylı olarak rızası aranmalıdır.

- Özellikle, müşterinin haklı bir sebep göstermeden mebî'i fiilen kabzetmemesi durumunda satıcı uygun şekilde tahliye etmekle teslim borcunu ifa etmiş kabul edilmelidir.

- Müşterinin tahliye ile teslimden zarar görme ihtimalinin yüksek olduğu koşullarda tahliye yerine uygun olan diğer teslim yöntemleri tercih edilmelidir.

b. Tahliye yoluyla kabzın şartları

Tahliyenin, kabz ifade etmesi için bazı şartları taşıması gereklidir. Bu şartlar üzerinde en ayrıntılı şekilde duranlar, tahliyeye daha fazla önem verip, menkûllerde mutlak olarak tahliye ile teslimin gerçekleştiğini kabul eden Hanefîler olmuştur. Bunun için tahliyenin şartları Hanefî hukukçularının yaptığı tasnife göre ele alınacak, yeri geldikçe de diğer mezheplerin farklı görüşlerine değinilecektir.

Hanefîler, tahliye ile teslimin geçerli olabilmesi için müşterinin mebî'i kabzına imkân verecek şekilde engellerin kaldırılmasını, mebî'in akit meclisinde görünür

olmasını ve satıcının müşteriye “*seninle mebî‘ arasını tahliye ettim*” şeklinde sözlü beyanı şart koşarlar.⁹²

Burada tahliye ile hükmî kabzın ikisi mebî‘, biri de satıcı ile ilgili üç temel şartı ortaya çıkmaktadır.

(1). Hukukî engel olmaması:

Hanefî fakihlerinin tahliye yoluyla kabz için koydukları engel olmaması kaydı, maddî engellerin kaldırılmasından çok satılan malda başkasının hakkının bulunmaması, mebî‘in başkalarının hakkından ayrılmış olmasını ifade eder. Satılan ev veya işyeri gibi yerde kiracı ya da satıcının eşyasının, satılmış olan bir çuval buğdayın içinde satıcıya ait bir miktar buğdayın veyahut da satılan arazide satıcının ekininin olması gibi durumlar teslim için engel kabul edilir.⁹³

Şâfîiler de teslim edilecek malın diğer şeylerden ayrılmış olması konusunda Hanefîlere katılmaktadırlar. Mâlikîler ve Hanbelîler ise malda satıcının hissesinin bulunmasını, kabza engel olarak görmezler.⁹⁴ Mâlikî ve Hanbelîlere göre tahliye için malın ayrılmış (müfrez) olması gerekli değildir.

(2). Malın, tarafların huzurunda olması:

Tahliye için ikinci şart, teslimi yapılacak malın akit meclisinde veya kabz yapılacak yerde fiilen teslim hazır ve görünür olmasıdır. Hanefî hukukçularının bu şart ile verdikleri örneklerden, malın tarafların huzurunda olmasının iki unsuru içerdiğini görülür:

- *Tayin*: Kabzedilecek akit konusu, satıcı tarafından belirlenmelidir. Örneğin satıcı müşteriye kabzetmesi gereken malı işaret ederek gösterirse tayin yapılmış olur. Böylece o malın etrafındaki benzer nesnelere karıştırılma ihtimali kalmaz.

⁹² التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل وشرط في الأجناس شرطا ثالثا وهو أن يقول خليت بينك وبين المبيع. el-Haskefî, *Dürrü'l-Muhtar*, IV, 562, 563.

⁹³ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562.

⁹⁴ Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 145; İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 450.

- *Külfetsizce kabz*: Malın tarafların huzurunda olmasının ikinci ve daha önemli olan unsuru ise akit konusunun kabzının “külfetsiz” olmasıdır. Mebî’in kabzı, benzerlerine göre normalin üstünde bir güç harcanmadan, zorlanmadan ve başka birinin yardımına ihtiyaç duyulmadan yapılabilecekse tahliyesi geçerlidir. Aşırı bir zorlanma olacaksa bu tahliye teslim hükmünde olmaz. Örneğin satıcı, müşterinin yerinden kalkmadan alabileceği bir elbiseyi göstererek onu kabzetmesini isterse tahliye ile teslim gerçekleşir ve satıcı teslim borcunu ifa etmiş sayılır. Bundan sonra müşteri elbiseyi almada gevşeklik gösterir ve başka biri alıp götürürse sorumluluk müşterinindir. Diğer bir örneğe göre müşteri satın aldığı at veya kuş gibi bir canlıyı bir başkasının yardımına ihtiyaç duymadan kabzedebilecek durumda ise satıcı odanın anahtarlarını vererek tahliye ve de teslim etmiş olur.⁹⁵ Külfetsizce kabzetmek akit konusunun çeşidine göre değişmektedir.⁹⁶ Külfetin tayininde ölçü olarak mebî’in cinsi, içinde bulunulan yer ve zamanın örfü ölçü alınabilir.

Akit konusunun akit meclisine yakın veya uzak oluşu da külfet konusunda belirleyici olmaktadır. Genel olarak akit meclisine yakın ev, arazi gibi gayrimenkûllerin tahliyeleri ile teslimlerinin gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bu tür gayrimenkûllerin tahliyesi için anahtar gibi tasarrufa imkân tanıyan gereçler de müşteriye teslim edilmelidir. Fakat akit meclisinden uzakta olan gayrimenkûlün anahtarları verilse bile tahliyesi geçersizdir ve bu şekilde hükmen teslim edilmiş olmaz. Akarın tahliyesi ile kabzının geçerli olduğu yakınlık mesafesi, kolayca tasarruf edebilme ile belirlenir. Örneğin mebî’ ev ise müşteri gidip o haneyi rahatça kilitleyebilmelidir.⁹⁷

(3). Satıcının tahliye ve kabza dair beyanı:

Satıcının akit konusu malı tahliye edip kabzına izin verdiğini sözlü olarak beyan etmesi de tahliyenin şartlarındandır. Diğer şartlar eksiksiz olarak mevcut olsa bile satıcının mebî’i tahliye ettiğine ve kabza iznine dair beyanı yoksa tahliye geçersizdir. Örneğin satıcı evin anahtarlarını verip hiçbir şey söylemese müşteri evi hükmen

⁹⁵ İbnu’l-Hümâm, *age.*, VI, 274, 275.

⁹⁶ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562.

⁹⁷ İbnu’l-Hümâm, *age.*, VI, 274. Satış ile ilgili bu ölçüler hibe edilen ve sadaka olarak verilen şeylerin kabzında da geçerlidir. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562, 563.

kabzetmiş olmaz. Hanefî kaynaklarında bu beyan sırasında satıcının “tahliye ettim” ifadesini kullanması esas olarak kabul edilir. Bununla beraber teslim alınacak mal tarafların önünde ise “al, kabzet” gibi kabza izin vermeyi gösteren ifadeler de yeterli görülür.⁹⁸ Satıcı bu şekilde beyanda bulunarak malın kabzına razı olduğunu göstermiş ve varsa mebî‘ üzerindeki hapis hakkını da düşürmüştür.

Tahliye ile kabzı yalnızca gayrimenkûl satışında kabul eden diğer mezheplerde ise Hanefîler kadar sıkı şartlar gerekli görülmez. Şâfîlere göre tahliye ile hükmen kabzın geçerliliği için mebî‘de müşterinin tasarruf imkânının bulunması ve ölçüm işlemi gerekir. Örneğin uzunluk ölçüsü ile satılan bir arazinin tahliyesi, ölçümünden önce eksik teslimdir. Bu arazinin ölçümü yapılıncaya teslimi tamamlanır.⁹⁹ Mâlikîlere göre de tahliye ile kabz için müşteriye tasarruf imkânının sağlanması gereklidir.¹⁰⁰ Hanbelîler ise tahliyenin müşteri ve satılan arasında bir engel bulunmayacak şekilde yapılmasını yeterli görürler.¹⁰¹

Öyle görünmektedir ki Hanefîler tahliyeyi menkûl mallarda kabz için yeterli görmeye beraber, sonradan çıkabilecek sorunların önüne geçmek için Cumhura göre daha sıkı şartlar koşup ortaya çıkan boşluğu telafi etmeye çalışmışlardır.

3. Kabz ve teslim sayılan diğer yollar

Hükmî kabz olarak değerlendirilebilecek diğer kabz ve teslim çeşitleri şunlardır:

a. Müşterinin malda değişikliğe sebep olması

Müşterinin, satın aldığı malda izalesi mümkün olmayan ve malın değerinde önemli değişikliğe sebep olan tasarrufları, o malın kabzedilmesi olarak kabul edilir. Ayrılması mala zarar verecek ilaveler yapılması da kabz hükmündedir. Bu tür tasarrufları müşterinin isteği üzerine satıcının yapması müşterinin fiili olarak değerlendirilir.¹⁰²

⁹⁸ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 18; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562.

⁹⁹ Mâverdî, *age.*, V, 227.

¹⁰⁰ Haraşî, *age.*, V, 158.

¹⁰¹ İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 188.

¹⁰² İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

Alıcının veya onun isteği üzerine satıcının, akit konusunda yaptıkları değişiklik malın değerini düşürdüğü gibi artmasına da sebep olabilir. Örneğin malın ayıplanması değerini azaltırken yapılan eklentiler kıymetini artırabilir. Müşterinin yaptığı veya yaptırdığı bu tasarruflar sonucunda malın gerek değer kaybetmesi gerekse değer kazanması kabz hükmünde olup satıcıya iade edilmesine engeldir.

Bu tür değişikliklerin kabz ifade etmesinin istisnası mebî'in ayıplı olmasıdır. Satın alınan malda kabzdan önce önemli bir kusur bulunuyor ve müşteri bu kusurun varlığını bilmiyorsa bu tasarrufları yapmakla kabzetmiş olmaz. Dahası müşterinin ayıp muhayyerliği sebebiyle malı iade hakkı da vardır. Ancak ayıbın farkına vardıktan sonra bu tasarrufları yapması veya başkasına yaptırmaması, ayıba razı olup malı bu haliyle kabul ettiğini gösterir ve mebî'î hükmen kabzetmiş olur.¹⁰³

Malda değişikliğe sebep olan tasarruflar, kısmen veya tamamen değer kaybına sebep olacak şekilde ayıplandırmak, tüketmek ve farklı bir isim alacak şekilde değiştirmek şeklinde görülür.

(1). İtlaf etmek veya tüketmek:

İslâm hukukçuları, müşterinin akit konusu malı itlaf etmesinin ya da tüketmesinin kabz yerine geçtiğini hakkında ittifak etmişlerdir.¹⁰⁴ Çünkü mebî' teslimden önce satıcının zilyetliğinde olsa bile satım akdi sebebiyle mülkiyeti müşterinindir. Müşteri, malı itlaf etmekle kendi mülkiyetindeki bir şeyi itlaf etmiş ve böylece de onu kabzetmiş olur.¹⁰⁵ Ayrıca malı itlaf etmek, kabz hususunda tahliyeden daha etkilidir. Çünkü tahliye akit konusu malda müşteri için tasarruf imkânı sağlamak iken itlaf ise müşterinin gerçekleşmiş bir tasarrufudur.¹⁰⁶ Örneğin bir gıda maddesi satışında tahliye tüketime fırsat vermek iken itlaf tüketimin kendisidir. Bu sebeple itlaf yolu ile kabz tahliye yolu ile kabzdan daha etkilidir.

¹⁰³ Aynî, *Binâye*, VII, 72.

¹⁰⁴ Semerkandî, *age.*, II, 41; Nevevî, *Ravza*, III, 162; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 203, İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 185; Zuhaylî, *age.*, IV, 419.

¹⁰⁵ Râfî, *Azîz*, IV, 286.

¹⁰⁶ Kâsânî, *age.*, V, 246.

Müşterinin satıcıdan yapmasını istediği bir işin sonucunda malın itlaf olması da müşteri için kabz hükmündedir.¹⁰⁷ Çünkü satıcı müşterinin arzusu üzerine bu tasarrufu yapmıştır ve söz konusu mal da müşterinin olduğundan sorumluluk müşteriye aittir. Doğal olarak satıcının yaptığı bu tasarruftan sorumlu olmaması için, müşterinin talimatlarına uygun hareket etmesi gerekir. Satıcı, verilen talimatın dışına çıkmakla veya kasit ve ihmal sonucu bir zarara sebep olursa bu zarardan sorumludur.

Mecelle'de, itlaf ile kabzın gerçekleşmesi, malın müşteri tarafından izinsiz kabzedilmesi bağlamında ele alınmıştır. Buna göre, her ne kadar peşin satışta izinsiz kabz hukuken geçerli olmasa da böyle bir kabzın sonucunda mebî'in telef olması veya bir kusur oluşması halinde müşteri malı hükmen kabzetmiş olacaktır.¹⁰⁸

(2). Malı ayıplandırmak:

Müşterinin satın aldığı malı ayıplandırması yani bir kısmına zarar verip kusurlu hale getirmesi de hükmen kabzdır. Çünkü mebî'de eksiklik meydana getiren her tasarruf, itlaf kapsamında değerlendirilir. O halde malın tamamen ayıplandırılması olan itlafın kabz yerine geçmesi gibi, bir bölümünün ayıplandırılması da kabz hükmündedir. Kural olarak satıcının müşterinin isteğine uygun olarak yaptığı fiil müşterinin fiili gibi değerlendirildiğinden, müşterinin malın ayıplamasına sebep olacak isteğini satıcının yerine getirmesi de hükmen teslimdir.¹⁰⁹

Kısaca İslâm hukukunda müşterinin mala zarar vermesi veya verdirmesi kabz olarak değerlendirilmiştir. Bu malın, kabzı için satıcının izninin gerektiği bir mal olması da sonucu değiştirmez.¹¹⁰

¹⁰⁷ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 275; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561. Nevevî' ye göre üçüncü şahsın böyle bir durumdaki sorumluluğunu sahip olduğu akıl ve idrak düzeyi belirler. Mümeyyiz olmayan çocuğun ve konuşulan dili iyi bilmeyen kişinin, müşteri ya da satıcının isteği üzerine malı telef etmesi, istekte bulunan kişinin itlafı olarak değerlendirilir. Mümeyyiz bir çocuğun tarafların isteği ile itlafı ise akıllı birinin itlafı hükmündedir. Nevevî, *Ravza*, III, 162; Şirbînî, *age.*, II, 89.

¹⁰⁸ *Bâyi'in izni olmaksızın müşterinin semeni tediyeye etmeden mebî'i kabzetmesi muteber değildir. Fakat müşteri bilâ izin kabzedilip de yedinde mebî' telef olur yahut sakatlanırsa kabz muteber olur* (m. 277).

¹⁰⁹ Kâsânî, *age.*, V, 246; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561; Nevevî, *Ravza*, III, 162; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 203, İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 185.

¹¹⁰ Kâsânî, *age.*, V, 246; *Mecelle*, m. 277. Ayrıca bkz. III. Bölüm, Mebî'deki Azalmalar.

İslâm hukukçuları, ayıbı; malın tüccar örfünde değerini düşüren özellik veya değerini düşüren veyahut akitten beklenen maksadı engelleyen eksiklik olarak tanımlamışlardır. Ayıp, malın değerinin düşmesine yol açan durum olarak da açıklanabilir. Bütün bu tanımlamalarla beraber ayıp, izafi bir kavram olduğu için hangi özelliğin ne derecede ayıp olduğunun tespitinin, içinde bulunulan zaman ve mekânın örfüne bağlı olarak değiştiğini de göz önünde tutmak gerekir.¹¹¹

Değeri etkilemeyen işlemler ise kabz ifade etmemekle beraber borçlanmaya sebep olmaktadır. Satıcının, müşterinin isteğiyle yaptığı ve malın değerini azaltmayan tasarruflar ayıplandırmak olmadığından kabz gerçekleşmez fakat bunlar normalde ücretle yapılıyorsa satıcı emsal ücreti hak eder. Örneğin elbisenin yıkanması, koyunun yününün kırılması gibi işlemler mebi'in değerini eksiltmez ve müşteri bunları yaptırmakla mebi'i kabzetmiş olmaz. Fakat satıcıya bu işlemlerin karşılığını ödemesi gerekir.¹¹²

Günümüzde, bazı malların ambalajlarının açılması da kabz kapsamında değerlendirilebilir. Özellikle ambalajlanması fabrikasında yapılan vakumlu ve PVC (sert plastik) kaplı ürün ambalajları açıldığında, satıcı tarafından eski haline getirilememektedir. Ambalajı açılmış ürünler diğer müşteriler için kullanılmış veya arıza sebebiyle iade edilmiş olma şüphesi uyandırmakta, bu da malın satılmasını zorlaştırmaktadır. Sonuçta bu tür ambalajları açılmış mallar bir açıdan ayıplanmış olup ve tüketicinin gözünde değeri düşmektedir.

(3). Tağyîr, karıştırma ve birleştirme:

Tağyîr sözlükte değiştirmek anlamına gelir. Hukukî tağyîr ise bir şeyin ismi değişecek derecede mahiyetinin farklılaşmasıdır. Örneğin buğdayın öğütülüp un, unun pişirilip ekme yapılması, ipliğin kumaş, kumaşın elbise haline getirilmesi hukukî tağyîr örneklerindedir.¹¹³ Bu işlemlerin müşteri veya onun isteği ile satıcı tarafından

¹¹¹ Merğînânî, *age.*, III, 35; Şirbînî, *age.*, II, 69. İbn Rüşd, *age.*, II, 174. Şâfiîler, akitten beklenen maksadı engelleyen eksiklikleri de ayıp kabul ederek, ayıbın tayini için şahsî ve izafi değerlendirmelerin önünü açarlar. Ramlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 25.

¹¹² Kâsânî, *age.*, V, 247.

¹¹³ Karaman, *age.*, III, 59.

yapılması müşteri için hükmen kabzdır.¹¹⁴ Bu işlemlerin ortak sonucu malın satıcıya iadesine engel olmalarıdır.

Akit konusuna, diğer bir şeyi karıştırmak veya zarar vermeden ayırlamayacak şekilde birleştirmek de kabz kabul edilen tasarruflardandır. Örneğin müşterinin satın aldığı arazi üzerine bina yapması, ağaç dikmesi, kendi buğdayına satın aldığı buğdayı karıştırması gibi davranışları mebî'î hükmen kabzdır.¹¹⁵

Tağyîr, karıştırma ve birleştirme işlemlerinin ayıplandırma ve telef etmeden farkı malın değerindeki değişiklikte görülür. Malın ayıplandırılması veya telef edilmesinde mutlak olarak değer kaybı söz konusudur. Fakat tağyîr, karıştırma ve birleştirme durumlarında ise mal öncekine göre yeni haliyle değer kazanabilir.

b. Satıcının, müşterinin kabzetmesine engel olmaması

Satıcının kabza izni, sözlü ve yazılı olarak açık bir şekilde verilebildiği gibi müşterinin kabza dair fiilini görüp engel olmaması, olumsuz tepki göstermemesi şeklinde dolaylı yoldan da olabilir. Kabz için yapılan fiile açık veya dolaylı yoldan izin vermek de teslim borcunun ifa edilmesi sonucunu doğurur.¹¹⁶

Satıcının, yapılacak kabza açıkça ve yapılan kabza dolaylı olarak izin vermesi ile mebîî teslim etmiş sayılacağı hükmü, *Mecelle*'de şu maddelerde örnekle açıklanarak kurallaştırılmıştır.

Ağaç üzerinde olarak satılmış olan meyveyi müşterinin devşirmesine bâyiin ruhsat vermesi teslimdir (m. 269).

Bu maddede, satıcının müşterinin meyveyi ağaçtan toplamasına izin vermesi ile teslim borcunu ifa etmiş olacağı belirtilmektedir. Yani mebî'î'nin kabzın yapılması için izin vermek, onu teslim etmektir.

¹¹⁴ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

¹¹⁵ *Mecelle*, m. 1060. Hukuki tağyîr, karıştırma ve birleştirme mülkiyeti iktisap yolları arasında yer alır. Bu tasarruflara konumuz açısından bakıldığında bunların kabz olarak kabul edilmelidirler. Çünkü satım akdi ile akit konusunun mülkiyeti zaten müşteriye geçmiştir. Mülkiyetin iktisabını gerektiren tasarrufların, mebî'î'deki etkisinin, kabz ifade eden kısmen veya tamamen itlaftan daha az olmaması gerekir.

¹¹⁶ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

Müşteri mebî'i kabzederken bayi'in görüp de men etmemesi kabza ruhsattır (m. 276).

Burada ise satıcının, müşterinin yapmakta olduğu kabzı fark etmesine rağmen engel olmamasının, kabza dolaylı yoldan izin vermek olduğu belirtilmiştir.

Dolaylı yoldan izin ile yapılan kabz ve tahliye yoluyla kabz arasında şu fark vardır: Tahliye yoluyla kabzda henüz fiilen bir kabz işlemi söz konusu olmadığı için satıcının açık izni ve ifadesi gereklidir. Fakat *Mecelle*'nin 276. maddesindeki örnekte zaten müşteri tarafından yapılan gerçek bir kabz eylemi vardır ve geçerli olması için dolaylı yoldan izin de yeterlidir.

Satıcının, müşteriyi temsil eden vekil, ortak, işçi ve nakliyecisi gibi kişilerin yaptıkları yükleme, taşıma gibi faaliyetlere açık veya dolaylı izin vermesi de müşterinin kendisine izin vermek yerine geçer. Bu izin ile satıcının mebî' ile ilgili hasar sorumluluğu sona ermiş olur.

c. Emanet ve ödünç verme işlemleri

Akit konusunun müşteri veya onun istediği üçüncü bir şahsa emanet bırakılması yahut bunlara ödünç verilmesi de teslim yerine geçen tasarruflardandır. Bu hükmün gerekçesi de satım akdi ile mebî'in mülkiyetine sahip olan müşterinin, kendi malı üzerinde ariyet ve emanet muamelelerini yapma yetkisine sahip olmasıdır. Bu tasarrufların sonucunda mebî'in müşterinin ya da istediği üçüncü bir şahsın zilyetliğine geçmesi ile hükmen kabz oluşur.

Her emanet veya ödünç verme işlemi kabz ifade etmez. Bu yolla kabz için mebî'in satıcının elinden çıkması gerekir ki bu da iki şekilde olur:¹¹⁷

1. Mebî'in müşteriye emanet bırakılması veya ödünç verilmesi: Sıhhat şartlarına uygun olarak gerçekleşmiş bir satım akdi sonucunda, akit konusunun maliki artık müşteridir. Satın aldığı bu mal bir şekilde eline geçerse onu kabzetmiş olur. Buna emanet ve ödünç almak da dahildir. Çünkü müşterinin zaten kendisinin olan malı ödünç alması veya emanet olarak elinde tutması anlamsızdır. Emanet ve ödünç alma işlemleri, malın maliki olmayan kişiler tarafından yapılır. Satıcı mebî'i müşteriye emanet veya

¹¹⁷ Kâsânî, *age.*, V, 246, 251; *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 22; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

ödünç vermekle aslında onu teslim etmiştir. Üstelik satıcının mebî'î hapis hakkı, bu şekilde kabza engel değildir. Müşteri peşin satışta bedeli ödemiş olmasa bile satıcının mebî'î emanet veya ödünç olarak teslimi mebî'deki hapis hakkını düşürür ve kabz da gerçekleşir.

2. Müşterinin isteğiyle mebî'in üçüncü bir şahsa emanet veya ödünç olarak verilmesi: Müşteri satın aldığı malın sahibi olduğundan bunu üçüncü bir kişiye emanet veya ödünç olarak verebilir ve satıcıdan da mebî'î o kişiye teslim etmesini isteyebilir. Satıcı da bu isteği yerine getirip ilgili kişiye teslimi yaptığı anda müşteri mebî'î hükmen kabzetmiş olur. Çünkü müşteri, mebî'î üçüncü şahsa teslim ettirmekle o şahsın mebî'î kendisi adına elinde tutmasına yetki vermiştir.

Mebî'in satıcının elinde kalmaya devam ettiği emanet ve ariyet muameleleri kabz sonucunu doğurmaz. Örneğin müşterinin malı satıcıya emanet veya ödünç vermesi, satıcıya kiralaması veya bedelin bir kısmını ödeyip kalanı karşılığında mebî'î satıcıda rehin bırakması durumlarında akit konusu hala satıcının elinde kalmaya devam ettiğinden herhangi bir kabz veya teslim işlemi yoktur.¹¹⁸

Hanefilerden İmam Muhammed'in bu konuyla ilgili dikkat çekici bir görüşü vardır. Ona göre, müşterinin mebî'î üzerinde geçerliliği kabza bağlı olan tasarrufları yapması hükmen kabzdır. Bu kuralı şu örnekle açıklayabiliriz: Bilindiği gibi hibenin geçerli olması, hibe edilen şeyin teslimine bağlıdır. Müşteri, mebî'î henüz kabzetmeden bir başkasına hibe eder, hibe edilen de mebî'î kabzederse müşteri için hükmen kabz oluşmuştur.¹¹⁹

d. Satım akdinden önceki kabz

İslâm hukukunda, bir şeyin haklı veya haksız olarak zilyedi olan kişinin bunu satın aldığı anda tekrar kabzetmesine gerek olmadığı ilke olarak kabul edilmiştir. Cumhur bu tür kabzda herhangi bir şart koşmazken Hanefiler satım akdinden önceki kabzın tazmin sorumluluğuna etkisini dikkate almışlardır.

¹¹⁸ İbn Nüceym, *el-Bahr*, V, 332; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

¹¹⁹ Bâbertî, *Inâye*, VI, 472, 473; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

Kabzda tazmin sorumluluğunun sınırlarını, kişinin ilgili şeyi elinde tutmasına kaynak olan tasarruf belirlemektedir. İslâm hukukçuları kabz sebebi ile hasar sorumluluğunun kapsamını açıklarken kabzı ikiye ayırırlar. Bu taksime göre bir şeyi elinde tutmak ya kabz-ı emanet veya kabz-ı daman şeklinde olmaktadır.¹²⁰

(1). Kabz-ı emanet: Emanet kabzı da diyebileceğimiz bu kabz, sadece saldırı ve ihmâl sebebi ile gelecek zarardan sorumluluk gerektiren elde tutma şeklindedir. Bir malın emanet, ödünç alma, vekâlet, işçilik ve şirket ortaklığı sebebiyle elde tutulmasında bu tür bir kabz söz konusudur. Bu sebeplerle zilyet olanlar malı, malikin yerine ve onu temsilen ellerinde tutmaktadırlar. Kasıtlı saldırı ya da ihmâl dışındaki sebeplerle mala bir zarar gelmesi durumunda, malı elinde tutan bu kişilerin zararı tazmin sorumlulukları yoktur.

(2). Kabz-ı damân: Tazminat kabzı diyebileceğimiz bu elde tutma şeklinde ise zilyedin mala gelecek her türlü zarardan sorumluluğu vardır. Tazminata bağlı kabzda, bir şeyi elinde tutan ona sahip olmak amacı taşımaktadır. Örneğin bir malı gasp eden veya satın alanın elinde tuttuğu mal, bu türlü bir tazmin sorumluluğu altındadır. Bu çeşit kabzda her ne sebeple olursa olsun mala gelen her türlü hasar ve sonuçlarına, malın elinde tutan kişi katlanır.

İslâm hukukunda kabz-ı damânın, kabz-ı emanetten daha güçlü olduğu kabul edilmiştir. Yani tazminat kabzı, sorumluluk açısından emanet kabzından daha ağırdır.

Hanefilerin, çoğunluğu oluşturan diğer fukahâ ile görüş ayrılıkları bu noktadan itibaren başlar. Hanefiler, ilk kabzın sonraki kabz yerine de geçmesi için ağırlığı dikkate alırlar ve sorumluluk açısından ilk ve sonraki kabzların ya birbirine eşit ya da ilkinin daha ağır olmasını gerekli görürler. Diğer mezhep fakihleri ise böyle bir şart aramayıp sonraki kabzın her durumda önceki kabzın yerine de geçtiğini kabul etmişlerdir.

Hanefilere göre ilk kabzın gerektirdiği tazmin sorumluluğunun kapsamı, ikinci bir kabzın yapılması konusunda belirleyici rol oynar. Kişinin elindeki malı satın alması neticesinde yeniden kabza ihtiyaç duyması, ilk ve sonraki kabzların dengesine bağlıdır.

¹²⁰ Bkz. Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân*, Dârü'l-Fikr, Dimaşk 1982, s. 174 vd.

Önceden yapılmış olan kabz ile sonradan yapılması gereken kabz arasında söz konusu olan üç ihtimal ve hükümleri şöyledir:¹²¹

(1). Önceki kabzın daha ağır olması: Burada ilk kabz, sorumluluk açısından sonradan yapılacak olana göre daha etkilidir. Bu durum birinci kabzın tazminat, ikinci kabzın ise emanet kabzı olmasıdır. Önceden yapılmış olan kabz, sonradan yapılması gerekene göre daha ağır bastığından tekrar kabza ihtiyaç bırakmaz. Böylece ilk kabz, ikinci kabzın da yerini alır.

(2). Kabzların eşit ağırlıkta olması: Bu durumda önce yapılmış olan kabz ile sonradan yapılması gereken kabz mesuliyetler açısından eşittir. Yani her iki kabz da aynı cinsten olup, ya emanet ya da tazminat kabzıdır. Böyle bir halde de ikinci defa kabza gerek yoktur. Örneğin bir malı gasp ya da fâsit akit sebebiyle elinde tutan kişi, söz konusu malı sahibinden satın alırsa kabzın yenilenmeye ihtiyacı yoktur. Bu malın satım akdinin yapıldığı mecliste hazır olması da şart değildir. Mal yalnızca akdin yapılması ile kabzedilmiş olur.

(3). Sonraki kabzın daha ağır olması: Bu şekilde ise satıştan sonra yapılması gereken kabz, önceden yapılmış kabza göre daha ağırdır ki bu da ilk kabzın emanet, ikincisinin ise tazminat kabzı olmasıdır. Sonraki kabz ilk kabza baskın geldiğinden, ilk kabzın etkisi kaybolur ikinci defa kabza ihtiyaç duyulur. Buna göre, bir kişi emanet olarak elinde tuttuğu eşyayı satın aldığı ilk kabzı geçersizdir ve müşteri olarak mebî'i yeniden kabzetmelidir. Fakat bu ikinci kabzın fiilî olarak gerçekleştirilmesi de şart değildir. Söz konusu eşyanın müşterinin huzurunda olması eğer huzurunda değilse müşterinin tahliye yolu ile kabzının mümkün olacağı şekilde malın bulunduğu yere gitmesi ile kabzı gerçekleşir.

Hanefiler yine bu gerekçeyle bir eşyayı satmak için icapta bulunan kimsenin, karşı tarafın kabulünden önce bunu tahliyesini geçerli görmezler. Çünkü karşı taraf teklifi henüz kabul etmediğinden herhangi bir satış işlemi gerçekleşmemiştir ve

¹²¹ Kâsânî, *age.*, V, 248; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, I, 248. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

kabulden önceki bu teslim ile satışın gereği olan kabz tahakkuk etmez. Bunun için kabz, kabulden sonra yenilenmelidir.¹²²

Şâfîlilere göre ise emanet veya tazminat kabzları her durumda birbirlerinin yerine geçebilirler. Çünkü satım akdinin tamamlanması ile ikinci kabz da gerçekleşmiştir. Bazı Şâfî fakihleri ise kabzların birbirlerinin yerine geçmesi için iki şart koşarlar: Bu şartların birincisi, satış peşin ve müşteri bedeli ödememişse satıcının kabza iznidir. İkincisi de mebî' satış meclisinde değilse, kişinin gidip kabzetmesine yetecek kadar bir sürenin geçmesidir.¹²³

Mâlikîlere göre yalnızca yiyecek maddesinin satışında emanet kabzı tazminat kabzı yerini almaz. Örneğin rehin veya emanet olarak elinde tuttuğu gıda maddesini satın alanın bu kabzı zayıf olduğundan, müşteri olarak ikinci defa kabzetmesi gerekir. Bu kabz da mebî'in ölçümünün yenilenmesi ile yapılır. Diğer malların satışında önceki kabzın ağırlığı önemli değildir.¹²⁴

Günümüzde bu tür kabz işlemleri “kısa elden teslim” ve “hükmen teslim” olarak ikiye ayrılıp geçerli sayılmaları için karşılıklı irade beyanı yeterli olmaktadır. Bir malı sahibi olarak elinde tutan kişi asli zilyet, kiracı ve kullanıcı gibi başka sebeplerle tutan ise fer'i zilyettir. Feri zilyedin elinde tuttuğu malı, asli zilyetten satın alması ile “kısa elden teslim” gerçekleşir. Tersisi durumda yani asli zilyedin mülkiyetinde ve elindeki malı ferî zilyede satıp, kiracı olarak kullanmaya devam etmesi halinde ise “hükmen teslim” söz konusudur. Kısa elden teslimde “sende kalsın”, hükmen teslimde “bende kalsın” anlayışı hâkimdir.¹²⁵

¹²² *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 18.

¹²³ Mâverdi, *age.*, V, 229, 230; Nevevî, *Mecmu*, IX, 340.

¹²⁴ Bâcî, *age.*, VI, 273; Sâvî, *Bulğatu's-Sâlik*, III, 205. Mâlikîlerin bu görüşü, yiyecek dışındaki maddelerin kabz öncesi satışının yapılabileceği içtihatları ile bağlantılı görünmektedir.

¹²⁵ Reisoğlu, Safa, *Türk Eşya Hukuku: Giriş, Zilyedlik, Tapu Sicili*, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 38; Hatemi, Hüseyin – Serozan, Rona - Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 257, 258. İslâm Hukuku ile karşılaştırma için bkz. Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Cedid*, I-X, Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1971, IV, 593, 594.

e. Müşterinin, malı itlaf edene tazmin yolunu seçmesi

Hanefilerden İmam Ebû Yusuf'a göre satıcı ve alıcı dışında üçüncü bir kişi kabzdan önce mebû'e zarar verdiğinde, müşterinin akdi fesih yerine zararın tazmini için bu kişiyi takip yolunu seçmesi, hükmen kabzdır. Artık müşteri bu yolu seçtiğinde mal helâk olsa (tazminatını almamış olsa bile) zarar kendisindedir ve satıcıya bedeli ödemelidir. Ayrıca müşteri bu kişiden tazminat yerine hasarlı malı başka bir şey ile değiştirmeyi de isteyebilir.

İmam Ebû Yusuf, bu görüşüne delil olarak tazminin mülkiyet sebebi olma özelliğini gösterir. Zarar veren, bu zararı tazmin etmekle hasarlı olan mebû'in mülkiyetine sahip olur. Bu olaya müşteri açısından bakıldığında, müşterinin tazmin isteği tazmin edene temlik mahiyetindedir. Çünkü müşteri zararın tazminini istemekle adeta mebû'î bu kişiye temlik etmektedir. İmam Ebû Yusuf'a göre bu durumda zararlı fiil sanki müşterinin izni ve emri ile gerçekleşmiştir. Bu değerlendirmenin de doğal sonucu mebû'e müşterinin zarar vermiş sayılması ve hükmen kabzetmiş olmasıdır.¹²⁶

İmam Ebû Yusuf'un bu fikri yerindedir. Çünkü müşteri hem fesih yetkisine hem de mebû'e sahiptir. İster teslim imkansızlığı sebebiyle satışı fesheder isterse akit ile mülkiyetini kazandığı mebû'e sahip çıkıp zararı tazmin ettirme yoluna gidebilir.

f. Sanal teslim

Son yıllarda bilgisayar teknolojisindeki ilerlemeye paralel olarak dijital yani sanal ortamda da çalışan yazılım (software) piyasası da bir hayli gelişmiş durumdadır. Bu gelişme ile beraber program, e-kitap, film, oyun vb. yazılım ürünleri; sözleşmelerinden karşılıklı bedellerin teslimine kadar bütün aşamalarının tamamen sanal ortamda gerçekleştiği akitlere konu olmaktadır. Bu tür işlemler yeni ortaya çıktığı için diğer safhaları gibi teslim ve kabzları hakkında İslâmî kaynaklarda yeterli bilgi bulunmaması tabiidir. Bu çalışmamızı yaparken kabz ve teslim ile ilgili olarak

¹²⁶ İmam Muhammed'e göre ise bu durumda satım akdi geçersiz olup hasar sorumluluğu satıcıya aittir ve zarar verenle o muhatap olmalıdır. *Kâsânî, age., V, 246, 247.*

ulaştığımız sonuçlar ve ilkelerin ışığında, bu tür işlemleri şahsî tecrübelerimize de dayanarak kabz açısından ele alıp aydınlatmaya çalışacağız.

Dijital ortamda çalışan bu yazılımların teslim işlemleri, fizikî özelliklerinden ötürü menkûl mallara göre daha farklıdır. Maddî değere sahip olup gitgide artan hacimde ticari işlemlere konu olan bu nesnelere¹²⁷, kendilerine özgü teslim ve kabz şekillerinin olması doğaldır.

Yazılım ürünlerinin ticareti ile ilgili olarak öncelikle şu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir: Ticarî yazılımlar kopyalanıp kolaylıkla çoğaltılmaması ve yalnızca satın alan tarafından kullanılabilmesi için kurulurken veya kurulduktan sonra bazı kodlar (şifre, anahtar, etkinleştirme kodu vb.) girilerek uygun şekilde kullanıma hazır olmaktadır.¹²⁸ Bu süreçte, yazılımın kendisinin tesliminden çok bu yazılımı bütün fonksiyonlarıyla kullanıma imkan sağlayan kodların tesliminin daha önemli olduğu açıktır.

Yazılımlar genellikle iki yolla alıcının eline geçer.

- Birinci şekilde bunların kendileri ve çalışmaları için gereken şifre, kod vb. CD, DVD, Flash Card, USB hafıza gibi medyalara kaydedilerek satılır. Bu medyaların kabz işlemlerinde menkûl mallara ait hükümler geçerlidir. Kaydedilebilir medyalar ile satış çoğunlukla internet üzerinden indirilmesi uzun süren film gibi büyük boyutlu yazılımlar için tercih edilir. Eğer beraberinde ürünün tam olarak kullanılmasına imkan sağlayan gerekli kodlar verilmişse kabz fiilen gerçekleşmiştir.

¹²⁷ Yazılımlar, elle tutulur ve gözle görülür nitelikte olmama konusunda hak veya menfaatlere benzerler fakat elektrik enerjisi ile çalışmaları sebebiyle fiziki varlık olarak değerlendirilmeleri gerekir.

¹²⁸ Bu işleme registering, licensing Türkçede ise kayıt olma, lisanslama denir. Bu kodlar standart olmayıp yazılımın kurulduğu bilgisayara göre değişmektedir. Bazen tek kod girilmesi yeterli iken bazen güvenlik için farklı bir kod daha girilir. DVD gibi medyalar ile satılan bazı yazılımlarda da etkinleştirme işlemi için bu tür bir kod gerekebilir.

Tam sürüm: Yazılımın bütün özelliklerinin kullanıma hazır olduğu versiyonudur. Sınırlı sürüm ise ya birkaç hafta gibi bir süre içinde tam sürüm gibi kullanılabilen yada süre sınırı olmadan fakat işlevleri kısıtlanmış durumdaki yazılımdır. Yazılım satış ve yüklemesinin yapıldığı site, genellikle üretici firmanın kendi web sitesi olur. Örneğin <http://store.microsoft.com> (05.12.2009) gibi.

- İkinci şekilde ise yazılım internet bağlantısı yoluyla bilgisayara indirilmektedir. İnternet üzerinden satışı yapılan yazılımlar ya kısıtlı deneme sürümü ya da tam sürüm yani bütün fonksiyonları kullanılabilir niteliktedir.

a. Tam sürümü satın almak isteyen kişi ilgili sitedeki gereken adımları takip ederek kredi kartı EFT veya havale ile ücreti satıcıya sanal olarak transfer eder. Satıcı da alıcıyı ya yazılımın tam sürümü indirebileceği ve şifre, kod gibi bilgileri de içeren bir sayfaya yönlendirir ya da ona bu bilgileri içeren bir e-posta gönderir.

b. Deneme sürümünü beğenip tam sürüm olarak kullanmak isteyen kullanıcı da aynı şekilde sanal ortamda ödeme yapar. Akabinde satıcı firma tarafından genellikle bu yazılımın tam sürüm (lisanslı) hale getirilmesi için gereken kodların bulunduğu bir eposta alıcıya gönderilir.

Konunun İslâm hukuku açıdan şu şekilde değerlendirilmesi yapılabilir: Kabz şekilleri ve özellikle tahliye yoluyla kabz hakkında ulaştığımız sonuçlara göre, kabzda örfün belirleyici olduğu ve bir şeyin kabzının özelliklerine göre değiştiğini¹²⁹ nasıl mümkün ise öyle yapılacağını görmüştük. Bu ilkelerden hareketle *sanal olan şeyin tesliminin de kendi sanal ortamında olacağı* sonucunu çıkarmamız mümkündür. Özellikle ikinci şekilde yani yazılımcının sitesinden ilgili dosya ve bilgileri kişisel bilgisayara indirme yoluyla yapılan işlemi, İslâm hukukuna göre geçerli bir kabz yöntemi olarak görmekteyiz. Çünkü bu yolla yazılım, müşteriye kullanıma hazır olarak sunulmaktadır.

Sanal teslim ve kabzın bazı ayrıntıları da şunlardır: Yazılım için gereken kodlar, bir ev satışındaki anahtarlar gibi değerlendirilebilir. Kullanıma hazır evin anahtarlarını vermek nasıl hükmen teslim sayılıyor ise bu kodların verilmesi de hükmen teslim sayılır. Eğer yazılım, alıcının bilgisayarında kurulu ise gereken kodları içeren e-postayı aldığı andan itibaren kabzet tamamlanmış olur. Yazılımın internet üzerinden indirilmesini, menkûl malın nakliyesi gibi düşünürsek sözleşmede belirtilen süre içinde kendi bilgisayarına indirme (download) alıcının sorumluluğunda olmaktadır.

¹²⁹ *Mecelle*, m. 265.

Sanal kabzın bir diğerk örneği de borsalardaki hisse senetleri satışıında görölr. Hisse senedi alım satımı ile ilgili işlemler günümüzde borsa bilgisayarlarında ve internet üzerinden yapıldıkları için devir ve teslimleri de bu sanal ortam içinde olmaktadır. Hisse senetleri artık sanal hüviyete bürünmüştür. Bu işlemler yapılıncaya müşteriye matbu hisse senedi verilmeyip, yalnızca bilgilendirme amaçlı ekstreler gönderilir.¹³⁰ İşlemler bilgisayar ortamında yapıldığından çok hızlı olmakta satış işlemi gerçekleştiği anda neticesi alınmaktadır. Şu halde yapılan satış işleminin sonucu kaydedilip ekran görüntüsü müşteriye sunulduğu zaman, teslim ve tesellümünün de gerçekleşmiş olduğunu söyleyebiliriz.

Son yıllarda maddî olmadığı halde, ciddi derecede değer ve önem kazanmış ve satış işlemine konu olan fikir ve sanat eserlerine ait telif hakları da kendine özgü kabz ve teslim şekline sahiptirler. Malın tanımını yaparken Hanefiler dışındaki mezheplerde maddî olmayan şeylerin de mal sayıldığını belirtilmişti (bkz I. Bölüm. Malın Tanımı). Buna göre telif haklarını da mal ve mebi⁶ konusu olarak kabul etmek mümkün olacaktır. Bugün bu haklar mücerret olarak satılıp devredilebilmektedir. Maddî bir varlığı olmadığı için fiziken nakli yapılamayan bu hakların teslimleri, kanunî usûlüne uygun şekilde yapılan sözleşmeyi hak sahibinin onaylanması ile gerçekleşecektir. Bu sözleşmeler, genellikle resmî evrak üzerinde yapılmaktadır.

g. Gayrimenküllerde tapu tescili

Günümüzde gayrimenküllerin satımında kanunî teslim tapu siciline kayıt ile yapılmaktadır. Hukukî olarak gayrimenkülün mülkiyeti ve buna bağlı haklarının ispatında tapu sicillerindeki kayıtlar esas alınmaktadır.

Tapu siciline kayda duyulan ihtiyaç, zilyetliğin mülkiyeti ispatı için menkûl mallarda yeterli olmasına rağmen gayrimenküllerde zayıf kalmasından kaynaklanmıştır.

¹³⁰ Örneğin İ.M.K.B. (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası), 1994 yılından itibaren tüm hisse senetlerinde bilgisayarlı işleme geçmiş olup, bugün işlemlerin %95'i uzaktan erişim (internet üzerinden) yapılmaktadır. Ayrıca işlem gören hisse senetleri kağıda basılmayıp dünya sermaye piyasalarında olduğu gibi, "Kaydi Sistem" yoluyla elektronik ortamda saklanmaktadır. İMKB Yatırımcı Danışma Merkezi, *Sorularla Borsa ve Sermaye Piyasası* (PDF), Ekim 2009, ss. 68, s. 19, 43- 45, 56. <http://www.imkb.gov.tr/Publications/ISEPublications.aspx> (10.12.2009)

Zilyetlik, gayrimenkûllerde bu malların mahiyeti sebebiyle aynî hakların aleniyetini yeteri derece sağlamamaktadır. Bu sebeple gayrimenkûller üzerindeki hâkimiyetin gösterilmesi için tapu siciline kayıt yoluna gidilmiştir. Tapu sicili; gayrimenkûller üzerinde mevcut aynî hakların durumunu devamlı olarak göstermek için devletin sorumluluğu altında aynî aleniyet sistemine göre tutulan sicildir.¹³¹

Son yıllarda bu kayıtların kazandığı öneme dayanarak, gayrimenkûllerin teslimi için yalnızca tapu siciline kayıtlarının yeterli olacağı görüşü öne sürülmüştür.¹³²

Devlet nizamı altında olan tapu sicilinin kazandığı önemi görmezden gelmek mümkün değildir. Mülkiyet, bu tescil işlemi ile ispat edilmektedir. Tescil yaptıran kişi bu resmî kayıt ile gayrimenkûle el konulmasından, ilgili hakların kaybolmasından, ölçüleri hakkındaki anlaşmazlıklardan korunmuş olur. Taşınmaz mala sahip olan kişinin hakkını sağlama almak amacıyla tapu tescil işleminin yapılması meşru hatta gereklidir. (aynı gereklilik menkûl mallarda fatura, irsaliye gibi belgeler için de söylenebilir). Ancak gayrimenkûl tesliminde, fukahânın daha önce belirttiğimiz gayrimenkûllerin kabzının tahliyesi ile olacağına dair ortak görüşleri de dikkate alınmalıdır.

İslâm tarihinde günümüzdeki kadar gelişmiş olmasa da tapu tesciline benzer şekilde gayrimenkûller için kayıtlar tutulmuştur. Buna rağmen fukahâ, akar kabzı için tahliye ve temkin şartları üzerinde durmuşlardır. Her ne kadar Hanbelîler ve kısmen Mâlikîler farklı görüşte olsa da özellikle Hanefî ve Şâfiîlere göre gayrimenkûlde teslim ve kabzın geçerli olabilmesi için tahliye ve alıcının tasarrufa imkân tanınması şartlarının her ikisinin de bulunması gerekir. Mebî' de satıcının hakkının bulunması, tahliye yolu ile kabza engeldir.¹³³

Şu hususu da ilave etmek gerekir ki İslâm hukukuna göre akdin yapılması ile gayrimenkûlün mülkiyeti zaten müşteriye intikal etmiştir. Tapu tescili, mülkiyetin

¹³¹ Reisoğlu, *age.*, 93.

¹³² Zerkâ, *Akdü'l-Beyi'*, s. 118 vd., *İslam Hukuku*, I, 214, 215,

¹³³ İbn Âbidîn, *age.*, IV, 562; Nevevî, *Ravzatü't-Talibin*, III, 175. Hanbelîler ve Mâlikîler satıcının akarı boşaltmasını gerekli görmezler. İbn Kudâme, *age.*, VI, 450; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 145.

müşteriye ait olduğunun kayıt altına alınmasıdır. Gerçek anlamda teslim ise tahliye yani müşteriye malda fiilen veya hukuken tasarruf imkanı sağlanması ile gerçekleşir.

Kanaatimizce gayrimenkûl satışlarında hem tahliye ve hem de tapu tesciline kayıt birlikte yapılmalı, sadece birisi ile yetinilmemelidir. Kabz için yalnızca tapu siciline tescili yeterli görmenin sakıncaları olabilir. Mesela satın alınıp tescil işlemleri yapılmış bir evin, tahliye edilmemesi müşterinin istifadesini engelleyecek ve onu tahliye davası açma yoluna sevk edecektir. Öte yandan yalnızca tahliye ile teslim de resmî olarak malik tanınmamak gibi bazı hukukî sıkıntılara yol açar. Bu sebeple tapu tesciline kayıt yapılmasının teslimin onsuuz gerçekleşmeyeceği, tamamlayıcı işlemlerinden olduğu sonucuna varmak mümkündür.

h. Malın müşterinin tayin ettiği araca bırakılması

Satım akdinde miktarı ve cinsi tayin edilen mekîlât ve mevzûnâtın ölçüldükten veya tartıldıktan sonra müşterinin kabına (poşet, çanta, kutu, şişe vb.) doldurulması, konulması teslim sayılmaktadır. Hanefilere göre mebî'in konulduğu kap, müşteri tarafından tayin edilmişse bu işlemler müşterinin gıyâbında bile yapılsa kabz gerçekleşir. Söz konusu kap, müşteriye ait olduğu gibi, satıcıdan ödünç aldığı belli bir kap da olabilir. Burada satıcı, müşterinin akit ile mülkiyetini kazandığı malda adeta vekili gibi hareket edip, mebî'i alıcının belirlediği kaba koymuş ve böylece hükmen kabz gerçekleşmiştir. Fakat satıcının mebî'i kendisinin hazırladığı veya müşterinin gıyabında onun tayin etmediği bir kaba doldurması ile teslim gerçekleşmez.¹³⁴ Müşterinin malın nakliyesi için sağladığı konteyner veya taşıyıcının aracına konulması da bu çeşit kabza girer.

¹³⁴ *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 20; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, I, 220, 221. Kural olarak satıcı kabz için alıcının vekili olamaz. Burada ise alıcının ölçüm isteği üzerine hareket eden satıcı, onun isteği ile malda değişikliğe sebep olmak durumundaki gibi alıcıya dolaylı yoldan vekil olmuştur. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 135.

4. Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms) Ve İslâm hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Son birkaç yüzyıldır kaydedilen teknolojik gelişmelerin endüstri, sanayi ve ticarete etkileriyle, hem iç hem de devletler arasındaki ticarî faaliyetler artarak gelişmekte ve bu da mevcut durumu daha da karmaşık hale getirmektedir. Bu gelişmenin özellikle uluslararası ticarete yeni soru ve sorunları beraberinde getirmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. İşte başta bu sorunların çözümü ve farklı ülkelerdeki farklı insanların arasındaki uluslararası ticarî ilişkileri düzenlemek ve kolaylaştırmak, yanlış anlamaları ve bunların sonucunda oluşabilecek zaman ve para kaybını engellemek, anlaşmazlık ve uyuşmazlık hallerinde tahkimde bulunmak için ICC (International Chamber of Commerce) ya da Türkçesi ile MTO (Milletlerarası Ticaret Örgütü) kurulmuştur.¹³⁵

ICC tarafından uluslararası ticareti düzenlemek için ihracat ve ithalat ile ilgili bazı kurallar ve bu kuralların uygulanması ile ilgili talimatlar hazırlanmaktadır.¹³⁶ ICC tarafından konulan bu kurallara “Incoterms (**I**nternational **C**ommercial **T**erms, Uluslararası Ticarî Terimler)” denilmekte ve sözleşmelerde referans olarak gösterildiğinde yayımlandığı yıl ile kullanılmaktadır (Incoterms 2000 gibi).¹³⁷ Incoterms, temelde dış ticarete teslim çeşitlerini açıkladığından “Dış Ticarete Teslim Şekilleri” olarak da bilinir.

Standart bir uluslararası satım sözleşmesinde mal, fiyat, tercih edilen teslim şekli (incoterm) ve ödeme yollarına ait bilgiler bulunur. Bu sözleşme faks, eposta, proforma

¹³⁵ ICC, 1919 yılında, “uluslararası ticaretin geliştirilmesi, özel teşebbüsün güçlendirilmesi, uluslararası iş dünyasının gerektirdiği şartların düzeltilip standart hale getirilmesi” gibi amaçlarla A.B.D.’de kurulup, daha sonra Paris’e taşınmış ve gelişerek büyük bir organizasyon haline gelmiştir. MTO adıyla 1930 yılından beri de ülkemizde faaliyet göstermektedir. <http://icc.tobb.org.tr/iccmerkez.php> (17.12.2009); <http://icc.tobb.org.tr/iccturkiye.php> (17.12.2009).

¹³⁶ Özalp, Abdurrahman, *Dış Ticarete Yeni Kurallar: UCP 600’ın Kullanılması ve Akredite*, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, 3. bs, s. 5.

¹³⁷ ICC tarafından 1936 yılında ilk defa kurallaştırılan ilkeler “Incoterms 1936” olarak adlandırılmıştır. Daha sonra 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 yıllarında önemli düzenlemeler yapılmıştır. Özalp, *age.*, s. 5.

gibi basit şekillerde olabilir.¹³⁸ Akdin gerçekleşme safhası konumuz ile doğrudan ilgili olmadığından, bu hususta farklı ülkelerde bulunan taraflar için İslam hukukundaki gaipler arasında akit ve gaip mal satışı ile ilgili hükümlerin geçerli olduğunu söylemekle yetiniyoruz.

a. Uluslararası ticarete teslim şekilleri (Incoterms)

Satıcı (ihracatçı) ve alıcının (ithalatçı) sorumluluklarına, yapmaları gereken masraflara, taşıma yollarına ve teslim yerlerine göre sayısı on üçe ulaşan dış ticaretteki teslim şekilleri, MTO tarafından dört ana grupta toplanmıştır. Bunlar benzer terimlerin İngilizce kısaltmalarının baş harflerinden alınan E, F, C ve D gruplarıdır.

Genel olarak nakliye ile ilgili yükümlülükler E ve F gruplarına ait olan EXW, FCA, FAS ve FOB teslim şekillerinde müşteriye, C ve D gruplarına ait olan CFR, CIF, CPT, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU ve DDP teslim şekillerinde ise satıcıya aittir.

Uygulamada bu teslim şekillerden en çok tercih edilenler FOB ve CIF'tir.

Incoterms'in sayı olarak çeşitliliğinde deniz yolu ile taşımanın önemli etkisi vardır. Uluslararası ticarete denizyolu taşımacılığının özel bir yeri olup, bu teslim şekillerinin bazıları yalnızca deniz yolu ile bazıları da hava, kara, deniz ve demiryolu ile taşımayı göstermektedir.

Teslim şekilleri Incoterms 2000'e ve ait olduğu grupların başlığına göre aşağıdaki gibi özetlenebilir:¹³⁹

a. E grubu (EXW), (Çıkış)

Bu grupta yalnızca bir teslim şekli bulunur ki bu da satıcının malı işyerinde teslimidir.

EXW (Ex Works, exit works), Ticarî İşletmede Teslim: Satıcının malları kendi işletmesinde veya belirlenmiş başka bir yerde alıcının emrine hazır tutması ile (fabrika,

¹³⁸ Özalp, *age.*, s. 3.

¹³⁹ (MTO 560 sayılı yayın Özalp, *age.*, 5-9; Yüceel, Mustafa, *Yatırım ve Teşvik Unsurları Rehberi*, Eksen Matbaası, İstanbul 1998, s. 122-126;

<http://www.gumrukportali.com/Content.aspx?Type=HelpfulInfD&Id=1398> (18.12.2009);

<http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html> (18.12. 2009).

atölye, depo, antrepo vb.) yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu teslim şeklidir. EXW, teslim şekilleri içinde satıcı için en az yükümlülüğü olanıdır. Satıcı herhangi bir yükleme veya nakliye işlemi ile sorumlu değildir. Teslimin kararlaştırıldığı söz konusu yerden itibaren mal ile ilgili yükleme, taşıma, gümrük, boşaltma gibi her türlü masraflar, hasar sorumluluğu ve diğer yükümlülükler alıcıya aittir. Bu teslim şeklinde sözleşmede belirtilen satış ücretine yalnızca ambalajlanmış mal bedeli dâhildir. EXW terimi hava, kara, su ve demiryolu taşımacılığında kullanılabilir.

b. F grubu (FCA, FAS, FOB), (Ana taşıma ödenmemiş)

Bu tip teslim şekillerinde nakliye işlem ve masrafları alıcıya aittir. Satıcı ancak esas (ana) nakliye işleminin başlayacağı liman vb. yere kadar malı taşımakla sorumludur. Bu teslim şekillerine satıcı nakliye vs. işlemler için harcama yapmadığından “ana taşıma ödenmemiş” denildiği gibi, “masrafsız” da denilir. FCA her türlü, FAS ve FOB sadece deniz ve içsu yoluyla taşımacılıkta kullanılır.

(1). FCA (**Free Carrier**), Taşıyıcıya¹⁴⁰ Teslim: Bu teslim şeklinde satıcının teslim yükümlülüğü, malları kendi ülkesindeki ihraç gümrüğünden geçirip, alıcı tarafından seçilmiş nakliyeciyeye belirlenen yer veya noktada teslimi ile biter. Satıcının (ihracatçı) malın kendi ülkesindeki gümrükten geçmesi için gerekli masrafları karşılamak, belgeleri hazırlamak ve nakliyeciyeye teslim etmek sorumluluğu vardır. Ancak nakliye, riziko ve diğer masraflar alıcıya aittir. FCA yöntemi hava, kara, su ve demiryolu taşımacılığında kullanılabilir.

(2). FAS (**Free Alongside Ship**), Gemi Doğrultusunda Teslim: Yalnızca deniz taşımacılığında kullanılan bu terim ile satıcının malları nakliyenin yapılacağı limana bırakması kastedilir. FAS’da satıcının teslim yükümlülüğü, belirlenen limanda malların yükleneceği gemi doğrultusunda rıhtım veya mavnaya konmasıyla biter ve bundan sonra malla ilgili tüm gider, kayıp, hasar, gümrükten çekme vs. yükümlülükler alıcıya

¹⁴⁰ Taşıyıcı ya da nakliyeciyeye, bir taşıma sözleşmesinde, kara, deniz, hava, demiryolu ve içsu taşımacılığı veya bunların birleşmesi sonucu ortaya çıkan taşımacılık işlemini üstlenen kimsedir.
<http://www.gumrukportali.com/Content.aspx?Type=HelpfulInfD&Id=1398> 18.12.2009.

ait olur. Sözleşmede belirtilen satış bedeline hem mal bedeli, hem de rıhtıma kadar yapılan nakliye ücreti dâhildir.

(3). FOB (**Free On Board**), Gemi Bordasında Teslim: Satıcının teslim borcu yükleme limanında gemi küpeştesini açtığı andan itibaren ifa edilmiş olur. Sadece uluslararası limanlar için geçerli olan bu teslim tipinde, küpeşte açıldıktan sonra navlun ve mallarla ilgili tüm gider, kayıp, hasar rizikoları artık alıcıya aittir.¹⁴¹

c. C grubu (CFR, CIF, CPT, CIP), (Ana taşıma ödenmiş)

C grubu teslim şekillerinde, malın nakliyesini satıcının yapması ve ücretini ödemesi gerekir. CFR ve CIF deniz ve içsu taşımacılığında, CPT ve CIP hava, kara, su ve demiryolu gibi her türlü taşımacılıkta kullanılır. Bu grupta malın nakliye için yüklemesi satıcı tarafından yapılır.

(1). CFR (**Cost And Freight**), Mal Bedeli ve Navlun Ödenmiş Teslim: Satıcının, malı sözleşmede adı belirtilen varış limanında navlunu ödenmiş olarak teslim etmesidir. Bu teslim tipinde, satıcı malın nakliye ve gümrüklemesinden sorumludur. Fakat mal yüklenirken gemi küpeştesini geçtiğinde, hasar rizikoları ile giderlerde olacak artış satıcıdan alıcıya devredilmiş olur. Bu terim yalnızca deniz veya içsu taşımacılığında kullanılır.

(2). CIF (**Cost, Insurance And Freight**), Mal Bedeli, Sigorta ve Navlun Ödenmiş Teslim: CIF tesliminde satıcı CFR'deki yükümlülüklerle ek olarak, malların belirlenen varış limanına taşınması sırasında yitik veya hasar rizikosuna karşı deniz sigortası yaptırmalıdır. Satıcı taşıma ile ilgili sigorta sözleşmesini yapar ve sigorta primini de öder. CIF de sadece deniz ve iç su taşımacılığında kullanılır.

(3). CPT (**Carriage Paid To**), Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak Teslim: Satıcının malın sözleşmede kararlaştırılan varış yerine kadar taşınması için bir taşıyıcı seçip gereken ücreti de ödemesidir. Ancak satıcının sorumluluğu CFR deki gibi, taşıyıcıya teslim anında biter. Malın yitik ve hasarına ait rizikolarla birlikte taşıyıcıya teslimden

¹⁴¹ Borda, geminin yan ve dış kısmına; küpeşte, gemilerde güverte parmaklığına; navlun ise deniz taşımacılığında nakliye ücretine denir (Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 174, 731, 902). Burada satıcının teslim borcu, malı borda ve küpeşteye yani yükleme yapılacak yere kadar ulaştırmaktır.

itibaren doğabilecek ek masraflar, taşıyıcının nezaretine verilmesinden itibaren alıcıya geçer. Gerekli ithal iznini veya yetki belgelerini almak ve ücretlerini ödemek alıcıya aittir. CPT, hava, kara, su ve demiryolu gibi her türlü taşımacılıkta kullanılır.

(4). CIP (**C**arriage **A**nd **I**nsurance **P**aid **T**o), Taşıma Ücreti ve Sigorta Ödenmiş Olarak Teslim: Nakliye ve sigortanın satıcı tarafından yapılması gereken teslim şeklidir. Satıcı CIP'deki gibi teslim için belirlenen yere kadar nakliye için taşıyıcı seçer ve gereken ücreti de öder. Ayrıca malın taşınması anında kayıp veya hasar riskine karşı, alıcıya yük sigortası sağlar. Her türlü taşıma yolu için kullanılır.

d. D grubu (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP), (Varış)

Bu gruptaki teslim şekillerinde satıcı, malların sözleşmede belirtilen yere teslimini ve teslimine kadar her türlü masraf ve riskleri üstlenir. Alıcıya da ithalat için gereken gümrükleme ve ülkesindeki iç nakliye düşer. C grubundaki teslim şekilleri malı yükleme, D grubundakiler yükleme ve boşaltma sorumluluklarını satıcıya yükler.

Bu terimlerden DES ve DEQ deniz ve içsu taşımacılığında, diğerleri ise hava, kara, su ve demiryolu gibi her türlü taşımacılıkta kullanılır.

(1). DAF (**D**elivered **A**t **F**rontier), Sınırdaki Teslim: Satıcının malları sınırda ve bu sınırın sözleşmede belirtilen yerinde teslim etmesidir. Satıcı, malları ihraç için kendi ülkesinin gümrüğünden geçirip, sınırın belirlenen yer ya da noktasında alıcının teslim almasına hazır tutar. DAF'ta sınır kaydı mutlaksa, bu sınır satıcının veya alıcının ülkesinin sınırı olabilir. Çıkabilecek anlaşmazlıkların önüne geçmek için, sınır olarak belirtilen noktanın neresi olduğu sözleşmede açıkça belirtilmelidir.

(2). DES (**D**elivered **E**x **S**hip), Gemide Teslim: Satıcının kararlaştırılan varış limanında ve gemi güvertesinde teslimidir. Malların belirlenen varış limanına getirilmesi için gereken tüm gider ve ortaya çıkabilecek rizikolar satıcıya aittir. Teslim yükümlülüğü, malı ithal gümrüğünden geçirilmeden gemi bordasında alıcının emrine hazır tutmakla sona erer. Bu terim sadece deniz veya içsu taşımacılığı için kullanılabilir.

(3). DEQ (**D**elivered **E**x **Q**uay), Rıhtımdaki Teslim: Satıcının, malları rıhtıma boşaltarak alıcının emrine hazır bulundurması ile teslimidir. Malın sözleşmede belirtilen iskeleye boşaltılmasına kadar tüm vergi, harç, navlun vs. masraflar, hasar ve riziko

satıcıya aittir. Bu noktadan sonra ithalat için gereken gümrükleme işlem ve masrafları ise alıcıya aittir.¹⁴² Deniz veya içsu taşımacılığı için kullanılır.

(4). DDU (**Delivered Duty Unpaid**), Gümrük Resmi Ödenmemiş Olarak Teslim: Satıcının, malın ithal edildiği ülkenin sözleşmede belirtilen yerinde alıcının emrine hazır tutulmasıdır. Bu noktaya kadar bütün masraf ve riziko satıcındır. Ancak gümrük işlemleri, harç, vergi ve masrafları alıcıya aittir. Bununla beraber taraflar anlaşarak, gümrük formalitelerini ve malların ithali için gerekli bazı giderleri satıcının ifa etmesine dair sözleşmeye net kayıtlar koyabilirler. Bu teslim türü her türlü taşıma yolu ile kullanılabilir.

(5). DDP (**Delivered Duty Paid**), Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim: Bu terim ile satıcının teslim yükümlülüğü, malların ithal ülkesinde belirlenen yerde emre hazır tutulması ile sona erer. Satıcının görevleri, malların o noktaya kadar taşınması, ithal gümrüğünden geçirilmesi ve gerekli vergi, resim ve diğer harçların ödenmesi de dahil olmak üzere nakliye ile ilgili hasar, riziko ve giderleri karşılamaktır. Her türlü taşımacılık ile yapılabilir.

b. Incoterms'in İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi

MTO tarafından uluslararası ticarete ilişkin getirilen kurallara hukukî açıdan bakıldığında, bunların satıcı ve alıcının satılan mal açısından doğan teslim ve kabz ile ilgili borçlarını nasıl ifa edecekleri hakkında yapılmış teknik düzenlemeler olduğu görülür. Bu nedenle Incoterms, malın teslim ve kabzının sağlıklı şekilde yapılması için hazırlanmış yöntemler olarak kabul edilebilir.

İslâm hukukuna göre Incoterms'in şu açılardan değerlendirilmesi mümkündür:

a. İfa mekânı açısından: Uluslararası ticarete teslim yerinin belirlenmesi ve bu şarta uyulması o kadar önemlidir ki teslim çeşidinin kararlaştırılan yer ile isimlendirilmesine etki eder. Gerek satıcı gerekse alıcı, sözleşmede seçtikleri teslim şeklinin, ifa mekânı ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeye mecburdurlar. Konuya

¹⁴² Önceki Incoterms versiyonlarında, DEQ 'da gümrükleme işlemleri satıcıya ait kabul edildiğinden, bu terimin açılımı "Delivered Ex Quay, Duty Paid" olarak yapılmaktaydı.
<http://www.mevzuat.net/fayda/teslimsekilleri.htm#DEQ> (19.12.2009).

İslâm hukukunda ifa mekanı ile ilgili genel prensipler açısından baktığımızda da benzer sonuçlara ulaşılabilir.

İslâm hukukuna göre tarafların satılan malı teslim için belirli bir yeri tayin etme hakları bulunmaktadır. Taraflar malın teslimi için bir ifa mekânı tayin etmişlerse teslimatın kararlaştırılan bu yerde yapılması gerekir. Nitekim *Mecelle*'de “belirli bir yerde teslim şartıyla satılan malın, bu yerde teslim edilmesi gerektiği” kural haline getirilmiştir.¹⁴³ Buna göre tarafların uluslararası ticarete teslim yeri olarak işyeri, liman, gemi, sınır, antrepo gibi herhangi bir yeri şart koşmalarında ve kararlaştırmalarında bir sakınca olmadığı gibi, akit sırasında yer ile ilgili olarak kararlaştırılan bu şarta da uymaları¹⁴⁴ gerekir.

b. İfa işlemleri ve masrafları açısından: Incoterms'de ikinci önemli unsur malın belirtilen yerde teslimine kadar geçen sürede ve teslim sırasındaki yükleme, nakliye, boşaltma, ithalat, ihracat işlemleri gibi işlemler ve bunların masraflarının kime ait olduğudur. Seçilen teslim çeşidine göre bu görev ve masrafları taraflardan biri üstlenir.

İslâm hukukçuları malın teslimi ile ilgili masrafların prensip olarak satıcıya ait olduğunu belirtmişlerdir. Fakat bu masraflar malın tartılması, sayılması, ölçülmesi ile ilgili işlem ve masraflarıdır.¹⁴⁵ Incoterms'de satıcının bu sorumlulukları, kendine en az yük getiren EXW tipi teslim şeklinde bile bulunur. Nakliye işlem ve ücretlerinin alıcıya ait olduğu E ve F grubundaki teslim şekillerindeki sorumlulukta fikhî açıdan bir sorun yoktur.

C ve D grubu teslim şekillerinde nakliye ile bazı ek işlem ve masrafların satıcıya yüklenmesi ilk bakışta fikhî olarak sakıncalı bulunabilir. Çünkü İslâm hukukunda mebî'in nakliyesinin müşterinin yükümlülüğünde olması esastır. Fakat bu genel kuralın yanında iki hususun da göz önünde tutulması gerekir. Birincisi, malın nakliyesinin kimin görevi olduğunu bazen örf belirler. İkincisi ise belirli bir yerde teslim şartı aynı

¹⁴³ *Mecelle*, m. 287.

¹⁴⁴ Ali Haydar, *age.*, I, 230. Ayrıca bkz. Bölüm II, Teslim Yeri.

¹⁴⁵ *Mecelle*, m. 289. Bkz. Bölüm II, Satıcıya Ait Olan Masraflar.

zamanda bu yere kadar teslimden kaynaklanan masrafları satıcının üstlenmesini gerektirir.¹⁴⁶

Özellikle kararlaştırılan yerde ifa şartının gereği olarak ilgili masrafları satıcının üstlenmesinin, sözleşmede satış bedelinin ve taşıma masraflarının ayrı olarak belirtilmesi durumunda İslâm hukukuna uygunluk açısından bir sorun oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

c. Hasar sorumluluğunun intikali açısından: Çalışmamızın son bölümünde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere mebî'in hasar sorumluluğunun, el değiştirmesi yani teslimi ile intikal ettiğini söylemek mümkündür.¹⁴⁷ Incoterms'e mebî'in hasar sorumluluğu açısından bakıldığında, genel olarak E ve F grubunda nakliye sırasındaki sorumluluğun alıcıya, C ve D grubunda ise satıcıya ait olduğu görülmektedir. Buna göre örneğin FOB satışında nakliye sırasında meydana gelen hasarı takip alıcıya, CIF satışında ise satıcıya ait olacaktır.

d. Kabz öncesi satışa konu olma açısından: Malın kabzının hükmen gerçekleştiği durumlarda fiilî teslim gerçekleşmemiş olsa bile, satışa konu olması mümkün görünmektedir. Böyle bir işlemde hasar sorumluluğunun müşteriye geçmesi, yapılan satışın kabz öncesi tasarruf olarak değerlendirilmesinin önüne geçmektedir.

Malın nakliyesini alıcının üstlendiği E ve F grubu teslim şekillerinde, ana taşıma işleminden itibaren malın hasar sorumluluğu müşteriye geçtiğinden hükmen kabz gerçekleşmiş olur. FOB satışında ürünler gemiye yüklenince, nakliyeciyi müşteriye vekaleten kabzetmiş olur. Müşteri bu ürünleri deniz yolu ile nakliyesi yapılırken satışa arz edebilir. Bu şekilde yapılan akitlerde gâip mal satışı hakkındaki hükümler geçerlidir. Ancak bu kabz ikinci müşteri için geçerli olmadığından ikinci müşteri ürünü satamaz. Örneğin bir otomobil ithalatçısı deniz yolu ile nakliye sırasında araçları bayilerine satabilse de bayiler müşterilerine satış yapamaz.

¹⁴⁶ Ali Haydar, *age.*, I, 232. Bkz. Bölüm II, Alıcıya ait olan masraflar.

¹⁴⁷ Çalışmamızda tercih ettiğimiz bu görüş Hanefî ve Şâfililere aittir. Mâlikî ve Hanbelilere göre ise hasar sorumluluğu akit ile intikal eder. İbn Âbidîn, *age.*, III, 637; Nevevî, *Ravza*, III, 159; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 186; İbn Kudâme, *age.*, VI, 186.

Satıcının malın nakliyesini üstlendiği C ve D grubu teslim şekillerinde, mal kararlaştırılan yere ulaşmadan kabzı yapılmış olmayacağından satış vb. tasarruflara konu olamaz. CIF satışında mal varış limanına ulaşip teslim alınmadan satışının yapılması caiz değildir.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Bkz. Darîr, Siddîk Muhammed Emin, “el-Kabzu, Suverahû ve bihâseti’l-Müstecedetü minha ve Ahkâmühâ”, *Mecelletü Mecma’i’l-Fıkhî’l-İslâmî*, VI/1, Cidde 1410/1990, ss. 465-491, s. 487 vd.

III. TESLİM YERİ, ZAMANI VE MASRAFLARI

İslâm hukukunda mebî'in teslim yeri ile ilgili genel kural, akit nerede yapılıyor ise tesliminin de orada yapılmasıdır. Bununla beraber taraflar akdi müteakiben başka bir yerde teslim için anlaşabilirler. Mebî'in teslim edileceği yerin net olarak belirlenmesi ile taraflar arasında oluşması muhtemel ihtilafların önüne geçilir. Çünkü teslim, her iki taraf için uygun olan yer ve zamanda yapılırsa sağlıklı olarak gerçekleşebilir.

Satılan malın teslim zamanı, satım akdi tamamlandığı andan itibaren başlar. Teslimin geciktirilmesi her iki taraf için sorunlara yol açabileceğinden, uygun olan en kısa sürede yapılmalıdır. Selemde ise zaten vadeli mal satışı söz konusudur ve teslimin gelecekteki bir tarihte yapılması kararlaştırılmıştır.

Teslim yeri, zamanı ve gerektirdiği sorumluluklar ile ilgili hususlar, başvurduğumuz klasik İslâm hukuku kaynaklarında telif edildikleri devirlerde ihtiyaç görüldüğü kadar işlenmiştir. Günümüzde ise bilhassa teslim yerine dair alternatifler çoğaldığından bunların belirlenmesinin önemi çok daha artmıştır. Bu konular incelenirken mevcut bilgilerin açıklanıp aktarılmasının yanı sıra, bunlardan çıkardığımız genel fikhî kurallardan hareketle bazı güncel uygulamalara da temas edilecektir.

A. Teslim Yeri Ve Zamanı

1. Teslim yeri

Mebî'in teslimi, satıcı için satım akdinin gerektirdiği bir borcun ifasıdır. İfa yeri kavramı, günümüzde “borçlanılmış edimin ifa edilmesi gereken yer”¹⁴⁹ ve “borçlunun

¹⁴⁹ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, I-II, Sermet Matbaası, İstanbul 1976-1977, 6. bs. I, 675.

borcunu yerine getirmeye mezun, alacaklının da kabule mecbur bulunduğu yer”¹⁵⁰ olarak tanımlanmaktadır. Mebî’in teslim yerini, satım akdi ile müşterinin mülkiyetini kazandığı malın menkûllerde fizikî, gayrimenkûllerde hükmî ve haklar gibi maddî olmayanlarda ise hukukî olarak zilyetliğine geçmiş olacağı mekân olarak tanımlamak mümkündür.

Klasik fıkıh kitaplarında selem akdi ayrı tutulursa mebî’in teslim yeri ve zamanı ile ilgili hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bu durum bir eksiklikten ziyade ihtiyaç duyulmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü son birkaç yüzyıl öncesine kadar alım satım ve teslim işlemleri daha basit ve sade olduğundan ve de malın bulunduğu yerde yapıldığından teslim yeri ile ilgili teferruatlı hükümlere ihtiyaç bırakmamıştır. Çoğu zaman müşterinin malı görüp, beğenip, satın alması ve akabinde götürmesi şeklinde gerçekleşen satışlarda teslimin nerede yapılacağı çok önemli bir mevzu olmamıştır.

Fakat sanayi devriminin etkisiyle iletişim ve taşımacılık alanında yaşanan gelişmeler, toptan mal alımlarının artması, milletlerarası ticaretin gelişmesi, akit meclisinde olmayan malların satışlarının çoğalmasa gibi sebeplerle teslimat akit meclisinden farklı yerlerde yapılabildiğinden teslim yeri önem kazanmaya başlamıştır.

İslâm hukuk tarihinde teslim yeri ile ilgili ilk özel düzenlemeler sanayi devriminin etkisinin hissedildiği bir dönemde hazırlanan *Mecelle*’de görülmektedir.¹⁵¹ *Mecelle*’den günümüze kadar ki süre içinde, teknik gelişmelerin daha da artıp hızlanması ve bunların ticarete etkilerinin katlanması, müşteri odaklı rekabet ortamının oluşması gibi sebeplerle teslim yeri daha da önem kazanmıştır. Bu durum yürürlükteki mevzuat sahasında özel bazı hukukî düzenlemeler yapılmasına sebep olmuştur. T.B.K.’nin 73. maddesi ve daha önce incelediğimiz incoterms bunlara örnek verilebilir.

Teslim yeri ile ilgili olarak iki durum söz konusudur: Taraflar akit yaparken teslim yeri hakkında ya konuşup anlaşmışlardır veya konuşmamışlardır.

¹⁵⁰ Feyzioğlu, F. N., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, I-II, İstanbul 1976-1977, II, 100.

¹⁵¹ *Mecelle*’nin 285-287. maddeleri teslim yeri, 288-292. maddeleri ise teslim masrafları ile ilgilidir.

a. Akitte belirtilmemesi durumunda

İncelediğimiz İslâm hukuku eserlerinde teslim yerinin açıkça belirtilmediği durumlarda ifa mekânı olarak iki yerden söz edildiğini tespit ettik:

(1). Teslimin yapılacağı yer akdin yapıldığı yerdir: Bu hükmü fıkıh kitaplarının satım akdi ile ilgili kısımlarında açıkça dile getirilmemesine rağmen Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî eserlerinde, selemde ifa mekânı ile ilgili tartışmalar sırasında satır aralarında geçen “ayn satışında ifa yerinin akit meclisi olduğu” ifadesinden çıkarmaktayız. Tarafların bu kuralı görüşlerine delil olarak kullanmaları ve bu yolla istidlâle itiraz olmayışı, bu kural hakkında genel bir kabul olduğunu gösterir.¹⁵² Kanaatimizce klasik fıkıh kitaplarında mebî’in teslim yerinin akdin yapıldığı mekân olması hükmü genel kabul görmüştür.

(2). Teslimin yapılacağı yer mebî’in bulunduğu yerdir: Hanefilere ait olan ve *Mecelle*’de kural haline getirildikten sonra yaygınlaşmış kabul gören diğer görüşe göre, mebî’ akit yapılırken nerede bulunuyorsa müşteriye teslim edilmesi gereken yer de orasıdır. Mutlak akit, akit konusunun akit yapılırken nerede bulunuyorsa orada teslimini gerektirir.¹⁵³ Muâsır İslâm hukuku çalışmalarında bu kural esas olarak alınmış, *Mecelle*’den sonra yapılan kanunlarda da bu kurala paralel düzenlemeler yapılmıştır.¹⁵⁴

Mecelle’nin teslim yeri ile ilgili maddesi şu şekildedir:

Akd-i mutlak hin-i akitte mebî’ nerede ise orada teslimini iktiza eder.

Meselâ bir kimse Tekfur dağındaki buğdayını İstanbul’da bir kimseye sattıkta ol buğdayı Tekfur dağında teslim eder, yoksa İstanbul’da teslim etmek üzere icbar olunamaz. (m. 285)

¹⁵² Serahsî, *age.*, IX, 48, XV, 99; Kâsânî, *age.*, V, 213; Şîrâzî, *age.*, II, 77; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 414. Bu kural, ilgili bölümde açıklanacağı üzere -selemde teslim yerinin kararlaştırılmaması halinde akit meclisinin ifa mekânı olacağını- söyleyenler tarafından görüşlerine delil olarak gösterilmektedir. İbn Âbidîn de satıcının akdin yapıldığı yerde malı teslim etmesinin gerektiğini söyler. İbn Âbidîn, *age.*, IV, 594.

¹⁵³ *el-Fetevâ'l-Hindîye*, III, 30.

¹⁵⁴ Bkz. Abdullah Muhammed Abdullah, “el-Kabzu, Suverahû ve bihâseti'l-Müsteccedetü minha ve Ahkâmühâ”, *Mecelletü Mecma'i'l-Fıkhî'l-İslâmî*, VI/1, ss. 513-554, 545; Senhûrî, *el-Vasît*, IV, 595-600.

Kanaatimizce her iki görüş arasında herhangi bir tezat olmayıp, *Mecelle*'deki düzenleme, klasik fıkıh kitaplarındaki görüşü tamamlamaktadır. Şöyle ki; mebî' akit yapılırken genellikle akit meclisinde ve tarafların görebileceği bir yerde bulunur. Birinci görüş bu durumun gereğini göstermektedir. Bu durumda ifa mekânı ile ilgili olarak asıl olan kural, teslimin akdin yapıldığı yerde yapılmasıdır.

İkinci görüş ise hem akit meclisinde bulunan hem de verilen örnekte de görüldüğü gibi akit meclisinde olmayan eşyanın satışında geçerlidir. İslâm hukukçularının çoğu akit meclisinde olmayıp tarafların biri veya her ikisi tarafından görünmeyen malın, özelliklerinin belirtilmesi halinde satışının geçerli olduğunu söylemişlerdir. Üstelik Hanefiler ve tercih edilen görüşlerinde Mâlikîler, müşteriye mebî'i gördüğünde satışı feshetme muhayyerliği tanımakla beraber, özellikleri belirtilmeyen malın satışına da izin verirler. Böyle bir durumdaki mal satıldığında teslim yeri, malın akit yapılırken bulunduğu yer olacaktır.¹⁵⁵

Kısacası mebî' satım akdi yapılırken akit meclisinde ise akit meclisinde, başka bir yerde ise o yerde teslim edilmelidir.

Muhtemelen 18. yüzyıldan itibaren gelişen ticarî faaliyetler ile günümüzde bir hayli örneğini gördüğümüz akit meclisinde bulunmayan mal satışları da artmış ve bu ihtiyaca binaen *Mecelle*'de malın bulunduğu yerin, aynı zamanda tesliminin yapılması gereken yer olduğu düzenlemesine ihtiyaç duyulmuştur.

Perakende ve sınırlı miktarlardaki satışlarda teslimatın akit meclisinde yapılması, bilinmezlik veya cehalet sebebi ile ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların önüne geçmek açısından daha uygun görünmektedir. Zaten bu tür alışverişler malın bulunduğu dükkân, market gibi yerlerde yapılır. Fakat toptan ve büyük miktarlarda mal alımlarında mebî'in akit meclisinde bulundurulmasında güçlük veya imkânsızlık olacağından, *Mecelle*'nin de esas aldığı "malın bulunduğu yerde teslim" ilkesi öne çıkar. Çoğunlukla

¹⁵⁵ Bkz. Zuhaylî, *age.*, IV, 462-464. Şâfiîlere göre ise mal mecliste bulunsa bile tarafların herhangi biri görmezse akit geçersizdir. Şirbînî, *age.*, II, 25. Hanefilere göre müşteri, mebî'in nerede olduğunu bilmeden satın alsa ve akitten sonra mebî'in yerini öğrense "keşf-i hâl" muhayyerliğine sahip olur. İster akdi fesheder, isterse onaylar ve mebî' akit yapılırken nerede ise orada kabzeder. Bilmen, *age.*, VI, 52, 82.

büyük işletme ve firmaların merkez büro ve temsilcilikleri ile fabrika ve depoları ayrı yerlerdedir. Bu firmaların ürettikleri malların, akitlerin yapıldığı büro veya temsilciliklerine getirilmeleri mümkün değildir. Ürün teslimatlarının fabrika veya depolarda yapılması zorunludur ve uygulama da teslimatın malın bulunduğu yerde yapılması şeklindedir.

T.B. K. m. 73'e göre borcun ifa edileceği mahal öncelikle iki tarafın anlaşmasına göre tayin edilir. Eğer tayin edilmemişse ve aksine de bir şart yoksa ifa mekânı:

- a) Para borçlarında ödeme zamanında alacaklının bulunduğu yer,
- b) Borç belirli bir şey ise (mebû' gibi) akit sırasında bu şeyin bulunduğu yer,
- c) Bunların dışındaki borçlarda, borç doğduğu sırada borçlunun bulunduğu yerdir.

Buna göre mebû'in teslimi belirli bir parça borcu olduğundan, mal akit sırasında nerede ise ifa da orada yapılacaktır. Ancak bu üç maddedeki esasların uygulanmasından önce ifa ile ilgili işin nitelik ve özellikleri ile geleneklerin de dikkate alınması gerektiği de belirtilmiştir.¹⁵⁶

b. Akitte belirtilme durumunda

(1). Genel olarak

Taraflar akit yaparken mebû'in teslimi için belli bir yeri kararlaştırabilirler. Eğer alıcı ve satıcı akit sırasında teslim için bir yer üzerinde anlaşmaya varmışlarsa ifa bu yerde yapılmalıdır. Nitekim *Mecelle*'de bu kural şu şekilde belirtilmiştir: *Bir mahal-i muayyende teslim olunmak şartıyla satılmış olan malın, orada teslimi lâzım gelir* (m. 287). Yani taraflar akitleşme sırasında mebû'in tesliminin belirli bir yerde yapılması üzerinde anlaşmaya varmışlarsa teslim ancak o yerde yapılırsa geçerli olacaktır. Aksi halde satıcı teslim borcunu ifa etmiş olmaz.

¹⁵⁶ Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul 1994, Filiz Kitabevi, s. 29; Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, 10. bs., s. 129. Örneğin bir gazete dağıtıcısının her gün gazeteyi abonenin evine bırakması durumunda, ifa mekânının müşteriye evi olduğu ortaya çıkar. Aybay, a.y.

Tarafların ifa yerine dolayısı ile mebû'in teslim yerine dair koydukları kayıt, akdin muktezasına elverişli bir şart olup, akdin gereklerinden birini yani mebû'in teslimini teyit etmektedir.¹⁵⁷ Tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları bu tür şartlar sahil şart sınıfına girerler ve bunlara uyulması gerekir.

Ancak tarafların kararlaştırdıkları yerde teslim, İslâm hukukuna aykırı durumlara yol açarsa bu şarta uyulmaz. Örneğin satım akdi mebû'in derhal teslimini gerektirir. Mebû'in hemen teslim edilmesi mümkün iken şart koşulan yer ciddi ölçüde gecikmeye yol açacak kadar uzak bir yerde ise bu şarta uyulmaz. Yine ribevî malların satımında müşterinin evine teslim şartı karşılığı olmayan bir fazlalığa sebep olduğundan, faiz yasağı ile çelişir ve bu şarta uymamak gerekir.¹⁵⁸

Mebû'in alıcının bulunduğu yere nakliye edilmesi şartıyla satışı, nakliye ücreti ayrıca belirlenmemişse fâsittir. Çünkü ödenecek bedelde satış ve nakil ücretleri karışmış ve "bilinmezlik" oluşmuştur. Bu durumda, İslâm hukukunda geçerli olmayan "bir akit içinde iki akit yapılmasına" sebep olur. Fakat nakliye ücreti ayrıca belirlenir veya ücretsiz taşıma yapılırsa akit geçerli olur.¹⁵⁹

Mebû'in teslim yerinin akit sırasında bulunduğu yer olduğu taayyün ettikten sonra müşterinin evine taşınması şartı da fâsittir ve akdi de fâsit hale getirir.¹⁶⁰

Taraflar teslim yerini açık veya örtülü (dolaylı) yoldan kararlaştırabilirler. Akit sırasında teslim yerinin söz veya yazı ile ifade edilmesi, bir tarafın yaptığı teklifin karşı tarafça kabulü açık olarak kararlaştırmaya örnektir.

Teslim yerinin dolaylı olarak tayini ise akdin yapıldığı yerdeki örf ve adetten ya da satılan malın mahiyetinden anlaşılır. Örneğin istisnâ' yani ısmarlama yoluyla yaptırılan bir mobilyanın müşterinin evinde teslimine dair örf varsa teslimin müşterinin evinde yapılması gerekir. Bazen mebû'in mahiyeti de teslim yerinin belirlenmesinde

¹⁵⁷ Aybakan, *age.*, s. 138.

¹⁵⁸ Nevevî, *Ravza*, III, 254; Şirbînî, *age.*, II, 137; Aybakan, a.y.

¹⁵⁹ Döndüren, *age.*, s. 256, 257.

¹⁶⁰ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 30; İbn Âbidîn, *age.*, V, 216; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, I, 230.

önemli rol oynar. Örneğin belli bir arazi üzerinde yapılacak bir inşaatın teslim yerinin o arazi olacağı açıktır.¹⁶¹

(2). Selem Akdinde

Fıkıh kitaplarında mebî'in teslim yeri mevzusunun üzerinde en çok durulduğu yer selem akdidir. Bilhassa Ebû Hanîfe'nin teslim yerinin belirlenmesini selemde şartlarından kabul etmesine karşın iki talebesinin bunu gerekli bulmaması, Hanefiler kadar diğer mezhepleri de konu ile ilgili tartışmalara çekmiştir.

İslâm hukukçuları, selem akdi yapılırken akit konusunun (müslemün fih) taşınması ücret gerektirmiyorsa teslim yerinin tayininin gerekmediğinde hemfikirdirler. Hanbelî, Mâlikî, Hanefî ve Şâfiîler, teslimin masraf gerektirmediği ve akit yapılan yerin teslimine uygun olduğu durumlarda teslim yerinin akdin yapıldığı yer olacağı görüşündedirler. Fakat bu hukukçulara göre teslim işlemi masraf gerektiriyor veya akit yapılan yer teslim için uygun değilse müslemün fih'in teslim edileceği yer akit sırasında kararlaştırılmalıdır. Böylelikle taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların önüne geçilir.¹⁶²

Hanefilerde nakliyesi masraf gerektiren akit konusunun teslim yerinin belirtilmesi konusunda Ebû Hanîfe ile önde gelen iki öğrencisi İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed arasında önemli görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre bu tür bir malın teslim yerinin akit yapılırken belirtilmesi gerekir. Çünkü Ona göre selemde mebî'in teslimi derhal gerekmediği için akdin yapıldığı yer kendiliğinden ifa mekânı olarak taayyün etmez. Ayrıca denizde seyir halindeki bir gemide yapılan selemde teslim yerinin akit yeri olmayacağı da açıktır. Bunun gibi sebeplerle selemde teslim yerinin akit sırasında tayini gerekir. Şayet teslim yeri tayin edilmez ise bu bilinmezlik tarafları çekişmeye götürür. Ticarî malların değeri, buldukları yer ve piyasalara göre değişebilir. Müşteri teslimin, kendisine taşıma ücreti gerekmediği ve ürünün değerinin yüksek olduğu yerde teslimini isterken, satıcı da aksini isteyebilir ve bu da çekişmeye

¹⁶¹ Tunçomağ, *age.*, s. 676, 677.

¹⁶² Buhûfî, *Keşşâf*, III, 306; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 204; Semerkandî, *age.*, II, 13; *el-Feteva'l-Hindiye*, III, 184; Nevevî, *Ravza*, III, 253.

yol açar. Bu sebeple teslim yerinin tayin edilmemesinden doğan bilinmezlik, selem yapılan şey veya bedelin sıfatındaki bilinmezlik kadar ciddi olup akdin fesadını gerektirir.

Hanefî mezhebinde Ebû Hanîfe'nin bu görüşü tercih edilmiştir.

İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise teslim yeri kararlaştırılmamışsa selem akdinin yapıldığı yer teslim yeri olur. *Nitekim herhangi bir malın satımında mebî'in teslim yeri akit meclisidir.* Çünkü mebî'i teslim borcu akitten doğar. O halde borcun, doğduğu yerde ifası gerekir. Selemde de mebî'i teslim borcu akitten doğduğundan, akdin yapıldığı yer teslim yeri olarak taayyün eder yani kendiliğinden ifa mekânı haline gelir. Yine karz, gasp ve istihlak durumlarında da teslim yeri bu tasarrufların yapıldığı yer olur. Eğer akit dağ başı veya hareket eden bir vasıta gibi teslimin mümkün olmadığı bir yerde yapılmışsa teslimat, mümkün olan buralara en yakın yerde yapılır.¹⁶³

Görüldüğü gibi tartışmanın odak noktası akdin yapıldığı yerin kendiliğinden ifa mekânı olup olmamasıdır. Delillere bakıldığında Ebû Hanîfe'nin gerekçelerinin daha ikna edici olduğu görülür. Çünkü akdin yapıldığı yer ifa için müsait olmadığında ortaya çıkan bilinmezlik, taraflar arasında ciddi çekişmeye yol açacak şekildedir. Ayrıca Kâsânî, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne "akdin gerçekleşmesinin yer ile değil akdi yapan taraflar ile kâim olduğu" itirazını yapar. Ona göre mekân konusunda akdin yapıldığı yer değil akit yapanların bulunduğu yer önemlidir.¹⁶⁴ Kâsânî'nin bu tahlili günümüzde özellikle farkı mekânlarda bulunan kişilerin telefon, faks, internet gibi vasıtalarla yaptıkları akitlerde ifa mekânının neresi olacağı hakkında da aydınlatıcı olmaktadır. Bu tür vasıtalarla yapılan akitlerde teslim yeri olarak taayyün olacak bir akit meclisinden bahsedilemez. Örneğin alıcı Türkiye'de satıcı A.B.D.'de ise ve de teslim yeri de kararlaştırılmamışsa imameyne göre ifa kimin yerinde olacaktır?

¹⁶³ Bâbertî, *age.*, VII, 90 vd.; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VII, 88, vd.; İbn Âbidîn V, 215, 216. *Mecelle'* de Ebû Hanîfe'nin görüşü kurallaştırılmıştır (m. 386). Serahsî, İmâmeyne ait görüşün aynı zamanda Ebû Hanîfe'nin ilk görüşü olduğunu aktarır. Serahsî, *age.*, XII, 110.

¹⁶⁴ Kâsânî, *age.*, V, 213.

Sonuç olarak Ebû Hanîfe'nin içtihadının tercihinin daha isabetli olacağı ortaya çıkmaktadır.

Hanefilere göre taşınması masraf ve külfet gerektirmeyen malların teslim yerinin belirlenmesi şart olmayıp bu durumda ifa yeri ile ilgili iki görüş vardır: Birincisine göre akit meclisi teslim yeri olur. Tercih edilen ikinci görüşe göre ise teslim akit yapılan yere bağlı değildir, satıcı malı istediği yerde teslim edebilir. Bununla beraber genel kurala göre eğer teslim için bir yer kararlaştırılırsa teslim bu yerde yapılmalıdır.¹⁶⁵

Şâfiî mezhebinde de tercih edilen görüş, akdin yapıldığı yerin teslimine uygun olmadığı veya taşınması için ücret gerektiği durumlarda ifa yerinin belirtilmesi gerektiği doğrultusundadır. Çünkü teslim yerinin farklı olması nakliye ücretine etki eder ve bilinmezlik oluşturur. Bu bilinmezlik de akit batıl eder. Eğer akit yeri teslimine uygunsa veya taşıma için ücret gerekmiyorsa teslim yerinin tayinine gerek yoktur. İfa yeri örfe göre akit meclisi olur. Yine yalnızca Şâfiî fakihlerinin kabul ettiği peşin selemde farklı bir yer tayin edilmemişse akit meclisi teslim yeridir. Teslim için büyük bir şehir söylenmişse malı müşterinin evine kadar getirmeye gerek yoktur, şehrin girişinde teslimat yapılması ifa için yeterlidir. İfa için belirlenen mekân harap olmuşsa teslimin mümkün olan buna en yakın yerde yapılması gerekir.¹⁶⁶

Hanbelîlere göre de teslim yerinin belirtilmesi gerekli değildir. Çünkü Hz Peygamber'den bu konu ile ilgili bir hüküm nakledilmemiştir. Ayrıca selem bir muâvaza akdi olduğundan, ifa mekânı konusunda teslim yerinin belirtilmesinin gerekli olmadığı diğer eşyaların satışı ile aynı hükümdedir. İfanın akdin yapıldığı yerde yapılmasına gayret gösterilir. Ancak akit çöl, dağ başı, deniz gibi ifanın mümkün olmadığı yerlerde yapılmışsa bilinmezlik oluşacağından tıpkı vade gibi teslim yerinin de sözlü olarak kararlaştırılması gerekir. Taraflar razı olurlarsa teslim için bir başka yeri

¹⁶⁵ İbnu'l-Hümâm, *age.*, 90, 91; İbn Âbidîn, *age.*, V, 216.

¹⁶⁶ Nevevî, *Ravza*, III, 253, 254; Şîrâzî, *age.*, II, 77; Şîrbînî *age.*, II, 137. Diğer görüşler için bkz. Nevevî, a.y.

Hanefiler de şehrin herhangi bir yerinde teslim konusunda Şâfiîlere katılırlar. Onlara göre bir şehrin mahalleleri arasında değer farkı olmaz (*Zeylâî, Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 117; Haskefî, *age.*, V, 216). Fakat İstanbul, Ankara gibi semtleri arasında ciddi değer farkı oluşacak derecede büyük şehirlerde bu görüşün tatbiki isabetli görünmemektedir.

kararlaştırabilirler. Ancak müşterinin bu yere nakliye için ayrıca ücret ödemesi caiz değildir.¹⁶⁷

Mâlikîlere göre de teslim yerinin belirtilmesi şart değildir fakat tavsiye edilir. Eğer ifa mekânı olarak bir yer belirlenmemişe teslim, akdin gerçekteşiği yerde yapılmalıdır. Bununla beraber ifa yeri konusunda örfün de belirleyiciliği vardır.¹⁶⁸

Zâhirîlerden İbn Hazm'a göre ise tarafların selemde teslim yeri tayin etme hakları yoktur. Üstelik böyle bir şart koşulması da akdi ifsat eder. Teslim yeri, selem akdini yapanların buldukları yerdir.¹⁶⁹ Zeydîlere göre taşıma için ücret gereksin veya gerekmesin, taraflar meclisten ayrılmadan önce teslim yerini tayin etmelidirler.¹⁷⁰ Câferîlere göre teslim yerinin belirtilmesine gerek yoktur. Fakat isterlerse kendi aralarında kararlaştırabilirler.¹⁷¹

2. *Teslim zamanı*

Akit ile mülkiyeti satıcıdan alıcıya geçen mebî'in ya akdi müteakiben ya da selem ve istisnâ' akdinde olduğu gibi vadesi geldiğinde teslim edilmesi gerekir. Bu durumda mebî'in teslim zamanı ya akit sırasında peşin (muaccel) veya akitten sonraki bir tarihte vadeli (müeccel) olarak iki şekilde olmaktadır.

a. *Mebî'in akit sırasında teslimi*

Şartlarına uygun olarak yapılmış bir satım akdinde, mebî'i teslim borcu muaccel olarak doğar. Bey akdi, mal ve bedelin karşılıklı temlik ve teslimini doğuran bir muâvaza akdidir ve mutlak olarak yapıldığında mebî'in müşteriye derhal teslimini gerektirmektedir. İşte bu nedenle ayn olan mebî'in teslimini geciktirecek şartlar, akdin bu muktezasına aykırı olduğundan akdi ifsat eder. Fakat deyn niteliğindeki mebî'in ki

¹⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 414, 415; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 306.

¹⁶⁸ Kadı Abdülvehhâb, *el-Maûne*, II, 24; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, I, 178; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 204. Abderî, *et-Tâc*, IV, 541.

¹⁶⁹ "Çünkü teslim yeri şartı ile ilgili naslarda bir hüküm yoktur." İbn Hazm, *age.*, IX, 110.

¹⁷⁰ İbnu'l-Murtazâ, *Ğaysü'l-Midrâr*, VI, 577, 578.

¹⁷¹ Hillî, *age.*, I, 189, 190.

bu da selem akdinin konusu olan maldır, teslimi vadeye bağlanabilir.¹⁷² Karşılıklı bedellerden önce semenin teslimi gerekli bulanlara göre, akit ile mebî'in tesliminin arasına, yalnızca bedelin ödenmesi girebilir.¹⁷³ Sonuç olarak aksine bir kayıt yoksa satım akdinin gerektirdiği her iki borçta da akdin akabinde sırayla ifa edilmelidirler.

Selem ya da istisnâ' akitleri dışındaki satışlarda, mebî'in tesliminin muaccel olması gerektiğini gösteren bir kanıt da, müşterinin borcunu ödedikten sonra malın kabzına hak kazanmasıdır. Müşteri bedeli ödeyince satıcının malı hapis hakkı sona erer. Artık satıcının malı alıkoyma yetkisi yoktur.

Yine mebî'de kabz öncesinde meydana gelen zararlardan prensip olarak satıcı sorumlu olduğundan, başkasının malını elinde tutma zorunluluğu olmayıp malı teslim etmesi kendi yararınadır. Özellikle bedeli tahsil ettikten sonra tazmin sorumluluğundan kurtulmak için malı derhal teslim etmelidir.

T.B.K.da mutlak olarak yapılan akdin doğurduğu borcun peşin ödenmesi gerektiği şu maddelerde hükme bağlanmıştır:

Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir (m. 74).

Müşteri bey'i akdinde mukarrer olan surete tevfikan semeni eda ve kendisine mukarrer olan şartlar dairesinde arz edilen mebî'i kabzetmekle mükelleftir. Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise kabzın derhal vukuu lazımdır (m. 208).

b. Mebî'in akitten sonraki bir tarihte teslimi

Bazı özel akit çeşitlerinde akit konusunun teslimi belirli bir süre sonra yapılır. Bunlar selem ve istisnâ' akitleridir. Bunların ortak özelliği her iki akitte de mebî'in akit yapılırken mevcut olmamasıdır.

¹⁷² Kâsânî, *age.*, V, 156, 174; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 98; Nevevî, *Ravza*, III, 254. Tesûlî, *el-Behce*, II, 14. Hanefîler, satıcının mebî'in teslimi erteleme şartını fesat sebebi olarak görürler. Çünkü hazır ve muayyen mebî'in tesliminin ertelenmesinin bir faydası olmadığı gibi, malı elinde tutan satıcının mala gelecek hasarı tazmin etme ve zarara uğrama riski de vardır. İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 412.

¹⁷³ Peşin satışta karşılıklı borçların ifasına Hanefî ve Mâlikîlere göre mutlak olarak, Şâfiîlere göre ise satıcı alacağını tahsil edememe endişesi taşıdığı anda önce bedelin teslim edilmesi ile başlanılır. Bkz. II. Bölüm, Satıcının Malı Hapis Hakkı.

Selemede vade ile ilgili durumlar iki başlık altında toplanabilir. Bunlar selemin vadeli olarak yapılması ve bu vadenin de belirlenmesidir. Müslemün fih'in teslim edileceği tarihin taraflarca belirlenmiş olması gerektiği hakkında bütün İslâm hukukçularının görüş birliği vardır.

(1). Selem akdinin vadeli olarak yapılması

Şâfiîler haricindeki İslâm hukukçularına göre, müslemün fih yani selem akdinin konusu olan malın teslimi müeccel ve teslim zamanı da belirlenmiş olmalıdır. Aksi halde selem akdi geçerli olmaz. Cumhuriyetin bu görüşünün delilleri şunlardır:¹⁷⁴

- Hz Peygamber “*Kim selem yapacak olursa ölçüsü belli, tartısı belli, vadesi belli olarak yapsın*”¹⁷⁵ buyurmuştur. Bu hadiste ölçü ve tartı gibi vadenin de bilinmesi şart koşulmuştur. Demek ki selem vadeli yapılmalıdır.

- Seleme izin verilerek, insanlar için henüz var olmayan şeyin satışı için kolaylık tanınmıştır. Kişi selem yaparken, o an teslimine gücünün yetmediği mal üzerine akit yapar. İşte bu bir kolaylıktır. Yine bir hadiste “*Hz. Peygamber kişinin kendi yanında olmayanı satmasını yasakladı fakat seleme ruhsat verdi*”¹⁷⁶ buyrulmuştur. Selem peşin yapılırsa kolaylık olmasının anlamı kalmayıp, mebî'in teslimine de güç yeteceği için ruhsat kalkar ve selem akdi de caiz olmaz.

- Peşin selem, tarafları sonu akdi feshetmeye varacak derecede çekişmeye götürür. Çünkü satıcı gücü yetmediği halde, müşteri tarafından derhal teslim zorlanabilir.

- Selemin peşin yapılması, akdi kelime anlamından uzaklaştırır. Çünkü selem veya selef sözlük anlamı olarak bedellerden birinin peşin, diğerinin vadeli yapılmasını ifade eder.

İmam Şâfiî ise selemin peşin olarak da yapılabileceği görüşündedir. Ona göre peşin selem yapmak, garar unsurunu taşımadığı için vadeli seleme göre daha güvenlidir.

¹⁷⁴ Serahsî, *age.*, XII, 108; Kâsânî, *age.*, V, 212; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VII, 82; Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 24; İbn Rüşd, *age.*, II, 203; İbn Kudâme, *age.*, VI, 402.

¹⁷⁵ Buhârî, Selem, 1, 2, 7; Müslim, Mûsâkât, 128.

¹⁷⁶ Tirmîzî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20; Nesâî, Buyû, 60.

Öyleyse peşin selem vadeli selemden daha öncelikli olarak caizdir.¹⁷⁷ Şâfiîler bu gerekçeye ek olarak, satım akdinde tarafların anlaşmasına göre bedel gibi mebî'in tesliminin de peşin veya vadeli olarak yapılabileceğinden hareketle, selemin de bir satış çeşidi olduğundan mebî'in peşin olarak tesliminin mümkün olduğunu söylerler. Öyle ki akit sırasında selemin peşin veya vadeli olarak yapıldığına dair bir kayıt konulmazsa, tıpkı mutlak satışta bedelin muaccel olduğu gibi müslemün fih'in de muaccel olduğu kabul edilir.¹⁷⁸

Delillere bakıldığında cumhurun görüşlerinin daha isabetli olduğu görülmektedir. Çünkü seleme ruhsat verilmesinde satıcıya kolaylık tanıma amacı bulunmaktadır. Peşin yapılması sebebiyle satıcıyı akit konusunu derhal teslimine zorlamak bu amaçla çelişmektedir. Selemi bedel ve mebî'in peşin olarak tesliminin yapıldığı satım akdi ile karşılaştırmak ise uygun değildir. Çünkü selemin hususî konumu ile özel bir anlam taşıdığı bütün İslâm hukukçuları tarafından bilinmektedir. Akit konusunun peşin olarak teslim edilmesi selemin taşıdığı bu özel anlam kaybolur ve peşin satıştan farkı kalmaz.

(2). Selem akdinde vadenin tayini

İslâm hukukçuları müslemün fih'in vadeli olarak satışının yapıldığında teslim süresinin belli olmasını gerektiğini, aksi takdirde selem akdinin geçersiz olacağını açıkça ifade etmişlerdir.¹⁷⁹ Çünkü gerek “*Ey iman edenler! Belli bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman onu yazın*”¹⁸⁰ ayetinde, gerekse Hz Peygamber'in, “*Kim selem yapacak olursa ölçüsü belli, tartısı belli, vadesi belli olarak yapsın*”¹⁸¹ hadisinde, selem konusunun teslim tarihinin belirli olmasına vurgu bulunmaktadır.

Selemde vadenin asgari süresi hakkında mezhepler arasında olduğu kadar bu mezheplerin kendi içlerinde de farklı görüşler vardır. Tercih edilen içtihatlarla göre müslemün fih'in teslim edileceği asgari süre Hanefîlerde ve Hanbelîlerde bir ay,

¹⁷⁷ İmam Şâfiî, *age.*, IV, 192.

¹⁷⁸ Mâverî, *age.*, V, 395, 396; Râfiî, *el-Azîz*, IV, 396.

¹⁷⁹ Kudûrî, *age.*, s. 88; Şîrâzî *age.*, II, 76; Karâfi, *age.*, V, 253, 254; Merdâvî, *el-İnsâf*, XII, 263, 264.

¹⁸⁰ Bakara, 2/282.

¹⁸¹ Buhârî, Selem, 1, 2, 7; Müslim, Müsâkât, 128.

Mâlikîlerde teslim akdin yapıldığı yerde yapılacaksa on beş gün, başka bir yerde yapılacaksa bu yer ile akdin yapıldığı yer arasındaki yolculuk süresi kadardır. Şâfîiler ise peşin selami caiz gördüklerinden asgari süre ölçüsü belirtmemişlerdir.¹⁸²

Mezheplerde asgari süre ile ilgili olarak tercih meşhur olup tercih edilen bu görüşlerin yanında tarafların serbest iradelerinin¹⁸³ ve örfün¹⁸⁴ de belirleyici olacağı hakkında görüşler de vardır. Kanaatimizce bu görüşler de dikkate alınmalıdır. Çünkü konu ile ilgili açık bir nass bulunmadığından, görünüşe göre fukahâ süre konusundaki ölçüleri tespit ederken yaşadıkları zaman ve mekânın örfünden hareket etmişlerdir. Bunun için selemde asgari sürenin sınırlanmasında piyasa şartları, malın cinsi, içinde bulunulan yer ve zaman da dikkate alınabilir.

Selemin geçerli olması için vadenin net bir şekilde tayin edilmesi de gerekir. Örneğin bir ay, doksan gün, bir yıl veya belli bir takvim günü gibi süreler ve tarihler üzerinde anlaşılmalıdır. Güz başlangıcı, yaz sonu gibi mevsimsel dönemler veya ürünlerin toplanma zamanı gibi tarihi belli olmayan vakitler, teslim zamanı olamaz. Çünkü bunlar tahmin edilenden önceye veya sonraya sarkabilir ve taraflar arasında anlaşmazlığa yol açarlar.¹⁸⁵

Mâlikîler ise çoğunluğun aksine, teslim tarihi için böyle belirgin olmayan dönemlerinin tayinini geçerli görürler. Onlara göre vade için böyle bir dönem veya devre kararlaştırıldığında bun olaylar çoğunlukla hangi zaman dilimi arasında gerçekleşiyorsa o dilimin ortası alınır.¹⁸⁶ Cumhur ile Mâlikîler arasındaki ihtilaf, bilinmezliğin akde etkisine bakış açılarından kaynaklanmaktadır. Cumhura göre

¹⁸² Serahsî, *age.*, XII, 110; Zeylât, *age.*, IV, 115; İbn Rüşd, *age.*, II, 203; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 299.

¹⁸³ Hanefîlerden Kerhî, süre belirleme yetkisinin taraflara ait olduğunu ve teslim süresini yarım gün olarak bile tayin etseler geçerli olacağını söyler. Kâsânî, *age.*, V, 213.

¹⁸⁴ Mâlikîlerden Bâcî, süreye dair mezhebindeki içtihatların farklı olmasında örfün etkisi olduğuna dair bir görüşü aktarır. Buna göre asgarî süre konusundaki değişik ölçüler, fukahânın yaşadıkları yerlerdeki piyasa şartlarının farklı olmamasından kaynaklanmıştır. Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 306. Bu tespiti sadece Mâlikîler için değil, genelleme yoluyla diğer mezheplerdeki farklı görüşlerin sebebi olarak da görmek mümkündür.

¹⁸⁵ İbn Kudâme, *age.*, VI, 403. Cumhurun bu görüşleri, fıkıh kitaplarının selem ile ilgili bölümde müstakil olarak geçmemektedir. Bu süreler satım akdinde bedelin tesliminde vadeye ait genel ölçülerden çıkarılmaktadır.

¹⁸⁶ İbn-i Rüşd, *age.*, II, 204; Alîş, *Minahu'l-Celil*, V, 357.

bilinmezlik az olsun çok olsun fesada yol açarken Mâlikîlere göre ise az bilinmezliğe müsamaha gösterilebilir.¹⁸⁷

Selemde, akit konusunun teslim zamanı geldiği halde piyasada bulunamaz duruma gelirse Hanefî, Mâlikî, Hanbelî ve tercih edilen görüşlerinde Şâfîlere göre müşteri akdi feshetmek ve bedeli geri almak ile satıcı temin edene kadar beklemek arasında serbesttir. Çünkü akit hala geçerlidir. İmam Züfer, Mâlikîlerden Eşheb, ve bir görüşünde İmam Şâfî ise bu durumda teslim imkânsızlığı sebebiyle akdin infisahına hükmetmişlerdir.¹⁸⁸

B. Teslim Ve Kabz İle İlgili Masraflar

Malın teslimi ve kabzının bazı işlem ve masrafları gerektirmesi bazen kaçınılmaz olur. İslâm hukukunda teslim ve kabz ile ilgili genel kural, satılan malın teslimi ile ilgili masrafların satıcıya, bedelin teslimi ile ilgili masrafların ise alıcıya ait olmasıdır. Fakat bu esaslar düzenleyici hukuk kuralları olup¹⁸⁹ tarafların masraflara kimin katlanacağını kararlaştırmak için anlaşmaları da mümkündür. Bazı durumlarda ise yapılacak işlem ve masrafın kime ait olacağını örf belirler.

Mebû'in teslim ve kabzı ile ilgili masraflara katlanmak aynı zamanda masraf gerektiren bu işlemlerin takip ve sonuçlandırılmasını da beraberinde getirir. Yapılan işlemin ücretini ödeyen taraf, bu harcamanın kaynaklandığı işin düzgün yapılmasını da takip etmelidir. Aksi halde yapılan masrafın bir anlamı kalmaz. Örneğin satılan malın sadece tartma ücretini vermek yeterli olmayıp, tartmanın usûlüne uygun şekilde yapılmasını sağlamak da satıcının borcudur. Nitekim fıkıh kitaplarında teslim ve kabz ile ilgili görevlerden bahsedilirken, ücret kelimesinin yanı sıra ilgili yükümlülükleri kapsayan *mü'net* ve *külfet* kelimelerinin kullanılması, teslim ve kabz gereken işlemlerin yapılmasını da içerir.

¹⁸⁷ Kâsânî, *age.*, V, 212.

¹⁸⁸ Merğînânî, *age.*, III, 72; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VII, 79; Râfî, *age.*, IV, 402.

¹⁸⁹ Bardakoğlu, "Bey", *D.İ.A.*, VI, s. 18.

1. Satıcıya Ait Olan Masraflar

Mebî'in teslimi ile ilgili masrafların satıcı tarafından karşılanması esastır. Çünkü satım akdi malı teslim borcunu satıcıya yüklediğinden, teslimin gerektirdiği işlemlerin külfetine de satıcının katlanması gerekir. Malın ölçülmesi, tartılması, sayılması gibi teslim hazırlama işlemlerini sağlayan işlerin yapılması veya yaptırılması bunlardan kaynaklanan giderlerin karşılanması satıcının borcudur. Bu tür işlemler mebî'i başkalarının hakkı olan diğer mallardan veya kısımlardan ayrılmasını sağlayıp tesliminin tamamlayıcısı olurlar. Bunlar yapılmadan teslim borcunun sağlıklı olarak ifası mümkün değildir. Borcu ifa edecek kişi teslimin onlar olmadan gerçekleşmeyeceği işlemleri de yapmak zorundadır.

Mecelle'de bu husus "*Mebî'in teslimine müteallik masraflar bayie aittir*" (m. 289) ifadesi ile veciz bir şekilde kaideleştirilmiştir.

İslâm hukuku kaynaklarında satıcının malın teslimine bağlı olarak yapması veya yaptırması gereken başlıca işlemler ve katlanmak zorunda olduğu belirtilen masraflar şunlardır:¹⁹⁰

a. Hacim ölçüsü ile ölçülüp satılan malların ölçümünün işlem ve ücreti satıcıya aittir.

b. Ağırlık ölçüsü ile satılan mallarda, malı tartıp veya tarttırıp ücretini de ödemelidir. Örneğin bir gemi yükü kereste satan tüccar tartma işlemini yaptırmak ve ton başına ne kadar tartım ücreti düşüyorsa bunu karşılamak zorundadır.

c. Uzunluk ölçüsü ile satılan malların uzunluğunun ölçümü ve işlemin ücreti de satıcının sorumluluğundadır.

d. Tane ile satılan malların sayım işlemi ve masrafları satıcıya aittir.

¹⁹⁰ Kâsânî, *age.*, V, 243; Bâbertî, *age.*, VI, 262, 263; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 272; Mâverdî, *age.*, V, 228; Râfîî, *age.*, IV, 309; Karâfî, *age.*, V, 125; Haraşî, V, 157; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 144; İbn Kudâme, *age.*, VI, 188; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 283.

Şafiilere göre, akit meclisinde olmayan mebî'in akit (ölçüm) yapılan yere getirilmesi de satıcının borcudur. Ensârî, Zeynüddîn b. Muhammed, *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdı't-Tâlib*, I-IX, thk. M. Tâmir, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001, IV, 219. Mâlikîlere göre, mebî'i ölçme ile ilgili işlemleri üstlenen müşteri, satıcıdan bunun karşılığı olan ücreti talep edebilir. Desûkî, *Hâşiye*, III, 144.

Yukarıdaki sayılan işlemler, satılan malın diğer mallardan ayrılmasını ve bir bakıma da tahliyesini sağlar. Teslimin tamamlayıcısı olan işlemlerin satıcının borcu olması esastan hareketle, menkûl veya gayrimenkûl mebî'in tahliyesi için gereken diğer işlerin de satıcının borcu olduğu söylenebilir. Satılmış olan evin içindeki eşyaların boşaltılması, satılan sadece arazi ise üzerindeki ürünlerin toplanması gibi işlemler bunlara örnek olarak verilebilir. Yine teslimin tamamlayıcısı olarak bazı resmî işlemler de satıcı tarafından yapılmalıdır. Malın satış ve teslimi ile ilgili kanun tarafından satıcıya yüklenen fatura, fiş, garanti, devir v.b. belgelerin düzenlenmesi, araç veya tapu tescil işlemleri ve bu işlemler sırasında gereken vergi, harç ve masrafların karşılanması, resmî usûle uygun olarak satıcı tarafından yerine getirilmelidir.

Fıkıh kitaplarında, teslimin gerektirdiği işlemlerden çok masrafları üzerinde durulmuş olsa da günümüzde bu çeşit işlemler masraflar kadar önem kazanmıştır. Bugünkü hayat eski asırlara göre teknolojik alanda yaşanan gelişmelerin etkisiyle kolaylaşmasına karşın, artan bürokratik işlemler ve ticarî prosedürler sebebiyle zorlaşmıştır. Hatta sadece bu işlemleri yapmak için komisyoncu, danışman, muameleci, müşavir vb. aracı kişi ve kurumlar türemiştir. Özellikle yurtdışı ticarete, nakliye şirketleri gibi hem nakliyeyi hem de gereken diğer işlemleri üstlenen aracı kurumlar olmadan alıcı ve satıcının ticaret yapmaları neredeyse imkânsızdır.

Taraflar belirlememişlerse malın satılması için satıcı ve alıcıya aracılık eden kişilerin ücretlerini kimden alacaklarının tespitinde ilgili yerin örfü esas alınır. Komisyoncu satıcı adına görevli ise satıcı ücretini verir, eğer her iki taraftan da ücret alması örf haline gelmişse hem satıcıdan hem de müşteriden alır.¹⁹¹

Satılan malın paketlenmesi de satıcının yapması gereken diğer bir işlem olarak gösterilebilir. Malın nakliyeye uygun şekilde paketlenmesi teslimin tamamlayıcısı olarak görülebilir. Günümüzde de örf haline geldiği gibi mebî'in taşımaya uygun şekilde ambalajlanması ve paketlenmesi satıcı tarafından yapılmakta ve bu işlemden sonra teslim yapılmaktadır. Üstelik çoğu menkûl eşya da üretim yerinden ambalajlanmış

¹⁹¹ Ali Haydar, *age.*, I, 231, 232.

olarak gelmektedir. Ancak müşteri hediye paketi yapılması gibi mutâd olmayan bir şekil isterse satıcı bunun için ayrıca ücret talep edebilir. Bu tür konularda sorumluluğun kime ait olacağıın tespit ve takdiri için ticarî örf başvurulması gerekmektedir.¹⁹²

2. Müşteriye Ait Olan Masraflar

Satıcının, sattığı malı müşteriye fiilen teslim ettikten veya tahliye ederek malı müşterinin tasarrufuna hazır duruma getirdikten sonraki masraflar kural olarak müşteriye aittir. Çünkü satıcı malı kabza hazır hale getirerek kendisine düşen görevi yapmıştır.

Müşterinin malı kabzetmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan en belirgin işlem, malın nakliyesidir. Daha önce açıkladığı gibi, satılan mal akit sırasında nerede bulunuyorsa orada teslim edilir. Genellikle akdin yapıldığı yer olan mağaza ve market vb. mekânlarda, bazen de depo gibi farklı yerlerde malı müşteriye teslim eden veya yüklemeye hazır duruma getiren satıcının sorumluluğu sona ermiştir. Bundan sonra malın yüklenmesi, nakliyesi, kullanıma hazır hale gelmesi ile ilgili işlem ve masraflar artık müşteriye aittir. Böylece mebî'in nakil ücretini de müşterinin ödemesi gerektiği ortaya çıkar. Zira satıcının borcu olan teslim tamamlanmıştır.¹⁹³

Götürü usulle satılan malların ölçümü gerekmediği ve teslimleri için tahliyeleri yeterli olduğundan, kabzı için gereken ürünlerin toplanması, nakliyesi vb. işler ve masrafları da müşteriye aittir. Ancak bu işleri satıcının yapacağına dair bir şart koşulmuşsa bu takdirde şarta uyulur.¹⁹⁴

İslâm hukukunda, teslim ile ilgili işlem ve ücretlerin satıcıya, kabz ile ilgili olanların da müşteriye ait olması genel kuralının yanında; bu konuda örf, adet ve teâmüllerin de belirleyici olduğu kabul edilmiştir. Akitte malın teslim edileceği yer

¹⁹² *Tüccar arasında örf haline gelmiş olan şey, aralarında kararlaştırılmış gibidir. Mecelle, m. 44.*

¹⁹³ Serahsî, *age.*, IX, 48; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 560; İbn Kudâme, *age.*, VI, 188,

¹⁹⁴ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 30; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 560. İbn Kudâme, *Şemsüddîn, eş-Şerhu'l-Kebir*, XI, 517.

hakkında bir kayıt yoksa taraflar örfе göre üzerlerine düşeni yapmalıdırlar. Eğer direnirlerse örfе uygun şekilde davranmaya zorlanırlar.¹⁹⁵

Bazen satılan malın özelliği nakliye ve sonrasındaki işlemleri kimin üstlenmesi gerektiğini de belirler. Örneğin müşteri tarafından montajının yapılması mümkün olmayan mobilya, elektrikli ev eşyaları gibi malların monte edilip kullanıma hazır hale getirilmesi, genellikle satıcı veya satıcının görevlendirdiği kişiler tarafından yapılır. Bu konuda ya örf bulunmakta veya satıcı rekabet esasının hakim olduğu piyasada müşteri kazanmak için ücretsiz montaj taahhüdü yapmaktadır. Her iki halde de bu sorumluluk satıcıya ait olur.

Masraflarla ilgili bütün bu anlatılan ilkelerin yanında, tarafların akit sırasında teslim ve kabz ile ilgili işlem ve masrafları kimin üstleneceğini kararlaştırma hakkı vardır. Böyle bir kayıt konulması halinde söz konusu şartlar bağlayıcı olur.¹⁹⁶

Teslim masrafları ile ilgili bir diğer ölçü de teslim için yapılması gereken işi yapmaya kimin yetkili olduğudur. Mebî'in, bitişik olduğu şeyden ayrılmasının buna zarar vermesine dair örneklerde görevin satıcıya düştüğü belirtilmektedir. Çünkü alıcı her ne kadar mebî'e malik olsa da malın kendisinin olmadığı satıcıya ait kısımda üstelik ona zarar verici şekilde tasarruf hakkına sahip değildir.¹⁹⁷

¹⁹⁵ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, a.y.; Ali Haydar, *age.*, I, 232.

¹⁹⁶ Ali Haydar, *a.y.*

¹⁹⁷ Kâsânî, *age.*, V, 248.

IV. SATICININ MALI HAPİS HAKKI

Hapis hakkı, satıcının alıcıdan bedeli tahsil edene kadar mebû'î alıkoyup ona teslim etmeme hakkıdır. Bu hak, bedellerin ayn ve deyn olduğu, bir başka deyişle de para karşılığı mal satışında ortaya çıkar.

Satış ile mülkiyeti müşteriye geçmiş olan mebû'î'nin satıcı tarafından müşteriye teslim edilmemesi, ilk bakışta başkasının malını haksız olarak elde tutmak olarak görüldüğünden gayrimeşru bir tasarruf olarak algılanabilir. Fakat satıcının mülkiyetine geçen bedel de müşterinin elindedir. Bunun için satıcı alacağını tahsil etmeden malı teslim etmeyebilir.

Satıcının hapis hakkını kabul eden İslâm hukukçularına göre bu hak akdin gerektirdiği borçlardan bedelin ödenmesinin, mebû'î teslimden daha öncelikli olmasından kaynaklanır. Satıcı hapis hakkını kullanarak alacağını tahsilini güvence altına almak ister. Bu hakkın varlığını prensip olarak kabul etmeyenler dahi satıcının alacağını tahsil edememesinin kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, mebû'î'nin teslimi geciktirebileceğini söylemişlerdir.

İslâm hukukunda hapis hakkının meşruiyeti sadece satım akdi ile sınırlı değildir. Karşılıklı borç doğuran kira, vekâlet, evlenme gibi akit ve tasarruflar sebebiyle sabit olan hapis hakları yanında, araziye gasp edenin ağaç ve bina bedelini alıncaya kadar alıkoyması gibi kanun ve benzeri kaynaklardan doğan hapis hakları da vardır.¹⁹⁸

Hapis hakkı, sahibi olan kişi lehine iki önemli yetki kazandırır:

¹⁹⁸ Cin - Akgündüz, *Türk İslâm Hukuk Tarihi*, II, 312; Bkz. Atar, Fahreddin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, Yıldız Matbaacılık ve Gazetecilik, İstanbul 1990, s. 224, 225.

1. *Malı teslim ve iade etmeme hakkı*: Bu hakka dayanan satıcının bedeli tamamen tahsil edene kadar sattığı malı müşteriye teslim etmeme ve bu durumu defi‘ olarak kullanma imkânı vardır.

2. *Hapsedilen malın paraya çevrilmesi durumunda öncelik hakkı*: Müşterinin iflası veya ölümü halinde, satıcının talebi üzerine hapsedilen mal yetkili makam tarafından satılır ve paraya çevrilir. Satıcının bu para üzerinde diğer alacaklılara göre öncelikli hakkı vardır.¹⁹⁹

A. Hapis Hakkının Dayanağı

Sahih olarak gerçekleşen bir satım akdi alıcının bedeli satıcıya, satıcının da mebî‘i alıcıya teslim etmesi borçlarını doğurur. İslâm hukukçuları arasında karşılıklı borçların birlikte mi yoksa birinin diğerinden önce mi ödenmesi gerektiği tartışılmış ve çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu tartışmaların sonuçları aynı zamanda hapis hakkına dayanak teşkil etmektedir.

Satım akdinde karşılıklı bedellerde ifanın önceliği konusuna, bu borçların cinsi açısından baktığımızda üç durumun söz konusu olduğu görülür:

1. *Her iki bedelin de ayn olması*: Bu durum mukayada veya trampa olarak isimlendirilen ve her iki bedelin ayn yani belirli birer mal olduğu satım akdinde görülür.

2. *Her iki bedelin de deyn olması*: Bu durum karşılıklı bedellerin her ikisinin de deyn yani para olduğu sarf akdinde gerçekleşir.

Bu iki halde bedellerin birlikte teslim edilmeleri gerektiği hakkında İslâm hukukçularının görüş birliği vardır. Çünkü bedellerin cinsleri aynı olduğundan ikisinden birinin önce ödenmesini gerektirecek bir durum söz konusu değildir.²⁰⁰

¹⁹⁹ Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 226.

²⁰⁰ Merğînânî, *age.*, III, 27; Râfî, *age.*, IV, 315; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 147. Hanbelîlere göre müşterinin borcu ayn veya arazi ise hâkim tarafından tarafların mebî‘ ve bedeli teslim etmeleri için güvenilir bir kişi tayin edilir. Bu kişi her iki bedeli kabzedip önce müşteriye mebî‘i sonra satıcıya bedeli teslim eder. Görevli kişinin taraflardan biri borcunu ifa edince diğerini karşı ifaya zorlama yetkisi de vardır. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 188, 286; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 239.

3. *Bedellerden birinin deyn, diğerinin ise ayn olması*: Satım akdinin en yaygın şekli olan para, altın ve gümüş karşılığında mal değişimi yapıldığı bir akitte bedelin teslimi açısından iki şekil vardır: Satış ya bedelin ileriki bir tarihte teslim edilmesi veya peşin ödenmesi üzerine yapılmıştır.

a. Satış bedelinin vadeli olduğu durumlarda satıcının malı hapis hakkı olmadığı hakkında İslâm hukukçuları arasında görüş birliği vardır. Satıcı, vadeli satışa razı olduğundan mebû'î alıkoyma hakkını düşürmüştür. Öyle ki bazı fakihlere göre bedel için tayin edilen süre geldiğinde, müşteri henüz malı kabzetmemiş olsa bile yine de bedeli ödemediği mebû'î kabzedebilir.²⁰¹

b. Satış muaccel yani bedelin peşin verilmesi şartıyla yapılmışsa önde gelen İslâm hukukçuları ikiye ayrılmışlardır. Ayrıntılarda bazı farklılıklar olsa da deyn karşılığında aynın peşin satışı yapıldığında, bir gruba göre önce mebû'in, diğer gruba göre ise önce bedelin teslimi gerekir. Önce mebû'in teslimini gerekli görenler ilke olarak hapis hakkını kabul etmemişlerdir. Önce bedelin teslimini gerekli görenler ise satıcıya alacağını tahsil ile ilgili herhangi çekincesi olmasa bile hapis hakkı tanırırlar.

1. Satıcı için hapis hakkını kabul etmeyenler

Satıcı ve müşterinin mebû'î ve bedeli teslim etmedeki öncelik konusunda çekişmeleri durumunda, öncelikle satıcının mebû'î tesliminin gerektiğini savunanların başında Hanbelîler gelir. Şâfîlilere göre de taraflar arasında hangisinin önce teslim edeceği hakkında çıkan anlaşmazlık mahkemeye intikal etmişse hâkim önce satıcıyı mebû'î teslimine zorlar.²⁰²

Bu grubun görüşlerine destek için getirdikleri deliller şunlardır:²⁰³

²⁰¹ Serahsî, *age.*, XIII, 161; Nevevî, *Ravza*, III, 177; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 240.

²⁰² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 188, 286; Mâverdî, *age.*, V, 307, 308; Şâfîlerde konu ile ilgili üç görüş daha vardır. Birincisine göre hâkim her iki tarafın kendisine ifada bulunmasını ister. Burada tarafların öncelik sırası önemli değildir. İkincisine göre ise ilk ifa konusunda zorlamaz, tercihi tarafların isteğine bırakır ama biri ifa edince diğerini ifaya zorlar. Üçüncüsüne göre de tarafların borçlarını ifa etmesi için güvenilir bir kişiyi tayin eder. Mâverdî, *a.y.*; Râfî, *el-Azîz*, IV, 312.

²⁰³ Râfî, *age.*, IV, 312; İbn Kudâme, *age.*, VI, 286, 287; Merdâvî, *el-İnsâf*, XI, 485 vd.

1- Mebî'in teslimi satım akdinin istikrarı ve tamamlanması için gereklidir. Çünkü bedel, mebî' gibi tayin edilmekle belirli duruma gelmez. Bedelin helâk olmasından kaygı duyulmadığından, satıcının bedel üzerindeki mülkiyeti istikrara sahiptir. Fakat müşterinin mebî' üzerindeki mülkiyeti ise kabzına kadar istikrar kazanmamıştır. Çünkü mebî' bedelin aksine belirli hale gelmiştir. Bu durumda satım akdinin istikrarının sağlanmasının mebî'in kabzına bağlı olduğu ortaya çıkar. Yapılan satışın istikrara kavuşması için satıcı biran önce mebî'i müşteriye teslim etmelidir.

Görüldüğü gibi, Hanbelî ve Şâfiîler bu gerekçeleri ile akit sırasında belirli duruma gelen mebî'in nazik bir konumda olduğunu ve helâkinin akdin infisahına sebep olacağını göz önünde tutmaktadırlar. Bu tehlikeyi bertaraf etmek için de satıcının mebî'i teslimini derhal gerçekleştirmesini isterler.

2- Müşterinin mebî' üzerindeki hakkı bizzat mebî'in kendisine, satıcının hakkı ise müşterinin zimmetine taalluk eder. Bu durumda ayna taalluk eden hakkın, zimmete taalluk eden haktan önce ifa edilmesi gerekir ki, bu da önce mebî'in teslimi ile sağlanır.

Kural olarak önce mebî'in teslimini gerekli gören Hanbelî ve Şâfiîler, özel bazı durumlarda satıcıyı korumak için birtakım tedbirler de düşünmüşlerdir. Örneğin bedeli ödemeyen müşterinin ekonomik koşulları iyi ise ifaya zorlanır, hacr edilebilir veya satıcıya akdi fesih imkânı tanınır. Müşteri ödeme güçlüğü içinde ise satıcının akdi derhal feshedip, mebî'i geri alma hakkı vardır. İbn Kudâme mebî'in önce teslim edilmesi gerektiğine dair görüşleri aktardıktan sonra, bedelin hazır ve müşteriden tahsilinin mümkün olduğu duruma gelinceye kadar satıcının mebî'i tesliminin gerekli olmadığına dair kendi görüşünü de belirtir.²⁰⁴

Şâfiîler ise satıcının ancak bedeli tahsil edememe endişesi varsa mebî'i hapis hakkı olduğunu kabul etmişlerdir.²⁰⁵

²⁰⁴ Râfî, *age.*, VI, 313, 314; İbn Kudâme, a.y.

²⁰⁵ Şafiîlerin, önce satıcının mebî'i teslim etmesi gerektiğine dair görüşlerinden ilk bakışta satıcıya hapis hakkı tanımadıkları sonucu çıkartılabilir. Fakat bu mezhep fakihleri, satıcının peşin satışta bedeli tahsilden önce mebî'i hapis hakkına sahip olduğunu açıkça ifade etmişlerdir. (Mâverdî, *age.*, V, 227; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 326). Nitekim Râfî, çekişme sırasında önce satıcının mebî'i teslim etmesi gerektiğini açıkladıktan sonra bu durumun satıcının hapis hakkı olması kuralı ile tezat teşkil

2. Satıcı için hapis hakkını kabul edenler

Hanefî ve Mâlikîler, bedellerden birinin para diğeri mal olduğu peşin satışta, karşılıklı borçların ifası sırasında önce bedelin teslim edilmesini gerekli görürler ve satıcıya hapis hakkı tanırlar. Hanefîlere göre satıcının bedeli tamamen tahsil etmeden önce hapis hakkı bulunup çok az bir miktar alacağı kalsa bile bu hakkı devam eder. Eğer isterse hapis hakkından vazgeçip önce mebî'î teslim eder ve bedelini de daha sonra talep edebilir.²⁰⁶

Peşin bir satışta önce müşterinin bedeli ödemesi gerektiğini savunan bu grubun delilleri şunlardır:²⁰⁷

- Her iki tarafa da borç yükleyen muâvaza akitleri tabiatları gereği eşitlik gerektirir. Satım akdinin yapılması ile satıcı, malını müşteriye satarak onun mebî'î üzerindeki hakkını belirli hale getirmiştir. Müşteri²⁰⁸ de satıcının bedel üzerindeki hakkını belirli hale getirmelidir. Ancak bedel, akit yapılıncaya mebî'î gibi belirli hale gelmez. Bedelin belirli hale getirilmesi de ancak teslimi ile olur. Bu sebeple ilk ifa müşteri tarafından yapılmalıdır.

- Yine akit ile müşterinin mebî'î üzerinde mülkiyeti oluşup kuvvetlenmiştir. Dengenin sağlanması için satıcının bedel üzerindeki mülkiyetinin de kuvvetlendirilmesi gerekir. Bu da mebî'î den önce teslimi ile olur.

etmediğini açıklamaya çalışmıştır. Râfî'ye göre satıcı bedeli, alıcı da mebî'î elde etmekten korktuğu zaman mebî'î ve bedeli hapis hakkına sahiptirler. Râfî, *age.*, IV, 315.

²⁰⁶ Şeybânî, İmam Muhammed b. Hasan, *Kitâbü'l-Asl*, I-V, thk. Ebü'l-Vefa Efgânî, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1990, V, 297; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 79; Semerkandî, *age.*, II, 40, 41; *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 16; İbn Abdilber, *age.*, s. 330; İbn Cüzey, *age.*, I, 164; Abderî, *et-Tâc*, IV, 512.

²⁰⁷ Serahsî, *age.*, XIII, 161; Kâsânî, *age.*, V, 249; el-Haraşî, *age.*, V, 159; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 147.

²⁰⁸ Serahsî'nin Mabsût isimli eserinin araştırmamızda esas aldığımız Dâru'l-Fikr, Beyrut 1421/2000 baskısında "... satıcı müşterinin mebî'deki hakkını tayin etmiştir, **satıcının** üzerine de düşen satıcının mebî'î üzerindeki hakkını tayin etmektir." metni hatalı yazılmıştır. Doğrusu "**müşterinin** üzerine de düşen satıcının mebî'î üzerindeki hakkını tayin etmektir." olmalıdır. Ulaşabildiğimiz Matbaatü's-Saâde Kâhire, 1331/1912 ile Dâru'l-Kitâbi'l-Arabi, Beyrut, 1402/1982 baskılarında da aynı hata mevcuttur.

- Hz. Peygamber (s.a.s.) “*Borç ödenmelidir*”²⁰⁹ buyurarak genel bir kural koymuştur. Bu kurala göre bedelin teslimi mebî‘in tesliminden önce yapılmalıdır.

- Mebî‘in müşteriye tesliminden önce helâk olması seyrek görülen bir durumdur. Nadir gerçekleşen durumlar ise olmamış gibi kabul edildiğinden, mebî‘in helâki sebebiyle akdin fesholacağı endişesi yersizdir.

- Satıcının bedeli alana kadar mebî‘i elinde tutması, bir açıdan rehin almaya benzer. Çünkü mebî‘ satıcının elinde adeta bedelin ödenmesi karşılığında alınmış rehin gibi durmaktadır.

Hanefilere göre hapis hakkı, satıcının akit meclisine getirip müşterinin kabzına hazır durumda ki mal için söz konusudur. Eğer satılan mal akit meclisinde değilse müşteri mal huzuruna getirilip kabz imkânını elde edinceye kadar bedeli teslim etmeyebilir.²¹⁰ Hanefilerin müşterinin hakkını korumak ile bağlantılı bu yaklaşımları ile Şâfîilerin hakkını elde etmekten korkan tarafın teslimi geciktirebileceğine dair görüşleri bu noktada birleşmektedir.

Diğer mezheplerden Câferîlere göre peşin satışta taraflar mebî‘ ve bedeli beraber teslim ederler. Fakat satıcının bedeli, alıcının da mebî‘i kabz ile ilgili endişeleri varsa hapis hakları vardır. Zeydîlere göre ise önce bedelin teslimi gerekir. Zâhirîlere göre her iki taraf da aynı anda teslim ederler.²¹¹

B. Hapis Hakkının Şartları

Hapis hakkını kabul edenlere göre, satıcının bu hakka sahip olmasının bedel ile ilgili iki temel şartı vardır. Bunlar bedelin deyn niteliğinde olması ve peşin ödenmesinin kararlaştırılmasıdır.

Bu şartlar üzerinde ayrıntılı şekilde Hanefiler tarafından durulduğu için konu bu mezhebin kaynakları merkez alınarak açıklanacaktır.

²⁰⁹ Tirmîzî, *Buyû*, 39, *Vesâyâ*, 5; Ebû Dâvûd, *Buyû*, 90.

²¹⁰ Bâbertî, *Inâye*, VI, 275; Râfî, *age.*, IV, 315.

²¹¹ Hillî, *age.*, I, 171; Âmilî, Muhammed Cevad, *Miftâhü’l-Kerâme fî Şerhi Kavâidi’l-Allâme*, I-XXI, thk. A. Mervareyd, Dâru’t-Tûras, Beyrut 1998, X, 1235-1238; İbn Miftâh, *age.*, VI, 150, 151; İbn Hazm, *age.*, VIII, 409.

1. Bedellerden birinin zimmette borç olması

Satıcının, mebî'î bedelini alıncaya kadar teslim etmeme hakkına sahip olabilmesi için alacağına deyn yani zimmette sabit borç olmalıdır. Eğer mebî'î karşılığında alınacak bedel, mevcut bir mal veya her iki bedelde deyn niteliğinde olursa hapis hakkı oluşmaz. Ayrıca her iki bedelde ayn veya deyn iseler, eşitliğin sağlanması için birlikte teslim edilmeleri gerekir.²¹²

Deyn terimi, kişinin zimmetinde sabit olan namaz, oruç, vb. dinî borçlar ile zekât, nafaka, diyet, semen gibi malî her türlü borçları kapsar. Ancak deyn muâmelât sahasında zimmette olan ve yalnız alacaklıya ait para, mal veya iş borcunu ifade eder. Buradaki mal maddî olmayıp hükmîdir yani soyut bir niteliktedir.²¹³ Bu çalışmada da olduğu gibi, deyn terimi ayn karşılığında kullanıldığında işte bu hükmî mal anlamı kastedilir.²¹⁴ Satıcının hapis hakkına sahip olabilmesi için mebî'î'nin karşılığı olan bedelin de bu anlamda deyn olması gerekmektedir.

Mâlikîler bedelin zimmette borç olması şartına ek olarak nakit para olmasını da gerekli görürler.²¹⁵

2. Bedelin peşin ödenme şartı olması

Satıcının mebî'î hapis yetkisine sahip olabilmesinin ikinci şartı da tarafların satış sırasında bedelin peşin ödenmesi üzerine anlaşmış olmalarıdır. Şayet satıcı vadeli satışı kabul ederse bu yetkisini daha baştan ıskat etmiş olur ve satılan malı vermemezlik yapamaz. Vadeli satışta müşteri, borcunu ödeme zamanı gelmesine rağmen malı hâlâ kabzetmemişse satıcı yine hapis hakkına sahip değildir. Akit sırasında ödenmesi peşin olarak kararlaştırılan bedelin, daha sonra satıcı tarafından ertelenmesi de satışı vadeliye çevirir. Satıcı, ödemenin ötelendiği bu süre gelmeden ve de malı teslim etmeden önce bedeli isteyemez.²¹⁶

²¹² Kâsânî, *age.*, V, 249; İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 283.

²¹³ Aydın, M. Akif, "Deyn", *D.İ.A.*, IX, İstanbul 1994, ss. 266-268, s. 266, 267.

²¹⁴ İbn Âbidîn, *age.*, V, 152.

²¹⁵ Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 147; Sâvî, *Bulğatu's-Sâlik*, III, 200.

²¹⁶ Kâsânî, a.y.

Bedelin bir kısmının peşin, diğer kısmının vadeli olduğu durumda hapis hakkının süresi peşin olan kısım ödenene kadardır.²¹⁷ Buna göre eğer peşinat söz konusu değilse ve ödeme sonraki ay gibi bir tarihte başlıyorsa satış vadeli hükmünde olacağından hapis hakkından söz edilemez. Taksitli satışlarda ise peşinat ödenince hapis hakkı düşer.

Vadeli satışta, bedelin ödenmesi için kararlaştırılan süre geldiği halde müşteri malı kabz olmayıp bedeli de ödemiş ve satıcı da ödeme için ek bir süre tanımış ise bu ek sürenin hesaplanması için iki durum söz konusu olabilir.

- *Belirli bir tarihe kadar erteleme*: Ek süre belirli bir zamana örneğin “Ramazan ayına kadar” diye tayin edilirse bu ayın bitmesi ile borcun muacceliyet kazanacağı hakkında görüş birliği vardır.

- *Belirli bir süre ile erteleme*: Bu şekilde ertelemeye müşteriye tanınan süre için “bir yıl sonra” gibi bir ifade kullanılmıştır. Mutlak olarak söylenen bu tür bir sürenin başlangıç zamanı Ebû Hanîfe ve iki talebesi arasında tartışmalıdır.

İstihsan prensibinden yola çıkan Ebû Hanîfe’ye göre, ek sürenin başlangıç zamanı malın kabzedildiği zamandır. Müşterinin, bedeli ödemek için mebî’i kabzdan itibaren bir yıl daha süresi vardır. Ebû Hanîfe’ye göre süre tanımının amacı, müşterinin borcunu ödemeyi geciktirmesi ile beraber mebî’den faydalanma imkânına sahip olmasıdır. Bu amacın gerçekleşmesi de ek sürenin mebî’in kabzından itibaren başlatılması ile olur. İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise mutlak olarak verilen sürenin akitle başladığı görüşündedirler. Yani iki imama göre satıcının ilave olarak verdiği bir yıl, akit tarihinden itibaren başlatılır.²¹⁸ Kanaatimizce bu konuda örfün de dikkate alınması gerekir.

Hapis hakkı için bedellerin farklı ve peşin satış temel şartlarının yanında, müşterinin herhangi bir muhayyerliğinin olmaması da gerekmektedir.²¹⁹

²¹⁷ *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 16.

²¹⁸ *Serahsî, age.*, XIII, 161, 162; *Kâsânî, age.*, V, 249.

²¹⁹ *İbn Âbidîn, age.*, IV, 560.

C. Hapis Hakkının Düşmesi

Hapis hakkının düşmesine tarafların yaptıkları tasarruflar sebep olmaktadır. Satıcı veya müşteri tarafından yapılan tasarruflar ile ya hapis hakkının dayanağı ortadan kaldırılmakta veya hak sahibi hakkın kullanımından vazgeçmektedir. Her iki sonuca da sebep olan bu tasarrufların bir kısmı bedel, bir kısmı da hapsedilen mal ile ilgilidir.

1. Bedel ile ilgili sebepler

a. Alıcının bedeli ödemesi

Hapis hakkını kabul edenlere göre bu hak, temelde bedelin tahsil edilmemiş olmasına dayanmaktadır. Şu halde müşterinin peşin satışta bedeli tam olarak ödemesinin zorunlu sonucu olarak hapis hakkı düşer ve akit konusunun derhal kendisine teslimi gerekir.

Hapis hakkı bölünme kabul etmediğinden, müşterinin borcunu kısmî ifası bu hakkı düşürmez. Hanefîlerin “satıcının bir dirhem bile alacağı kalsa malı hapsedebilir”²²⁰ ifadesi bu kuralla ilgili mübalağalı bir örnektir. Bir başka örnek ise şudur: Satıcı, her birine farklı fiyatlar tayin ederek birkaç eşyayı bir defada satmışsa, toplam bedeli alıncaya kadar bütün eşyaları alıkoyabilir. Bunun aksine, birkaç eşyayı farklı akitler ile satmış ise hapis hakkı konusunda her akit kendi başına değerlendirilir. Bedeli ödenen akitlerde hapis hakkı düşer.²²¹

Bedeli ödemesi gereken tarafların birden fazla olması halinde bir kısmının borcunu ödeyip diğerlerinin ödememesi de kısmî ifa olarak değerlendirilir. Böyle bir muamele ile karşılaşan satıcı, alacağının tamamını tahsil edinceye kadar malı teslim etmeyebilir. İmam Ebû Yusuf ise borcunu ödeyen kişinin malın payına düşen kısmını alabileceği görüşündedir.²²²

²²⁰ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 331.

²²¹ Bilmen, *age.*, VI, 51-52.

²²² Kâsânî, *age.*, V, 250. Bu durumda ortaklardan birinin diğerine ait borcu ödemesi tartışmalıdır. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre, borcun tamamını ödeyen ortak malı satıcıdan kabzeder ve diğeri payına düşen borcunu kendisine ödeyene kadar malı hapseder. İmam Ebû Yusuf'a göre ise bu ortak borcunu ödemeyen diğeri ortak için teberruda bulunmuştur. (Kâsânî, a.y.).

İfanın kendisi ile yapıldığı şeyin, borca cins, tür, kalite ve miktar bakımından uygun olması gerekir. Eğer borca uygun olmayan bir şekilde ödeme yapılırsa hapis hakkı düşmez.²²³

Fıkıh kitaplarında ifanın yapıldığı şeyin borca uygun olmamasına örnek olarak bedel olarak satıcıya verilen metal paraların başka madenlerle karışık çıkması örnek gösterilmiştir.²²⁴

b. Satıcının müşteriye bedeli ödemesi için ek süre vermesi

Bedelin peşin ödenmesi şartıyla yapılan bir satım akdinde, satıcının akitten sonra müşteriye ek süre tanınması hapis hakkını düşürür. Çünkü satıcı, alıcıya süre tanımakla tıpkı vadeli satışta olduğu gibi malı hapis hakkını ıskat etmiş olmaktadır. Satıcının bedeli kabza ait talep hakkını ertelemesi, müşterinin malı kabz hakkını etkilemeyip ve kullanımını da geciktirmez.²²⁵

c. Satıcının bedeli borçlu olduğu diğer bir kişiye havale etmesi

Hanefî doktrininde havalenin hapis hakkına etkisi ile ilgili görüşleri üç görüş vardır.²²⁶

1. Satıcının müşteriden alacağını, borcu olan bir kişiye havale etmesi ve bu kişinin de havaleyi kabulü ile hapis hakkı düştüğü hakkında ittifak vardır.

2. Satıcının, müşteriden alacağı bedeli şahıs belirtmeden mutlak olarak havalesi ile hapis hakkı İmam Ebû Yusuf'a göre düşer, İmam Muhammed'e göre ise düşmez.

3. Müşterinin borcu için satıcıyı bir başka kişiye havale etmesi halinde, İmam Ebû Yusuf'a göre hapis hakkı düşer. İmam Muhammed'e göre ise düşmez ve satıcı havale edildiği kişi alacağını tahsil edene kadar malı hapsedebilir.

²²³ Aybakan "Hapis Hakkı", *D.İ.A.*, XVI, 65-67, s. 67.

²²⁴ Serahsî, *age.*, XIII, 162; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 564.

²²⁵ Serahsî, a.y.; Kâsânî, *age.*, V, 249, 250.

²²⁶ Kâsânî, *age.*, 250, 251

İmam Ebû Yusuf bu olayda hapis hakkının borcun müşterinin zimmetinde kalmasına bağlı olduğundan hareket etmektedir. Müşterinin havalesi ile zimmeti borçtan kurtulacağından, hapis hakkının bir dayanağı kalmayıp düşer.

İmam Muhammed ise hapis hakkının satıcının bedeli talep hakkına bağlı olduğu görüşündedir. Ona göre, satıcının alacağını borçlu olduğu kişiye havalesi haricindeki havale çeşitleri hapis hakkını düşürmez.

Hanefî mezhebinde İmam Muhammed'in görüşü tercih edilmiş ve *Mecelle*'de de bu görüşe uygun şekilde düzenleme yapılmıştır.²²⁷

d. Satıcının müşteriyi bedelden ibrâsı

İbrâ, hukukî bir terim olarak “zimmette sabit bir hakkın düşürülmesi”²²⁸ anlamına gelmektedir. Hapis hakkı denilince söz konusu olan ibrâ, satıcının mebî'e karşılık olan bedeldeki hakkından vazgeçmesidir.

Satıcının müşteriyi bedelin tamamından ibrâ etmesi, hapis hakkını düşüren tasarruflardandır. Hapis hakkı satıcıya müşteriden bedeli alabilmesi için tanınmıştır, alınacak bedel olmayınca malı alıkoymanın da bir anlamı kalmamaktadır.²²⁹

İbrânın hapis hakkını düşürmesi için bedelin tamamını kapsamaması gerekmektedir. Peşin satışta bedelin bir kısmının tahsili hapis hakkını düşürmediği gibi, bedelin bir kısmı için yapılan ibrâ da hapis hakkını düşürmez. Hapis hakkının bölünmeyi kabul etmemesi burada da ortaya çıkmakta, ıskat edilmemiş bedelin az bir kısmı ödenmemiş ise hak varlığını korumaktadır. Örneğin bir satışta ayrı fiyatlar belirlenerek iki parça mal satılsa ve satıcı bunlardan birinin bedelinde ibrâ yapmış olsa dahi hapis hakkı her ikisi için de mevcuttur.²³⁰

²²⁷ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VII, 223. *Semen-i mebî'i almak üzere bayi' bir kimseyi müşteri üzerine havale ederse hakk-ı habsini ıskat etmiş olur ve bu suret de hemen mebî'i müşteriye teslim etmesi lâzım gelir.* m. 282

²²⁸ Kal'acî, - Kanîbî, *Mucemu Luğatil'-Fukahâ*, s. 38

²²⁹ Kâsânî, *age.*, V, 250.

²³⁰ Kâsânî *a.y.*; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 564.

2. Mal ile ilgili sebepler

a. Satıcının bedeli kabzetmeden önce malı müşteriye teslimi

Satıcı, peşin satışta bedeli almadan önce mebî'î müşteriye teslim ederse kendi isteği ile hapis hakkından vazgeçmiş olur. Bu durumdaki hapis hakkı tekrar kazanılmamak üzere düşer. Yani satıcı daha sonra müşterinin borcunu ödememesini gerekçe göstererek, malı hapsedmek için geri isteyemez.²³¹

b. Satıcının malı müşteriye emanet ve ödünç olarak vermesi

Satıcının, mebî'î müşteriye emanet veya ödünç vermek ile teslim etmiş sayıldığı hükmüne kabz şekilleri açıklanırken değinilmişti. Hanefilerde tercih edilen içtihadı göre bu tasarruflarla aynı zamanda hapis hakkı da düşer. Müşteri zaten mebî'in maliki olduğundan, bu tür işlemler sonuçta malın müşteriye tesliminden başka bir şey değildir. Fakat İmam Ebû Yusuf'a göre ise bu tasarruflar satıcının mebî'î hapis ve geri isteme haklarını düşürmez. Çünkü emanet ve ödünç verme işlemleri bağlayıcı değildir. Nitekim aynı durum rehin alanın rehin aldığı şeyi, rehin verene ödünç vermesi veya emanet etmesinin rehin üzerindeki hapis hakkını düşürmemesinde de görülür.²³²

Mebî'in müşteri tarafından satıcıya ödünç bırakılması veya emanet edilmesi ise kabz ifade etmediğinden hapis hakkı varlığını korumaktadır. Çünkü satıcı mebî'in asaleten zilyedir, başkasının (müşterinin) adına vekâleten zilyet olması mümkün değildir. Aynı zamanda satıcının malı hapsi, kendisi için yaptığı bir tasarruftur, başkası için emanet veya ödünç alması bu tasarrufun yerini alamaz.²³³

c. Satıcının malın kabzına izin vermesi

Satıcı peşin satışta bedeli almadan müşteriye mebî'î kabzetmesi için izin verirse hapis hakkını kaybeder.

²³¹ *Mecelle*, m. 281. Satıcı, küçük çocuğun velisi olsa bile aynı hükümler geçerlidir. Ali Haydar, *age.*, I, 228.

²³² Kâsânî, *age.*, V, 251; İbn Nüceym, *el-Bahru'r- Râik*, V, 331; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 561.

²³³ Kâsânî, *age.*, V, 246, 251.

Satıcının, müşterinin mebî'î kabzına izin vermesi iki durumda gerçekleşir.²³⁴

- Satıcı müşteriye malı kabzetmesi için izin verir. Bu izin sözlü olarak açıkça verilebildiği gibi, görüp de engel olmamak gibi dolaylı yoldan da verilmiş olabilir.

- Müşteri izinsiz olarak satın aldığı malı kabzetmiştir. Satıcının bu durumda malı geri alma ve hapis hakları olmasına karşın, bu haklarını kullanmayıp kabzı onaylarsa bu hakları da geri gelmemek üzere düşer.

Müşterinin, izinsiz olarak kabzettiği malda yaptığı feshi kabil tasarruflar ise hapis hakkını düşürmez. Örneğin müşteri izinsiz kabzettiği malı başkasına satar veya hibe ederse satıcı bu tasarrufları feshedip mebî'î de geri alabilir.²³⁵

Müşterinin satıştan doğan borcuna karşılık rehin vermesi veya kefil göstermesi hapis hakkına etki etmemektedir. Çünkü rehin ve kefalet akitleri borç için teminat göstermeye yönelik tasarruflardır. Satıcının bedeldeki hakkı ise borcun ödenmesidir, borca teminat göstermek ödenmesi yerine geçmez.²³⁶

Hapis hakkı ile bağlantılı olarak tartışılan diğer bir konu da müşterinin malı kabzedip, bedeli ödmeden önce iflası ya da ölmesi durumunda satıcının diğer alacaklılara göre önceliğidir. Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikîlere göre mal aynen duruyorsa satıcı bu malı alabilir ve bu konuda öncelik ona aittir. Hanefîlere göre ise sadece müşteri malı izinsiz kabzetmişse satıcının bu malda önceliği vardır.²³⁷

²³⁴ *el-Fetevâ'l-Hindîyye*, III, 17, 23; Ali Haydar, *age.*, I, 228.

²³⁵ Şeybânî, *age.*, V, 300; Kâsânî, *age.*, V, 251.

²³⁶ İbnu'l-Hümâm, *age.*, VI, 273; Ali Haydar, a.y.

²³⁷ Atar, *age.*, s. 337, 338.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MALIN KABZININ HUKUKİ ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK

Satım akdi ile her ne kadar mebû'ın mülkiyetine sahip olursa da bu kabzdan önce bu mülkiyet, zilyetlik altında olan mülkiyete göre iki temel hususta eksiklik taşımaktadır: İlk olarak kişi kabzetmediği malda elinin altındaki mal gibi tasarruf edebilme imkânına sahip değildir. İkincisi ise kişinin zilyedi olduğu maldaki hasar sorumluluğu, henüz kabzetmediği malında bulunmamaktadır.

O halde akit konusunun satıcı tarafından teslimi veya müşteri tarafından kabzının gerçekleştiği sürecin akabinde iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunlar müşterinin satın almış olduğu malda tasarruf yapma serbestliğine kavuşması ve akit konusunun tazminini ile ilgili sorumluluğun satıcıdan alıcıya geçmesidir.

Bu bölümün ana konuları kabzın, mebû' üzerindeki yeni tasarruflara ve tazmine etkisidir. Birbirleriyle önemli derecede bağlantılı olan bu konulardan öncelikle kabzdan önce mebû' üzerindeki tasarruflar sonra da kabz öncesi ve sonrasında mebû' üzerindeki tazmin sorumluluğu incelenecektir.

Bu iki önemli sonucun yanında kabzın bir başka etkisi de malı kabzedene müşterinin vadeli de olsa borcunun kesinleşmesine sebep olmasıdır.¹

¹ Kâsânî, *Bedâi*, V, 239.

II. KABZIN YENİ TASARRUFLARA ETKİSİ

İslâm hukukunda kabzın yeni tasarruflara etkisi, daha çok mebî'in kabz öncesi satışı açısından incelenmiştir. Konu ile ilgili hadislerde satın alınan malın kabzedilmeden önce satışının konu edilmesi, hemen hemen her mezhebe ait eserlerde “kabz öncesi satış”, “kabzedilmeyenin satışı” şeklinde başlıklar açılmasında etkili olmuştur.

Fukahânın, kabz öncesi satışta hareket noktası olan hadislerin ortak olmasına rağmen içtihatlarında çok farklı sonuçlara ulaştıklarını görmekteyiz. Farklı görüşler yalnızca mezhepler arasında kalmayıp bazen bir mezhepte bile aynı konuda değişik görüşlere rastlamak mümkündür. Satın alınan malda kabz öncesi tasarruflar hakkındaki delilleri ele almadaki farklılıklar ve bunlara değişik açılardan bakılarak ulaşılan neticeler, İslâm hukukçularının içtihat zenginliği gösteren özel örneklerden sayılabilir.

Bu konu incelenirken öncelikle ilgili görüşler ve deliller sıralanıp sonra da bunların değerlendirmesi yapılacaktır. Mezheplerin görüşlerini açıklarken de kabz öncesi satışın çerçevesini en geniş tutanlardan, mevzua en dar şekilde bakanlara uzanan bir çerçevede benzer delillerin nasıl farklı yorumlandığını göstereceğiz. Çalışmamızın asıl konusu satılan mal üzerindeki tasarruflar olmasına rağmen, satım akdi haricinde sahip olunan şeyler üzerindeki kabz öncesi tasarruflara da yeri geldikçe temas edilecektir.

A. Mebî'de Kabz Öncesi Tasarruflar Hakkındaki Görüşler

İslâm hukukçuları, Hz Peygamberin özellikle yiyecek maddelerinin kabzedilmeden satışını yasaklayan hadislerini bu konuda nass olarak kabul etmişlerdir.

Bilhassa yiyecek maddesi olan mebî'de kabz öncesi satış ve benzeri tasarrufların yapılamayacağı hakkında görüş birliği vardır. Diğer maddelerdeki kabz öncesi tasarruflar hakkındaki çeşitli görüşlere göre yasak, yalnızca ölçümü yapılanlarda veya menkûllerde ya da her çeşit malda geçerlidir. Bu farklı içtihadların temelinde, kabz öncesi satış yasağının altında yatan sebeplerin farklı şekillerde algılanması vardır.

Fıkıh kitaplarında kabzedilmemiş mebî'deki, satış dışındaki diğer tasarruflar satım akdine yakınlıkları açısından değerlendirilmiştir. Bu sebeple mebî'de kabz öncesi tasarrufları, kabz öncesi satışını merkez alarak inceleyeceğiz.

Fukahânın, mebî'in kabz öncesi satış ile ilgili tavırları şu şekilde tasvir edilebilir: Akdin konusu ile ilgili şartlardan “akit konusunun mümkün olması”, müşteriye tesliminin imkân dâhilinde olması demektir. İfanın mümkün olmayışı, akitten önce veya akitleşme sırasında butlan sebebi olurken, akitten sonra ve teslimden önce ise fesih sebebi olmaktadır.² Geçerli görmeyenler tarafından kabz öncesi satış yasağı garar yani müşteriye teslimden malın tamamen veya kısmen helâki sebebiyle teslimin imkânsız olması ile ilişkilendirilir. Çoğunluğa göre hadisteki yasak kerâhet değil tahrîm ifade eder. Mâlikîlere göre yasak gıda maddelerinde, Hanbelîlerde meşhur görüşe göre mukadderât yani ölçümü yapılabilen mallarda, Hanefîlere göre menkûllerde, Şâfiî, Zâhirî ve Zeydîlere göre ise her türlü malda geçerlidir.³

Bu görüşlere karşın bütün malların kabz öncesi satışlarının geçerli olduğuna dair nakledilen görüş ise sünnete açıkça aykırı ve dayanaksız olduğundan eleştirilmiş ve taraftar bulmamıştır.⁴

² Karaman, *M.İ.H.*, I, 171.

³ Bardakoğlu, “Bey”, *D.İ.A.*, VI, s. 16. Ancak ileride açıklanacağı üzere kabz öncesi satış yasağının ikinci önemli gerekçesi de hasar sorumluluğu üstlenilmemiş kazanç içermesidir.

⁴ Tabiin fakihlerinden Atâ ve Osman el-Bettî'nin, bütün malların kabz öncesi satışlarının geçerli olduğunu iddia ettikleri nakledilmiş ancak bu görüş sünnete açıkça aykırı olduğundan şâz bulunup, tenkit edilmiştir. Ayrıca bu görüş sahiplerine ait herhangi bir delil de aktarılmamıştır. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 188, 189; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 520. Bu görüşü, kabz öncesi satışta ciddi derecede bulunan garar ihtimalini göz ardı edilmesi ve delil gösterilmemesi nedeniyle üzerinde durmaya değer bulmuyoruz.

1. Gıda maddesi olmaya göre ayırım (Mâlikîler)

Kabz öncesi tasarruf serbestliği ile ilgili en geniş görüş Mâlikîlere aittir. Bu mezhep hukukçularına göre, gıda maddeleri dışındaki her türlü malda, başta satış olmak üzere kabz öncesi tasarruflar yapılabilir. Fakat gıda maddesi kabzedilmeden satılamaz. Kabzın tamamlanması için de ölçüm işlemi şarttır.⁵

Mâlikî mezhebinde mebi‘, kabzdan önce tasarruf açısından özel bir tasnife tâbî tutulmaktadırlar. Buna göre satım akdinin konusu, öncelikle gıda maddesi olan ve olmayan mebi‘ olarak ikiye ayrılır.

a. Gıda maddesi olan mebi‘de kabz öncesi satış:⁶

Gıda maddeleri ya ölçüm işlemleri yapılarak (bunlara “tevfîye hakkı bulunanlar” da denilir) veya götürü olarak satılırlar.

(1) Tefvîye hakkı bulunan gıda maddesi: Bu yiyecekler piyasada ölçüm işlemleri yapılarak satılan yiyeceklerdir. Bunların ölçümleri ağırlık, hacim ve sayı birimleri ile yapılır. Mezhepte aralarında faiz gerçekleşen (ribevî) gıda maddelerinin ölçümleri yapılmadan satışlarının caiz olmayacağı konusunda ittifak vardır. Diğer gruptaki gıda maddeleri hakkında İmam Malik’ten aksi bir görüş daha aktarılmasına rağmen, onun mezhepte meşhur olan görüşü bunların da kabzedilmeden satışının caiz olmadığıdır. Tefvîye hakkı olan yiyeceğin ölçümünden önce satış yasağı, depolanabilen veya depolanamayan, bizzat kendisi tüketilen (ekmek vb.) ya da katık olarak kullanılan (baharatlar vb.) her türlü yiyecek ve içeceği kapsar.

(2) Götürü usulle satılan gıda maddesi: Bu gruptaki yiyeceklerin ölçümü gerekmediğinden, ilk satıcı tarafından müşteri için tahliyesi yapılmışsa müşteri bunları başka bir yere nakletmeden satabilir. Müşterinin bu şekilde tahliye edilmiş mebi‘e bakması bile kabz sayılır. Çünkü yığın gibi bu türdeki mebi‘in ölçümü gerekmemektedir. Ancak İmam Malik götürü olarak satılan gıda maddesinin, nakli

⁵ Kayravânî, *er-Risâle*, III, 305 vd; İbn-i Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 144; Sehnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, III, 132, 133.

⁶ Sehnûn, *age.*, III, 132-136; Kadı Abdülvehhâb, *el-Maûne*, II, 14; Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 271, 272; İbn Abdilber, *el-Kâfî*, s. 319; Menûfî, *Kifâye*, III, 306.

yapıldıktan sonra satışını daha uygun bulmuştur. Götürü satışta *ıyne*⁷ söz konusu olduğunda ise başka bir yere nakledilmemesi mekruhtur.

b. Gıda maddesi olmayan mebi'de kabz öncesi satış: İmam Malik'e göre gıda olmayan diğer maddelerin kabzlarından önce satışları yapılabilir. Üstelik bunlar ölçülerek, tartılarak veya sayılarak satılsa bile tekrar satılmadan önce bu işlemlerin yapılmasına gerek yoktur.⁸

Görüldüğü gibi Malikiler, kabz öncesi satış yasağını gıda maddeleri ile sınırlandırmakta ve kabzı da tevfiye (ölçüm) ile ilişkilendirmektedirler. Yiyecek dışındaki malların ve ölçümün gerekmediği götürü alınan gıda maddesinin üzerinde satış vb. tasarruf yapabilmek için nakil veya kabza ihtiyaç yoktur.

Yiyecek maddesinin kabzından önce satış haricindeki tasarruflara konu edilmesi hakkında mezhepteki kural şudur: Satın alınan gıda maddesi mebi', kabzından (ölçümünden) önce karz, hibe, selem, tevliye (maliyetine satış) ve ikaleye konu olabilir. Ancak tevliye ve ikale yapılabilmesi için bu tasarrufların, satın alındığı aynı fiyat üzerinden ve gıda maddesini elinde tutan kişinin de onayı alınarak gerçekleştirilmesi gerekir.⁹

Yine Malikilere göre, kabzın gerekli olması hakkında ilk satış yani malı satmak isteyen bu malı mülkiyetine geçiren akit esas alınır. Örneğin kişi ölçek ile aldığı gıda maddesini götürü olarak satmak isterse kabzetmeden satamaz. Götürü olarak aldığı gıda maddesini ise kabzetmeden yine götürü usulle veya ölçerek satabilir.¹⁰

Malikilerin görüşleri için getirdikleri delilleri şunlardır:¹¹

⁷ Sehnûn, *age.*, III, 134. *Iyne* satışı faize bulaşmamak amacıyla ihdas edilmiş bir işlemdir. Paraya ihtiyacı olan kişi diğer bir kimseye giderek, ondan henüz yanında olmayan malı veresiye bir bedelle satın alır. Akabinde parayı verecek olan kişi, söz konusu malı veresiye fiyatından çok daha düşük bir bedelle peşin olarak geri alır. Böylece paraya ihtiyacı olan peşin parayı sağlamış, borç veren de vade sonunda daha fazlasını geri almış olur. İbn-i Rüşd, *age.*, II, 147.

⁸ Sehnûn, *age.*, III, 134; İbn Abdilber, *age.*, s. 319.

⁹ Kayravânî, *age.*, III, 308, 309; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 146; İbn Cüzey, *el-Kavânî'nü'l-Fıkhîyye*, s. 170, 171.

¹⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 152.

¹¹ Sehnûn, *age.*, III, 134; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 147.

1. Abdullah b. Abbas, “Hz Peygamberin (s.a.s.) ölçümü yapılmadan (bir rivayete göre kabzedilmeden) yiyecek maddesinin satışını yasakladığını” aktarmıştır.¹²

Bu hadise göre, satın alınmış yiyeceklerin ölçülmeden ve kabzedilmeden tekrar satılamayacağı kesindir. Fakat yığın halindeki yiyecek gibi götürü usulle satın alınan malların, alınırken ölçümü yapılmadığı için satılırken de ölçümüne gerek yoktur.

2. Yine bu hadis kabz öncesi satışın yasağının yalnızca gıda maddeleri hakkında olduğuna dair tahsis içermektedir. Bu açıdan bakıldığında, hadisten çıkan ikinci sonuç da diğer maddelerin kabzedilmeden satılabilmesidir.

3- Mâlikîlere göre, kabzedilmemiş malda şirket ve tevliye (maliyetine satış) ve ikalesinin yapılmasının caiz olmasının naklî ve aklî delilleri ise şunlardır:

a. Naklî delil: Hz Peygamber buyurmuştur ki: “*Kim bir yiyecek maddesini satın alırsa onu teslim almadan başkasına satmasın. Meğerki satın aldığı yiyecek maddesini, başkasının kendisini onda ortak kılması veyahut ona devretmesi ya da ikâle (pişmanlığını kabul etmesi yolu) ile temellük etmiş olsun.*”¹³ Bu hadis, gıda maddesi mebi‘ üzerinde kabzedilmeden önce şirket, tevliye ve ikâle tasarruflarının geçerli olduğunu göstermektedir.¹⁴

b. Aklî delil: Şirket, tevliye ve ikâle tasarrufları malın satın alındığı fiyat üzerinden yapılırlarsa kazanç değil de yardım ve iyilik amacıyla yapılmış olur. Bu amaçla yapılan akitlerde kabz şart değildir.¹⁵

Görüldüğü gibi, Mâlikîlerin temel dayanağı kabz öncesi satışı yasaklayan hadislerde bulunan “yiyecek” kaydıdır.

¹² “Ölçümü yapılmadan” şeklindeki rivayetler: Müslim, Buyû, 29, 31; Nesâî, Buyû, 55; Malik, Buyû, 40. “Kabzetmeden” şeklindeki rivayetler: Buhârî, Buyû, 54; Müslim, Buyû, 36; Nesâî, Buyû, 55; Dârimî, Buyû, 25; Malik, Buyû, 41.

¹³ Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm es-San‘ânî, *el-Musannef*, I-XI, thk. H. el-A'zamî, el-Mektebetü'l-İslâmî, Beyrut 1983, 2. bs., VIII, 49.

¹⁴ Sehnûn, *age.*, III, 127; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 146.

¹⁵ Bedelli akitlerden satım akdi gibi kişinin kendisine yarar sağlama amacı taşıyanlarda kural olarak mebi‘in teslim alınmış olması şart koşulurken, karz gibi yardım amacıyla yapılan akitlerde kabz şartı aranmaz. Örneğin bir şeyi ödünç alan bunu teslim almadan satabilir. İbn-i Rüşd, *age.*, II, 146.

Bu mezhepte kabz öncesi tasarrufta önceki kabzın etkisi de dikkate alınmaktadır. Şayet bir kişi rehin veya emanet olarak elinde tuttuğu gıda maddesini satın alırsa önceki kabzı zayıf kaldığından bunu mebî' olarak ikinci defa kabzı gerekir. Yiyeceğin kabzı ölçümü ile olduğundan, ikinci kabz da mebî'in satıcının huzurunda yeniden ölçülmesiyle yapılır.¹⁶

Bir grup Mâlikînin yiyecek maddesinin kabz öncesi satışının yasaklanmasının taabbudi olduğunu ve illetinin tespitinin mümkün olmadığını söylemesine rağmen çoğunluk yasağın sebebini şu gerekçeler ile izah etmeye çalışmışlardır:¹⁷

a. Yasak ile gıda maddelerine kolay ve ucuz erişim sağlanmaktadır: Eğer gıda maddelerinin kabz öncesi satışına izin verilmiş olsaydı, bir kısım tüccar malın yerini değiştirmeden birbirlerine satışını yaparlar ve böylece fiyatını yükseltirlerdi. Hâlbuki yasak sebebi ile bu durumun önüne geçilir ve fakirler piyasada yiyecek maddesine daha rahat ve ucuz olarak ulaşabilirler. Özellikle darlık ve kıtlık zamanlarında bu yasağın hikmeti daha da çok görülür.

Mâlikîler, bu açıklamaları ile yiyecek maddesinin el değiştirmeden satışının malın fiyatını gereksiz olarak yükselteceğini ve karaborsaya düşmesine yol açacağını öngörmektedirler.

b. Yiyeceğin kabz öncesi satışı aynı zamanda faize karşı bir tedbirdir: Zira gıda maddesi üzerinde tasarruf yapılabilmesi için kabzının şart koşulması ile faizli işlemlere konu olmasının önüne geçilir. Gıda maddelerinin üzerinde piyasada önemli derecede ticarî muamelelerin yapıldığı durumlarda (eskiden Arap yarımadasında görüldüğü gibi) gıda maddesi para gibi değer kazanıp, tefecilerin faiz oyunlarına alet edilebilir. Böyle bir ortamda tefeci, paraya ihtiyacı olan tarafa gıda maddesini peşin satıp, sattığı fiyattan daha aşağıya (örneğin yarısına) geri alma yoluna başvurabilir. Fakat kabz şart koşulduğunda ölçüm ve nakil gibi zahmetlere katlanması gerekir ve bunlar faiz vb. muameleler için caydırıcı olur.

¹⁶ Desûkî, *age.*, III, 152; Bâcî, *age.*, VI, 273; Sâvî, *Bulğatu's-Sâlik*, III, 205.

¹⁷ Bâcî, *age.*, a.y.; Sâvî, *age.*, a.y.

Malikilerin bu gerekçeleri gayet makuldür fakat bu olayı yalnızca yiyecekler ile sınırlamaları isabetli değildir. Böyle yollarla havadan para kazanmaya sadece gıda maddesinde değil hammaddeler, inşaat malzemeleri gibi piyasada ihtiyaç duyulan her türlü malda başvurulabilir.

c. Kabz öncesi satış yasağı istihdam sağlar: Malın tekrar satışından önce ölçümü ve nakli gerektiğinden ölçme, tartma, sayma ve taşıma gibi hizmetler ile geçimlerini sağlayanlara iş çıkar. Sâvî'nin hikmet olarak gösterdiği bu açıklaması konumuz ile doğrudan ilgili olmamasına rağmen, günümüzde işsizliğin önemli bir problem olduğu düşünüldüğünde önem kazanmaktadır.

2. Ölçüm gerekmesine göre ayırım (Hanbelîler)

Hanbelîlere göre hacim, ağırlık ve uzunluk ölçüleri ile ölçülerek veya tane ile sayılarak satın alınan malların kabzedilmeden önce tekrar satılmaları geçerli değildir. Bu şekilde ölçüm yapılmadan alınıp satılan diğer malların ise kabzedilmeden önce satışları yapılabilir. Kabzedilmemiş mebî' ortaklık (şirket), tevliye ve havale tasarruflarına da konu edilemez. Ölçülmeden, götürü usulle alınan mebî'in kabzedilmiş olması için ise bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmesi gereklidir.¹⁸

Hanbelîler, mebî'in kabzının cinsine göre tartılması, hacim ve uzunluğunun ölçülmesi ve de sayım işlemleri ile gerçekleştiğini kabul ettiklerinden,¹⁹ mezhepte kabz öncesi tasarruf konusunda ölçüm ve kabz kavramları adeta birbirlerinin yerini almaktadır.

Bu mezhepte, kabz öncesi tasarrufların geçerliliği hususunda ki genel ölçü şudur: Kabzından önce helâk olması akdin infisahına sebep olacak ıvazlarda, kabz öncesi tasarruflar yapılamaz. Mebî'de kabz öncesi tasarruflar bu nedenle caiz değildir.²⁰

İleride açıklanacağı üzere bu ilke Hanefîlerce de kabul edilmektedir.

¹⁸ Hırâkî, *el-Muhtasar*, s. 66. Hz. Osman, Said b. Müseyyeb, Hasan'ul-Basrî, Hammâd gibi bazı fakihlerinde aynı görüşte olduğu aktarılmıştır. Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 220.

¹⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 187.

²⁰ İbn Kudâme, *age.*, VI, 191. Mekîl ya da mevzûn olan satış ve sulh bedelinde aynı sebeple kabzdan önce tasarruf yapılamaz a.y.

Hanbelî fakihlerinin, kabzedilmemiş mebî' üzerinde ortaklık kurulmasını, maliyetine satışının yapılmasını (tevliye) ve havale edilmesini caiz görmemeleri bu tasarrufları bir çeşit satış kabul etmelerine dayanır. Şöyle ki; ortaklık malın bir kısmının, tevliye de tamamının satışı olduğundan bunlar satım akdi sayılır ve hadisteki kabz öncesi satış yasağına girer. Bunlara ek olarak geçerli olmaları akit konusunun kabzına ihtiyaç duyan hibe ve rehin gibi tasarrufların da kabzedilmemiş mebî'de yapılması caiz değildir. Ancak mebî'in kabzından önce, mehir veya muhâlaa bedeli yapılması bedelde kabz öncesi tasarruf geçerli olduğundan, mebî'in kabzdan önce helaki infisaha sebep olmadığından vasiyet edilmesi ve ikalesi ise geçerlidir.²¹

Kabz öncesi tasarruflar konusunda mebî'i, Malikiler gıda maddesi olmasına göre ele alırlarken, Hanbelîler de belirli olması açısından değerlendirmektedirler.

Hanbelîlerin bu yaklaşımı en toplu şekilde sunan Zerkeşî, kabz öncesi tasarruf ve tazmin sorumluluğunu açıklarken, mebî'i mütemeyyiz (veya müteayyen) ve gayri mütemeyyiz olarak iki ana kısma ayırdıktan sonra, bunların da kendi aralarında ölçümü gereken ve gerekmeyenleri belirtir. Bu ayrıma göre Hanbelîlerde yeni işlemler için, mebî'in kabzının gerekli olup olmaması aşağıdaki şekillerde ortaya çıkar:²²

a. *Gayri mütemeyyiz mebî'*: Bu mebî' belirsiz ve tayin edilmemiş malları ifade eder.

(1) Ölçümü gerekenler: Bu çeşit mebî'in ölçüm işleminin yapılması gereken çeşidine, bir yığının herhangi bir yerinden bir ölçek mal satın alınması örnek gösterilir. Ancak bu satışın geçerli olabilmesi için ayrıca söz konusu yığın mütecanis²³ (homojen) yapıda olmalıdır.

(2) Ölçümü gerekmeyen: Belirsiz mebî'in ölçülmesinin gerekmenine, yine bir yığından bir kabın üçte biri, yarısı gibi miktarların satın alınması örnek olarak

²¹ Şemsüddîn İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XI, 512; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ'*, III, 241.

²² ez-Zerkeşî, Şemsüddîn, Muhammed b. Abdullah, *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasarı'l-Hırakî*, I-III, thk. A. H. İbrahim, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002, II, 52-54. Bkz. İbn Kudâme, *age.*, VI, 181 vd.

²³ Merdâvî, *el-İnsâf*, XI, 118.

gösterilmiştir. Hanbelîler bu ölçüleri belirli kabul ettiklerinden, başkaca ölçümüne gerek görmemişlerdir.

b. Mütemeyyiz olan mebî': Bu mebî' ise akit sırasında tayin edilmiş, belirli bir maldır.

(1) Ölçümü gereken mütemeyyiz mebî': Koyun başına bedel tayin edilerek satılan sürü ve belli bir uzunlukta olmasına göre satılan kumaş örneklerinde görüldüğü gibi mevcut ve belirli maldır. Mezhepte meşhur ve tercih edilen görüşe göre bu çeşit mebî' de tevfiye hakkı bulunur. Bu örneklerde sürü ve kumaş muayyendir ve hazırdır, birim fiyatı da bellidir fakat toplam bedelin hesaplanması için ölçümleri gerekmektedir.

(2) Ölçümü gerekmeyen mütemeyyiz mebî': Ev gibi gayrimenkûller ve yığın halindeki şeyler bu türe örnektir. Hanbelîlerce en meşhur ve mezhepte tercih edilen görüşe göre, bu çeşit mebî'in tekrar satılmadan önce kabzına gerek yoktur.

Yığın halindeki mebî' gıda maddesi ise hadisler sebebiyle özel konumu olduğundan müşteri bunu kabzetmeden satamaz. Yığının kabzı yerinin değiştirilmesi yani örfe göre başka bir yere nakledilmesi suretiyle olur. Böyle bir yığının götürü satışı mümkün olduğu gibi, toplam miktarı bilinmese de her bir ölçüğüne fiyat konularak da satılabilir.²⁴

Kabzedilmesinden önce satışının caiz olduğu bir şeyi satın alan ikinci müşteri, mebî'i ister ilk satıcıdan isterse ikinci satıcıdan talep edebilir.²⁵ Hanbelîlerin bu noktada ikinci satıcının tesellüm işlemini aradan çıkartarak akdi çabucak neticelendirmek istedikleri görülmektedir.

Hanbelî hukukçularının kabz öncesi satış yasağının kapsamını yalnızca mekilât, mevzunât, mezruât ve adediyyât ile sınırlamalarında dayandıkları deliller şunlardır:²⁶

1. Hadisler:

²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 202, 203.

²⁵ İbn Kudâme, *age*, IV, 207; Zerkeşî, *age.*, II, 57, 59.

²⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 188 vd. ; Şemsüddîn İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XI, 508; Zerkeşî, *age.*, II, 53, 54, 56, 59; Buhûtî, *age.*, III, 241, 246.

a. *“Kim bir yiyecek satın alırsa onu ölçmeden satmasın!”*²⁷

b. *“Sattığın zaman ölç, satın aldığın zaman da (satıcıya) ölçtür!”*²⁸

Hanbelîlere göre bu iki hadis yiyeceğin kabz öncesi satışının yasak olduğuna delildir. Ancak yasak yalnız yiyeceklerle sınırlı değildir. Hz Peygamber devrinde genellikle ölçülerek ve tartılarak satılan şeyler gıda maddeleri olduğundan, hadislerde geçen yiyecek ifadesi, ölçümü yapılarak satılan mebî'e örnek teşkil eder. Her ne kadar ilgili hadislerde geçmese de uzunluk ölçüsü ile ölçülerek ve sayılarak alınıp satılan şeyler de hacim ölçüsü ile ölçülenlere ve tartılanlara kıyas edilir ve bunlarda da tevfiye hakkı bulunduğu varsayılır.

2. Hanbelîler, yine bu hadislerden mebî'in kabzının ölçüm işlemleri ile gerçekleştiğini ve ölçümünden önce de satıcının tazmin sorumluluğunda olduğu sonucuna varmışlardır. Bu hükümlerin tabîî neticesi de ölçülerek, tartılarak veya sayılarak alınıp satılan malların satışlarında, satıcının bunları ölçmeden önce teslim borcunu ifa etmiş olmamasıdır. Ölçüm işlemleri yapılmamış ise müşteri de mebî'i kabzetmiş olmayacağından bir başkasına satışını yapamaz.

3. Yukarıda açıklandığı gibi kabz öncesi satış yasağında illetin ölçüm olduğu ortaya çıktığına göre, ölçümü gerekmeyen şeylerin kabz öncesi satışının yapılmasına bir engel kalmamaktadır.

4. Götürü olarak satın alınan yiyecek maddesinin kabzının gerektiği ve bu kabzın da yerinin değiştirilmesinin şart olduğuna şu hadis delildir:

Abdullah b. Ömer demiştir ki: *“Biz üretici kabilelerinden götürü usulle yiyecek satın alırdık. Peygamber (s.a.s.) aldığımız bu yiyeceği başka bir yere taşımadan satmamızı yasakladı”*.²⁹

²⁷ Buhârî, Buyû, 51, 55; Müslim, Buyû, 29, 39; Ebû Dâvûd, Buyû, 65; Tirmîzî, Buyû, 56; İbn Mâce, Ticârât, 37.

²⁸ Buhârî, Buyû, 51.

²⁹ Müslim, Buyû 34; Ebû Dâvûd, Buyû 65; Tirmîzî, Buyû, 57; İbn Mâce, Ticârât, 38.

5. Akar, yiyecek haricinde yığın halindeki diğer şeyler ve hayvanlar gibi mütemeyyiz fakat ölçümü gerekmeyen mebî'in kabzdan önce satılabileceğinin delilleri ise şunlardır:

a. Abdullah b. Ömer “*Akdin yapılırken, akit konusu olarak canlı ve toplu olan şeyleri kapsadığını ve bunların müşterinin malı olduğunun- sünnette bir kural olarak kabul edildiğini*”³⁰ aktarmıştır. Bu kurala göre, ölçümü gerekmeyen mütemeyyiz mebî' yalnızca akitle müşterinin tazminine girer.

b. Hz. Peygamber “*Yarar, tazminat karşılığındadır*”³¹ buyurmuştur. Bu hadis de genel bir kural niteliğinde olup, mebî'in akitten sonra ve kabzdan önceki menfaatlerinin, tazminatına katlanması karşılığında satın alana ait olduğunu ortaya koyar.

Hanbelîler bu iki hadisten ortak sonuç olarak, mebî'in ölçümü gerekmiyorsa yalnız akit ile menfaat ve hasarlarının müşteriye geçtiği ve fiilen müşterinin kabzetmesi bile mebî'de satış ve satış hükmündeki tasarrufları yapabileceğini çıkarırlar.

4. Buraya kadar aktarılan kabz ile ilgili bütün bu hadislerden ortak sonuç olarak, mebî'in ölçümünden önce tazminin satıcıya ait olduğu ve kabz sayılan ölçümünden önce satılmayacağı anlaşılmaktadır. Yani satıştan önce kabza ihtiyaç duyan şeyler sadece tevfiye hakkı bulunanlardır.

5. Zilyetlik, satım akdinin sıhhat şartı değildir. Tarafların akdi yapması ile mülkiyetin sebebi oluşmuştur. Mebî'in kabzedilmeden mülkiyetinin tamamlanmış olmayacağı ve kabzından önce satışının geçersiz olduğu iddiası temelsizdir. Ölçülmesi gerekmeyen mebî'de artık tasarrufa bir engel kalmadığından, yeni sahibi tarafından kabzetmeden de satılabilir.

³⁰ Dârekutnî, *Sünen*, III, 53. Buhârî, bu sözü bu sözü (bir bab başlığında) talik olarak şöyle rivayet etmiştir: “Bir mal veya hayvan satın alıp satıcının yanına bıraktığında veya kabzetmeden önce öldüğünde, İbn- Ömer demiştir ki; *akdin topluca ve canlı olarak yetiştigi şey alıcındır.*” Buhârî, *Buyû*, 57.

³¹ Ebû Dâvûd, *Buyû*, 71; Nesâî, *Buyû*, 15; İbn Mâce, *Ticârât*, 43; Malik, *Buyû*, 42; Dârekutnî, III, 53.

Hanbelîlerin gösterdikleri delillerden, kabz için önemli olanın mebî'in ölçüm işlemlerinin yapıp başkasının hakkından ayrılması olduğu anlaşılmaktadır. Eğer ölçüm gerekmiyorsa mebî' akit ile tahliye edilmiş gibidir ve üzerinde yeni tasarruflara hazırdır.

Hanbelî fukahâsı arasında miktarı bilinen yığının götürü olarak satışının caiz olmadığı tercih edilmiştir. Bu konuda naklî delil olarak da “*Bir şeyin miktarını bilene, bunu alıcıya açıklayana kadar götürü satması helal olmaz!*”³² hadisi gösterilir. Bir diğer gerekçe de bu tür bir satışta çoğu zaman müşterinin aldatılmasının söz konusu olmasıdır. Şöyle ki genellikle satıcılar miktarını bildikleri bu yığını, daha çok kâr etmek için ölçüldüğündeki ederinden fazlasına satarlar.³³ Müşterinin aldatılmasının önüne geçmek için bu görüşün tercih edilmesi daha ihtiyatlıdır.

Mezhepte kabz öncesi satış konusundaki istisna, mebî'in teslim alınmasından önce yok olma ihtimali olan belirli bir özelliği taşıması halinde bulunur. Hanbelîler normalde ölçüm işlemi yapılmadan satıldığı halde, şu iki tipteki mebî'in de yeni bir tasarrufa konu edilmeden önce kabzının yapılması gerektiğini söylerler. Bunlardan birincisi -ayn veya zimmetteki deyn olsun- belirli bir özellikte olan mebî' veya müşteri tarafından daha önce görülüp -değişecek bir zaman geçmeden- satışı yapılan maldır. Bu çeşit mebî'lerin de tevfiye hakkı bulunduğundan, bunların mislî mallar gibi kabzedilmeleri gerekir.³⁴ Buradaki tevfiye hakkının ifasının sadece ölçüm ile değil, belirtilen özelliklerin ve teslim kadar geçen sürede malın değişip değişmediğinin tespitini kontrol yolu ile de yapılabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Çünkü mebî' ölçüm değil de otomobil veya mobilya gibi tahlil ve inceleme gereken cinsten olabilir.

Hanbelîlere göre, kabz öncesi satış yasağının sebepleri, ilk satışın akdin fesholmasına yol açabilecek garar ve ikinci satışın da tazmin edilmeyen kazanç içermesidir. Bilindiği gibi İslâm hukukunda bu iki durumun bulunduğu akitlerin yapılması caiz değildir.³⁵

³² Abdürrezzâk, Buyû, VIII, 131.

³³ Ahmed b. Hanbel'in diğer görüşüne göre ise bu türlü satış mekruh olmakla beraber geçerlidir. Zerkeşî, *age.*, II, 59.

³⁴ Buhûtî, *age.*, III, 242.

³⁵ İbn Kudâme, *age.*, VI, 191; Zerkeşî, *age.*, II, 56.

3. Menkûl ve gayrimenkûl ayırımı (Hanefîler)

Hanefîlere göre menkûl malların kabz öncesi satışları yapılamaz. Buna ilaveten ölçüm işlemleri yapılan bir şeyi satın alan müşteri, bunu satarken aynı ölçüm işlemini tekrar yapmalıdır. Gayrimenkûllerin kabz öncesi satışları hakkında ise Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a ait akarın kabz öncesi satışlarının yapılabileceği içtihadı mezhepte hâkim ve meşhur görüştür. Mebî'de kabzdan önce ortaklık, tevliye, kira akitlerinin yapılması da satışı ile aynı hükümde olup menkûllerde geçersizdir.³⁶

Hanefî mezhebinde bu konular ile ilgili görüşler, menkûller ve gayrimenkûllerde kabz öncesi satış ve kabzdan önce diğer tasarrufların hükmü olarak üç başlıkta incelenecektir.

a. Menkûllerde kabz öncesi satış

Hanefîler, menkûl malların kabz öncesi satışlarını fâsit³⁷ kabul ederler. Bu görüşlerine dair gösterdikleri naklî ve aklî şu deliller şunlardır:³⁸

1. Naklî deliller: Hz Peygamberin kabzedilmemiş malın satışını yasakladığına dair çeşitli hadisler bulunmaktadır.

a. Rasûlullâh (s.a.s.) yiyecek maddesinin kabzdan önce satışını nehyetmiştir.³⁹

b. Şu hadislerde ise Hz. Rasûlullâh'ın (s.a.s.) kabzdan önce satışı genel olarak yasakladığı görülmektedir:

- Hz peygamber Attâb b. Üseyd'i Mekke'ye kadı ve vali olarak tayin ettiğinde "Onlara kabzetmediklerinin satışını yasakla!"⁴⁰ buyurmuştur. Hadisteki emir geneldir, yiyecek dışındaki şeyleri de kapsar.

³⁶ Kudûrî, *age.*, s. 86; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 8, 9.

³⁷ İbn Âbidîn, kabz öncesi satışın batıl değil garar sebebiyle fâsit olarak değerlendirilmesi gerektiğini söyler. İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 148.

³⁸ Serahsî, *age.*, XIII, 8 -10; Kâsânî, *Bedâi*, V, 180; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 471-474.

³⁹ Buhârî, *Buyû*, 54; Müslim, *Buyû*, 29, 31, 36; Nesâî, *Buyû*, 55; Malik, *Buyû*, 40, 41; Dârimî, *Buyû*, 25.

⁴⁰ Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, I-X, thk. M. A. Atâ, Mektebetü Dâru'l-Bâz, Mekke 1414, V, 313. Benzer rivayetler için bkz. Ebû Dâvûd, *Buyû*, 67; Nesâî, *Buyû*, 60.

- Zeyd b. Sâbit'ten nakledildiğine göre “Hz. Peygamber (s.a.s.) malların satın alındıkları yerde satışını, tüccarın onları kendi yükleri arasına almalarına kadar yasaklamıştır”⁴¹

e. Hâkim b. Hızâm, Hz Peygamberin kendisine “Eline geçirmedığın şeyi sakın satma!” buyurduğunu nakletmiştir.⁴²

2. Hanefilere göre, özellikle bir şeyin söylenerek tahsisi, bunun dışındakilerde ilgili hükmün aksi şekilde olacağını göstermez. Örneğin ayette “O aylar içinde (Allah'ın koyduğu yasağı çiğneyerek) kendinize zulmetmeyin!”⁴³ buyrulmuştur. Buradaki haram aylar ile tahsisten, diğer aylarda zulmün caiz olacağı sonucu çıkmaz. O halde, yiyeceğin kabzından önce satışının yasaklanmasından da diğer malların kabzdan önce satılabileceği sonucu çıkartılamaz. Nitekim ilgili hadisi nakleden İbn-i Abbas da kabz öncesi satışın yasağının genelliğini kastederek, “her şeyin böyle olduğunu sanıyorum”⁴⁴ demiştir.

5. Mebî‘ tesliminden önce helâk olabilir. Akit konusunun ilk satışta kabzdan önce helâk olması, birinci akdin batıl olmasına yol açar. Çünkü satım akdi ile kabzedilmeye hak kazanılmış olan mebî‘ yitirilmiştir. İlk satışın batıl olması da ikincinin fesâdına sebep olur.

İşte bu helâk olma ihtimali, mebî‘ üzerindeki akit ile kazanılmış olan mutlak mülkiyette ciddi bir garara sebep olur ve bu risk müşteri mebî‘i kabzedene kadar sürer. Mebî‘in kabzından önce içinde bulunduğu bu haliyle satış gibi tasarruflara konu edilmesi caiz olmaz. Kabzedilmemiş mebî‘in satışı garar içerdiğinden, bunun ilk satıcıya satılmış olması bile sonucu değiştirmez.

6. Hanefiler, satıcının bedeli tahsil için mebî‘i hapsedme hakkı olduğunu kabul etmektedirler. Kabz öncesi satışta bu hakkın ilk satıcı tarafından kullanımı, mebî‘in

⁴¹ Ebû Dâvûd, Buyû, 65; Tirmîzî, Buyû 57.

⁴² Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmîzî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20; Nesâî, Buyû, 60; Hanbel, *Müsned*, III, 402, 403. Bu hadisin aktarıldığı kaynaklarda rivayet yönünden zayıflığından bahsedilmektedir.

⁴³ Tevbe, 9/36.

⁴⁴ Buhârî, Buyû, 55; Müslim, 29, 30; Tirmîzî, Buyû, 65.

ikinci müşteriye teslim edilememe riski doğurur. İlk satıcı hapis hakkını kullanmış ise müşterisi olan ikinci satıcı mebî'î kabzedemediğinden ikinci müşteriye teslimat yapamaz. İşte ikinci satıcının bu acziyeti, mebî'î de kabz öncesi satışın caiz olmamasına sebep oluşturur.

Yukarıdaki delillerden, Hanefîlerin kabz öncesi satışın geçerli olmamasına dair görüşlerinin temelinde nasslardan çok mebî'î'nin tesliminden önce helâk ihtimalini garar etkeni olarak değerlendirmeleri olduğu anlaşılmaktadır.

Kabz öncesi satış ile bağlantılı olan diğer bir önemli konu da mebî'î de kabz ile beraber ölçüm işlemlerinin de yapılmasıdır. Hanefîlere göre mebî'î ister fiilen isterse hükmen kabzedilmiş olsun, ikinci defa satışında ölçüm işleminin yeniden yapılmalıdır. Bu konuda ilgili hadis⁴⁵ delil gösterilmekle beraber, mebî'î'nin ölçüm işlemleri ile üzerinde akit yapılabilecek şekilde malum hale geldiği de ayrıca belirtilmiştir.⁴⁶

Hanefîlere göre, ilk müşteri mebî'î'nin bir kısmını (örneğin yarısını) kabzetmiş ise kabzetmediği kısımlarda ortaklık kuramaz ve kiraya da veremez. Çünkü ortaklık da kiraya verme de bir anlamda satıştır. Buna rağmen böyle bir durumdaki ortaklıkta, diğer ortağın malın bir kısmının kabzedilmediğini öğrendiğinde akdi feshetme hakkı vardır. Kiraya vermek ise menfaatin satışıdır. Kirada akit konusu olan menfaat mülkiyeti, kiralanan şeye yani *ayn* mülkiyetine bağlıdır. Bunun için kabzedilmemiş malın aynının satılarak temlik geçersiz olduğu gibi, kiraya verilerek menfaatinin temlik de geçersizdir. Mebî'î'nin kabzından önce kiraya verilmesinin caiz olmamasının diğer bir sebebi de teslimden önce helâk olasılığının kira akdinin infisahına, bunun da garara yol açmasıdır.⁴⁷

b. Gayrimenkûllerde kabz öncesi satış

Ebû Hanîfe ve son görüşünde Ebû Yusuf'a göre gayrimenkûller üzerinde kabzdan önce satış ve benzeri tasarruflar yapılabilir. İmam Muhammed ve İmam Züfer

⁴⁵ Bkz. II. Bölüm, Ölçüm işlemlerinin yapılmış olması.

⁴⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 59.

⁴⁷ Kâsânî, *age.*, V, 180. Mebî'î'nin sulh akdine konu edilmesi de kabz öncesi tasarruf açısından satışı gibi değerlendirilir. İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, 127.

ise tıpkı menkûller gibi gayrimenkûllerin de kabz öncesi satışlarının caiz olmadığını söylerler. Gayrimenkûllerin kabzlarından önce satışını caiz görenler istihsan prensibini gözetirlerken, caiz görmeyenler ise menkûl ve gayrimenkûl arasında bu konuda bir ayırım yapılamayacağını kıyasa başvurarak çıkartmışlardır.⁴⁸ Hanefî mezhebinde Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'a ait olan görüş tercih edilmiş ve *Mecelle*'de de bu görüş kanunlaştırılmıştır.⁴⁹

Konu önce geçerli görmeyenlerin sonra da kabul edenlerin görüş ve delileri aktarılarak ele alınacaktır.

(1) Gayrimenkûllerde kabz öncesi satışı geçerli görmeyenler: Hanefî fıkıh kitaplarında, gayrimenkûllerin satışının menkûllerden farklı olmadığını söyleyen İmam Muhammed ve İmam Züfer ile aynı kanaatte olan İmam Şâfiî'nin görüş ve delilleri beraber değerlendirilmiştir. Bu görüş sahiplerinin delilleri şunlardır:⁵⁰

- Mebî'in kabz öncesi satışı yasaklayan hadislerin işaret ettikleri hükümler genel olup, menkûl veya gayrimenkûl ayırımı yapılmasına imkân vermemektedir. Yani bu hadislerden, menkûllerin kabz öncesi satışının yasak olduğu sonucuna ulaşabiliyorsak, aynı şekilde gayrimenkûllerin de satışının yasak olduğu kabul etmemiz gerekir.

- Hz Peygamber tazmin edilmeyen kazancı yasaklamıştır.⁵¹ Kabzedilmesinden önce akar satışında bu çeşit kazançla sıkça karşılaşılır. Şu halde, akarın kabz öncesi satışı, tazmin edilmeyen kazancın elde edilmesine yol açmamak için fâsit kabul edilmelidir.

- Bir nesnenin ayn mülkiyeti akit, tasarruf mülkiyeti⁵² ise kabz ile kazanılır. Yani bir başka şekilde ifade edilirse, akit ile mal üzerinde sahiplik kazanılır fakat bu sahiplik

⁴⁸ Kâsânî, *age.*, V, 181.

⁴⁹ *Müşteri kable'l-kabz mebî'i akar ise âhare satabilir, ve eğer menkul ise satamaz. Mecelle*, m. 253.

⁵⁰ Serahsî, *age.*, XIII, 9; Kâsânî, *age.*, 181; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 474, 475.

⁵¹ Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmîzî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20. Bu hadislerde, hasar riski üstlenilmeyen malın satışının da yapılamayacağı esas getirilmiştir. Örneğin müşteriye tesliminden önce mala gelecek hasarlardan satıcının sorumlu olmaması şartıyla satış geçersizdir. Faizli işlemlerde de riski üstlenilmeyen bu tür kazanç bulunmaktadır.

⁵² Serahsî, tasarruf mülkiyeti terimini, İmam Muhammed ve İmam Şâfiî'ye atfetmektedir. Serahsî, *age.*, XIII, 9.

o malda tasarruf için henüz yeterli değildir. Tasarruf yetkisi malı kabzetmek ile elde edilir. Menkûl ve gayrimenkûl malların her ikisinin de ayn mülkiyetleri akit ile kazanıldığına göre, tasarruf mülkiyetlerinin de kabz ile elde edilmesi noktasında bir fark olmaması gerekir.

- Satım akdinin tamamlanmasını kabz sağlamaktadır. Nitekim akitten sonra ve kabzdan önce ortaya çıkan ayıp, akit sırasında varmış gibi kabul edildiğinden alıcıya akdi feshedip bedeli geri alma hakkı verir. Bu çeşit ayıbın, doğurduğu muhayyerlik açısından, menkûl ve gayrimenkûl arasında fark yoktur. O halde menkûl gibi gayrimenkûl satışının tamamlanması için de kabzının yapılmış olmasını kabul etmek gerekir.

- Satım akdinin inikadı için gereken akit konusunun teslimine güç yetirme şartı, menkûl veya gayrimenkûl her çeşit malda aranır. Bu şartı hem birinci hem de ikinci satıcı veya bunların temsilcileri taşımalıdır. Halbuki kabz öncesi satışta zilyet olan ilk satıcı ikinci satıcının temsilcisi olamaz. Böylece ikinci satıcının malı teslimine muktedir olmadığı açığa çıkar ve mebî'î kabzetmeden yaptığı satış caiz olmaz.

Gayrimenkûllerin kabz öncesi satışlarını geçerli görmeyenlerin getirdikleri delillerinden öne çıkan ve özgün olanı, bu satışın tazmin edilmeyen kazanç içermesidir.

(2) Gayrimenkûllerde kabz öncesi satışı geçerli görenler: Gayrimenkûlün kabzdan önce satışını caiz gören Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre akarın teslim alınmadan satışı, kabzından sonra helâk tehlikesi kalmamış menkûlün satışı yerindedir. Bu nedenle caiz görülmemesine herhangi bir sebep yoktur. Hanefîlerde tercih edilen bu içtihadın sahiplerine şu deliller izafe edilmektedir:⁵³

- Bir şeyin kabzedilmeden önce satışını yasaklayan hadis haber-i vâhid niteliğindedir. Haber-i vahid ile Kuran ayetinin tahsisi yapılamaz. “Allah alışverişi helal kıldı”⁵⁴ ayeti, kabz öncesi ve sonrası mülkiyet altında olan mebî'in satışına izin

⁵³ Serahsî, *age.*, XIII, 9, 10; Kâsânî, *age.*, 181; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 474, 475.; İbn Âbidîn, *age.*, V, 148.

⁵⁴ Bakara, 2/275

vermektedir. Bu durumda hadis ile ayet arasında tenakuz olmaması için hadisin hükmü menkûl mallara hamledilip, gayrimenkûller kapsam dışı bırakılır.

Bâbertî de bu sonuca varmasına rağmen farklı bir usûl takip etmektedir. Ona göre “*Allah alışverişi helal kıldı*” ayetindeki her türlü satım akdinin helal olması hakkındaki genel hüküm, aynı ayetin devamında geçen “*faizi ise haram kıldı*” ifadesi tarafından tahsis edilmiştir. Artık bundan sonra bu ayetin, haberi-i vâhid olan “Hz Peygamberin kabzedilmeyen şeyin satışını yasakladığına” dair hadisle de tahsisi mümkündür.⁵⁵

- Satım akdinin taraflar ve akit konusunda gereken şartların bulunması halinde sahih kabul edilmesi esastır. Normal koşullarda gayrimenkûlün helâki ve bu sebeple de akdin infisahı düşünülemez; gayrimenkûlün kabzdan önce helâki yok sayılacak kadar ender bir olaydır. Helâk sebebiyle oluşacak garar yok kabul edildiğinde, geriye sakınca olarak sadece bir başkasının malda hakkı olması yani istihkak sebebiyle çıkabilecek bir garar kalır. İstihkak gararı ise menkûl bir malın kabzından sonra dahi ortaya çıkabilir. İşte gayrimenkûlün kabzdan önce satışında yalnızca bu çeşit garar bulunur. İstihkak sebebiyle oluşacak bu garardan kaçınmak ise mümkün değildir. Böylece gayrimenkûlün kabzından önce satışında, akdin inikadına engel olacak derecede ciddi bir gararın bulunmadığı ortaya çıkar.

- Akit konusunda tasarruf mülkiyetinin oluşmasının şartı, mülkiyetin bizatihi kendisi ile ilgilidir. Tasarruf yetkisi, ayıp sebebiyle tazmin sorumluluğuna bağlı değildir. Nitekim hibe edilen şeyde ancak kabzdan sonra tasarruf edilebilmesinin geçerli olması bunu gösterir.⁵⁶

⁵⁵ Bâbertî, *el-Inâye*, VI, 476. Hanefilere göre, âmm olan lafzın ifade ettiği hükme delaleti katidir. Kurân’da geçen âmm bir lafız ancak ayet veya mütevâtir veyahut meşhur sünnet ile tahsis edilebilir. Ayetteki “*alışveriş*” bu tür bir lafız olduğundan haber-i vahid ile tahsisi mümkün değildir. Ancak ayet ve mütevâtir veya meşhur sünnet ile bir defa tahsise uğrayan âmm bir lafız artık haber-i vâhid ile de tahsis edilebilir. Bkz. Yavuz, Yunus Vehbi, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1993, s. 95-97.

⁵⁶ Hibenin mülkiyeti akit ile değil, kabz ile kazanılmaktadır. Bkz. I. Bölüm, Kabz ve teslimin mülkiyetin nakline etkisi.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un delillerinde göze çarpan husus, kabz öncesi satış yasağının mesnedinin akdin infisahına sebep teşkil edecek bir garar içermesidir. Bu gararın sebebi de teslim alınmasından önce mebî'in helâk olma ihtimalidir. Bu istidlâle göre helâk ihtimali yoksa garar da yoktur. Bu nedenle de akarda kabz öncesi satış geçerlidir.

Hanefiler, gayrimenkûl mebî'in kabzdan önce satışının geçerli olması kuralından, kabzdan önce helâkin kuvvetle muhtemel olduğu durumları ayrı tutarlar. Örneğin arazinin deniz kıyısında olması sebebiyle denize karışması veya kumla dolması, akarsu kenarında olması nedeniyle su baskını, yüksek (üst) kat olması nedeniyle çökme riski taşınması bu kategoriye girer. Bu şartlar altında olan gayrimenkûller, kabz öncesi satışlarının içerdiği garar dikkate alınarak menkûl hükmünde addedilir.⁵⁷

c. Mebî'de kabzdan önce satış dışındaki diğer tasarruflar

Hanefî hukukçuları, genel olarak kabz öncesi işlemlerin geçerli olmasını, akdin istikrarının korunması bağlamında ele alırlar. Mezhepte mebî'de kabz öncesi tasarruf hakkında ilke şudur: *Bir şeyde kabz öncesi tasarruf serbestliği, o şeyin helâkinin ilgili tasarrufun infisahına yol açması ile bağlantılıdır.* Kabzından önce helâk olması, akdin infisahına yol açacak bir akit ile sahip olunan ıvazda kabz öncesi tasarruf yapılamaz. Örneğin satım akdinde mebî', (muayyen ve menkûl ise) satış, sulh ve kira bedeli bu hükümdedir. Fakat kabzından önce helâkinin akdin infisahına sebep olmadığı bir akit ile sahip olunan ıvazda, kabz öncesi tasarruf yapılabilir. Nitekim mehir, muhalaa ve sulh bedellerinde, miras veya vasiyet edilen malda kabz öncesi tasarruflar geçerlidir.⁵⁸ Daha önce geçtiği gibi bu genel kural Hanbelîlerce de kabul edilmiştir.

⁵⁷ İbnü'l-Hümâm, *age*, VI, 474; Aynî, *el-Binâye*, VII, 322. Bu tür risklerin içinde bulunulan zamana göre değerlendirilmesi gerekir. Eskiden yüksek yapılar sağlam olmamasına rağmen günümüzde yapı tekniklerindeki gelişmeler ile çok daha sağlam ve yüksek binalar yapılmaktadır. Günümüzde binaların yüksekliğini risk olarak görmemek gerekir. Fakat eskiden tehlike ve kusur sayılmadığı halde artık daha sık karşılaşılan arazi veya binanın istimlak edilme riski ise garar kapsamında değerlendirilebilir.

⁵⁸ Kâsânî, *age.*, V, 181; İbnü'l-Hümâm, *age*, VI, 473.

Vasiyet edilen mal vasiyet edilen kişinin kabzından önce mebî' olabildiği gibi, mebî' de kabzından önce vasiyete konu olabilir. Aynı şekilde kabzedilmemiş mebî', mal sahibinin ölümü ile nasıl miras olabiliyorsa kabzından önce vasiyet edilmesi de geçerlidir. Çünkü miras ve vasiyet mahiyet olarak birbirinin aynısı gibidirler.⁵⁹ Hanefilere göre miras bırakılan veya vasiyet edilen malın, kabz öncesi tasarruflara konu edilebilmesinin, bunların helâkinin miras veya vasiyet bırakılan için herhangi bir tazmin borcu getirmemesi ile de ilgili olduğu düşünülebilir.

Hanefilerde, kabz öncesi tasarruflar ile ilgili kayda değer bir tartışma da mebî' de geçerliliği kabza bağlı olan tasarrufların icrası ile ilgilidir. Müşterinin satın alıp kabzetmediği malı satıcısından başka birine hibe veya sadaka yoluyla temlik ettiğini, rehin bıraktığını veya ödünç olarak verdiğini düşünelim. Müşteri kendisi mebî'i kabzedip ilgili kişiye teslim etse veya satıcıya bu kişiye teslim etmesini istese bu tasarruflar ihtilafsız olarak geçerlidir. Fakat kendisi teslim almaz da bu kişiden satıcıya gidip mebî'i kabzını isterse bu tasarruflar Ebû Yusuf'a göre geçerli olmazken İmam Muhammed'e göre kabz işlemi de mezkur tasarruflar da sahihtir.

İçtihadında helâk sebebiyle gararı göz önünde tutan Ebû Yusuf, bu tasarrufların, muameleyi yapan kişinin mebî'in sahibi ve zilyedi olması şartları ile sahih olabileceğini söyler. Ona göre, ancak kabzedilmiş bir mülkiyet ile infisaha sebep olacak garardan korunmak mümkündür. Eğer bu tasarruflar yapılır ve ilgili kişinin kabzından önce de mebî' helâk olursa infisah oluşur. Ebû Yusuf bu tasarruflara temlik sonucunu doğurmaları açısından bakarak, bunları satım akdi gibi değerlendirmektedir. Ona göre, mebî'in kabzından önce satışında olduğu gibi, kabzedilmeden önce hibe edilmesinde, rehin bırakılmasında, sadaka veya ödünç olarak verilmesinde de infisaha yol açabilecek seviyede garar bulunmaktadır.

İmam Muhammed ise gayrimenkûllerde kabz öncesi satış konusunda katı tutumuna rağmen menkûl ve gayrimenkûllerde geçerliliği kabza bağlı bu tip tasarrufların yapılmasında Ebû Yusuf'la karşılaştırıldığında daha müsamahakârdır.

⁵⁹ Kâsânî, *age.*, V, 180.

İmamın bu konudaki prensibi şudur: Kabzedilmemiş mebî‘de geçerliliği kabza bağlı tasarruflar yapıldığında, mal sahibinin ilgili kişiyi kabzetmek için yetkilendirmesi ve onun da mebî‘i kabzı ile bu tasarruflar geçerlilik kazanır. Bilindiği gibi hibe, sadaka, rehin ve ariyet tasarrufların sıhhati kabza bağlı olup, akit konusu kabzedilince geçerlilik ve bağlayıcılık kazanırlar. Müşteri henüz kabzetmediği mebî‘de bu tasarruflardan birini yapıp, örneğin birine hibe edip ondan mebî‘i kabzetmesini isterde bu kişide gidip kabzederse hibe sahih olur. Çünkü malı teslim alan bu kişi, kabz hakkında sanki hibeyi yapan müşterinin vekili olmaktadır. Bu kişi mebî‘i satıcıdan teslim alırken önce müşteriyi temsilen, sonra da kendisi için kabzetmiş olmaktadır. Şu halde gerek satım akdi gerekse hibe için gereken kabz yapılmış olduğundan bu tasarrufların geçerli olmasına bir engel kalmamaktadır.⁶⁰

İmam Muhammed’in görüşü uygulama açısından tercihe daha uygun görünmektedir. Çünkü mebî‘i kabzedeni kişi aynı zamanda bu işi müşteri için de yapmıştır. Üstelik kabz işlemi için müşteriye fiilî teslim işi yapılmadığından daha kısa yoldan bitirilmiştir. Dahası bu işlemlerin satış gibi akitle değil de kabz ile bağlayıcılık kazanıp hüküm doğurdukları göz önünde tutulursa mebî‘in kabzından önce helâk olmasının bu tasarrufları yapan için herhangi borca sebep olmayacağı da anlaşılır.

Hibe ile ilgili özel bir durum da mebî‘in kabzından önce satıcıya hibesinin ikale ile sonuçlanabilmesidir. Müşteri, kabzetmediği malı satıcıya hibe eder de satıcı hibeyi kabul etmezse hibe hükümsüz olup, satış geçerli olarak kalmaya devam eder. Fakat satıcı hibeyi kabul ederse -hibe kabzdan önce temlik olduğundan- yine geçersiz olurken yeni oluşan bu durum artık bir ikale olarak değerlendirilir ve satım akdinin de infisahına neden olur.⁶¹

Satıcının teslim konusunda müşterinin vekili olabildiğini kabz ve teslim şekillerini incelerken açıklamıştık.⁶² Fakat satıcı kabzedilmemiş malda tasarruf için müşterinin vekili olamaz. Sözelimi müşteri satıcıya henüz kabzetmediği malı

⁶⁰ Kâsânî, *age.*, V, 180; Bâbertî, *el-Inâye*, VI, 473; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 81.

⁶¹ Kâsânî, *age.*, V, 180; Haskefi, *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 148.

⁶² Hanefîler, müşterinin satıcıdan mebî‘i üçüncü bir şahsa emanet veya ödünç olarak teslimini isteyip, satıcının da bu isteği yerine getirmesini hükmen teslim sayarlar. *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, III, 22.

başkasına satmasını söylediğinde, satıcı bu isteği yerine getirip satarsa ilk satış bozulmuş olur.⁶³ Aslında burada yapılan işlem iki tarafın karşılıklı rızası ile satışın feshedilmesi olmaktadır.

Ebû Hanîfe'ye göre taksim olmuş fakat henüz hissedar tarafından teslim alınmamış bir hissenin, kabz öncesi satışının sıhhati noktasında taksimin sebebi dikkate alınır. Eğer taksim icbârî olarak yapılmış ise satış geçerlidir. Fakat taksim icbârî bir sebeple yapılmamış ise Ebû Hanîfe taksimin mübadeleye dolayısı ile satışa benzediğinden hareket ederek hissenin kabz öncesi satışının, menkûl ise geçersiz gayrimenkûl ise geçerli olduğu görüşündedir.⁶⁴ Ebû Hanîfe bu içtihadında taksimi satış yerine koyup, kabz öncesi satışta yaptığı menkûl, gayrimenkûl ayırımı burada da uygulamaktadır.

Gayrimenkûlün kabzdan önce satışında ilk müşterinin bedeli ödememesini gerekçe göstererek birinci satıcının hapis hakkını kullanması, meb'ın kabzına ve dolayısı ile ikinci müşteriye teslim edilmesine engel olarak görülmüştür. İkinci satımı fâsit gören İmam Muhammed'in aksine Hanefîlerin çoğu bu satışı, merhunun satımı gibi hapis hakkının sona ermesine bağlı olarak mevkuf kabul ederler.⁶⁵

4. Mutlak yasaklık (Şâfîiler)

Satın alınan malda kabz öncesi tasarruf konusunda en tavizsiz hukukçular Şâfîilerdir. Şâfîiler, satış ve kira gibi muâvazalı akitler ile sahip olunan her türlü malın kabzından önce satışı geçersiz kabul ederler. Söz konusu malın menkûl ya da gayrimenkûl, gıda veya gıda harici bir madde yahut mukadderât olup olmaması bu genel hükmü etkilemez.⁶⁶

Bu mezhep fakihleri içtihatlarında diğer mezheplerin özellikle Hanefîlerin getirdiği nassları delil göstermişler fakat bunları daha daraltıcı şekilde

⁶³ Eğer satıcıya “*kendin için satın al*” derse o da satın alırsa bu da ilk satış için bir fesih sayılır ama “*benim için al derse*” bu satış geçerli olmaz. İbn Nüceym, *Bahr*, VI, 127

⁶⁴ Kâsânî, *age.*, V, 181.

⁶⁵ Zeylâî, *age.*, IV, 80.

⁶⁶ Müzenî, *el-Muhtasar*, s. 116; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 13. Satışın, malın henüz zilyedi olan satıcıya yapılması da geçersizdir. Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 90; Ensârî, *Esne'l-Metâlib*, IV, 205.

yorumlamışlardır. Şâfiilerin, her çeşit mebî'in kabz öncesi satışının yapılamayacağına dair görüşlerini ispat için sundukları delilleri şunlardır:⁶⁷

1. Hadisler.

a. Abdullah b. Abbas'ın "Hz Peygamberin yiyecek maddesinin kabzından önce satışını yasakladığını" naklettikten sonra, "*Her şeyin yiyecek maddesi gibi olduğunu zannediyorum*"⁶⁸ sözü, İmam Şâfiî'ye göre her ne olursa olsun herhangi bir şey satın alan kimsenin bunu kabzetmeden önce satamayacağını göstermektedir.

b. Hz Peygamber: "*Kim bir yiyecek maddesi satın alırsa onu ölçmeden satmasın!*"⁶⁹ buyurmuştur. Bu hadiste, ölçülerek alınan gıda maddesinin, yeniden satılacağı zaman tekrar ölçülmesi gerektiği kuralı bulunmaktadır. Doğal olarak, müşterinin mebî'i ölçmesi için de teslim alması gerekir.

c. İbn-i Ömer'den nakledilen, "Hz Peygamberin, götürü usulle alınmış malların yeniden satışı yapılmak istendiğinde, bunların bulunduğu yerden başka bir yere taşınmasını emretmesi" ile ilgili talimatı ve ashabın buna dair uygulamaları, ölçülme bile bu tür malın da kabzının gerektiğini ve kabzın da başka bir yere nakil ile olacağını göstermektedir.⁷⁰

d. Hz Peygamberin (s.a.s.) Hakîm b. Hizâm'a, "*Alışveriş yaparken kabzedene kadar satma*" veya "*yanında olmayanı da satma!*"⁷¹ şeklindeki yasakları geneldir, her çeşit mebî'i kapsamaktadır.

Bütün bu hadislerden, müşterinin satın aldığı malı kabzetmeden önce tekrar satışını yapamayacağı hükmü çıkmaktadır.

d. Hz Peygamber Mekke'ye vali olarak gönderdiği Attâb b. Üseyd'e "*Onları kabzetmediklerini satmaktan ve tazmin etmedikleri kazançtan alıkoy!*"⁷² buyurmuştur.

⁶⁷ İmam Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 144-146; Mâverdî, *age.*, V, 220-222; Râfiî, *el-Azîz*, IV, 294; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 328.

⁶⁸ Buhârî, *Buyû*, 55; Müslim, 29, 30; Tirmîzî, *Buyû*, 65.

⁶⁹ Buhârî, *Buyû*, 51, 55; Müslim, *Buyû*, 29, 39; Ebû Dâvûd, *Buyû*, 65; Tirmîzî, *Buyû*, 56; İbn Mâce, *Ticârât*, 37.

⁷⁰ Müslim, *Buyû* 34; Ebû Dâvûd, *Buyû* 65; Tirmîzî, *Buyû*, 57; İbn Mâce, *Ticârât*, 38.

⁷¹ Ebû Dâvûd, *Buyû*, 67; Nesâî, *Buyû*, 60; Beyhâkî, *age.*, V, 313

Bu hadiste engellenmesi istenen “tazmin edilmeyen kazanç” kabz öncesi satışta mevcuttur. Şöyle ki; mebî‘, gayrimenkûl de olsa kabzedilene kadar müşterinin tazmin sorumluluğu altına girmez. Müşterinin, kabzdan önce ortaya çıkan ayıp sebebiyle akdi feshetme yetkisine sahip olması, kabza kadar mebî‘in satıcının tazmininde olduğunu gösterir. Malın kabz öncesi satışı ile tazmin edilmeyen bir kazanç elde edilmektedir. Böyle bir satış işte bu yönüyle faizli işleme benzemektedir.

2. Müşterinin mebî‘ üzerindeki mülkiyeti ancak kabzı ile istikrar kazanır. Kabzedilmemiş mal üzerindeki mülkiyet istikrarsızdır. Mebî‘in mülkiyetindeki bu istikrarsızlığa rağmen satılması, teslimine güç yetirilemeyen malın satışına benzer ki bu zaten batıl bir tasarruftur. Böylece alıcının mebî‘ üzerindeki mülkiyeti onu eline geçirmeden önce tam olarak teşekkül etmediğinden, satışının yapılmasına uygun olmadığı ortaya çıkar.

3. Malikilerin, “Hz Peygamberin (s.a.s.) ölçümü yapılmadan (bir rivayete göre kabzedilmeden) yiyecek maddesinin satışını yasakladığı”⁷³ hadisinden kabz öncesi satış kısıtlamasını yalnızca yiyecek maddelerine tahsis etmeleri fıkıh usûlü açısından doğru kabul edilemez. Hadiste geçen yiyecek ile ilgili bu söylem ancak sayı veya özellik ile birlikte kullanıldığında Malikilerin iddia şekilde hüküm çıkarmaya delil olabilir.⁷⁴ Oysa hadiste yiyecek ile ilgili kemiyet veya keyfiyetten söz edilmemektedir. Bu sebeple yasağın gıda maddesine tahsisi yapılması mümkün gözükmemektedir.

4. Yukarıdaki hadiste yiyeceğin zikredilmesi örnek kabilindedir. Çünkü insanlar gıda maddelerine diğer mallara göre daha fazla ihtiyaç duyar ve ticaretini daha çok yaparlar. Hadiste yiyeceğin kabz öncesi satışı yasaklandığına göre, diğer mallarda kabz öncesi tasarruflar hayli hayli yasak olmalıdır.

⁷² Beyhâkî, *age.*, V, 313.

⁷³ Hadisin kaynakları için bkz 12. dipnot.

⁷⁴ İmam Şâfi‘nin usul anlayışına göre, hadisteki gibi hitap ancak sayı veya sıfat ile bağlantılı olduğunda tahsis açısından delil kabul edilir. Mâverdî, *age.*, V, 220, 222.

5. Akitten sonra ve teslimden önce mebî'in helâk olma ihtimali vardır. Kabz öncesi satış bu açıdan gararlı bir akit özelliğini taşır. Garar bulunduran akit ise batıldır, sonuç doğurmaz.

Şâfîilerin delillerine bakıldığında, kabz öncesi satışın garar ve tazmin edilmeyen kazancı içermesinin öne çıktığı görülmektedir. Hanefîler gibi Şâfîiler de ulaştıkları hükümlerde ilgili hadislerden çok akit ile ilgili genel hukukî prensiplere dayanmaktadırlar.

Bu mezhep fakihleri mebî'in kabz öncesi satışından, ikale sayılan şu durumları istisna ederler.⁷⁵

1. Alıcı ve satıcı mebî' ve bedeli kabzettikten sonra anlaşarak ikale yapsalar, satıcı da mebî' geri almadan önce başkasına satsa bu satışı her ne kadar kabzdan önce de olsa geçerlidir.

2. Müşterinin satıcısından kabzetmediği malı, aynı fiyatla tekrar ona satması da ikale sayılır ve geçerlidir.

3. Kabzedilmemiş mebî'in ayn olan bedelinde fazlalık, eksiklik ya da özelliğinde bir değişiklik yapılmadan tekrar satıcıya satılması da ikale olarak değerlendirilir ve geçerlidir.

Bu mezhepteki kabz ve mebî' ile ilgili diğer kurallar ve hükümler de şunlardır:

1. Kabzedilmemiş mebî' muâvazalı akitlere konu edilemez. Kabzdan önce satışı yapılamayacağı gibi ortaklık, tevliye, mehir, kira konusu veya kira ve sulh bedeli olamaz. Karşılıklı işlem sayılan borca karşılık gösterilmesi de geçersizdir.

Şâfîiler bu içtihatlarına iki gerekçe gösterirler:

a. Kabzedilmemiş mebî' muâvazalı akit konusu olduğunda tesliminden önce telef veya helâk olması akdin infisahına yol açar. Bu durum üzerindeki mülkiyetin zayıflığını ve bu tip akitlerde karşılık olabilmek için yetersiz kalacağını gösterir.

⁷⁵ Râfî, *age.*, IV 296; Nevevî, *age.*, IX 325; Ensârî, *age.*, IV, 206.

b. Kabzedilmeden önce satılan mebî‘, iki kişinin yani hem birinci hem de ikinci satıcının tazmini altında gibi görünmektedir.⁷⁶ Böyle bir hal tazmin noktasında karışıklığa yol açabilir.

2. Teslim alınmamış malın rehin verilmesi veya hibe edilmesi mezhepte tartışılmış olup tercih edilen görüş, kabzdan önceki mülkiyetin zayıflığı nedeniyle bu tasarrufların geçersiz olmasıdır.⁷⁷

3. Bedelde kabz öncesi tasarruf yapılabileceği Şâfiîlerce de benimsenen bir kuraldır. Fakat satım akdinde bedel, belirli dirhem ve dinarlar gibi muayyen ise bunlar da kabz öncesi satış noktasında mebî‘ gibi değerlendirilir. Satıcı bu muayyen bedelleri teslim almadan üzerlerinde tasarruf edemez.⁷⁸

Şâfiîlere göre miras veya vasiyet yoluyla ele geçen malların kabzedilmeden önce satışları yapılabilir. Çünkü bu çeşit tasarruflar mebî‘in kabzdan önce helâk olması ile hükümsüz olmayacağı gibi, helâk olduklarında başkasına tazmin edilmezler.⁷⁹ Yani miras ve vasiyet bırakılan malın, mirasçı veya vasiyet edilenin eline geçmesinden önce yok olması, tamamlanamayan bu tasarruf sebebiyle tazmin sorumluluğuna yol açmaz.

Emanet veya ödünç olarak verilen mal da sahibi tarafından geri alınmadan satılabilir. Aynı şekilde gasp edilmiş malın da gasp edene satılması mümkündür ama başkasına satılarsa satıcı veya alıcı bu malı gasp edenden almaya muktedir değilse satış batıdır. Şirket malı, karz olarak verilen nesne ve bir malın satışı için vekil tayin edilenin elindeki mallar da emanet hükmündedir.⁸⁰ Şâfiîler, bu işlemlerin sıhhat durumunu malın teslimine güç yetirme yönünden değerlendirmektedir.

⁷⁶ Mâverdî, *age.*, V, 223; Râfiî, *age.*, IV, 297, 298; Nevevî, *age.*, IX, 320, 321; Şîrbînî, *age.*, II, 90.

⁷⁷ Râfiî, *age.*, IV, 295. Kabzedilmemiş mebî‘, kendine ait borcuna karşılık olarak rehin verilmişse karşılık hükmünde olacağından rehin akdi geçersizdir. Fakat rehin veren, mebî‘e taalluk eden bütün borcunu ödemişse bir görüşe göre geçerlidir. Mâverdî, *age.*, V, 223.

⁷⁸ Nevevî, *age.*, IX, 325; Şîrbînî, *age.*, II, 91.

⁷⁹ Mâverdî, *age.*, V, 229. Ancak bu mallarda mûris veya vasînin de bu konuda tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Mûris veya vasînin satın alıp kabzetmediği malı miras olarak alan, bunu kabzetmeden satamaz. Ayrıca kabz öncesi tasarruf için aranan bir şart da vasiyet edilen kişinin bu vasiyeti kabul etmesidir. Nevevî, *age.*, IX, 320.

⁸⁰ Mâverdî, *age.*, V, 229-230; Nevevî, *age.*, IX, 320.

İslâm hukukunda en yaygın tatbikat sahasına sahip Sünnî fıkıh mezheplerindeki kabz öncesi tasarruflar ile ilgili görüşler yukarıda açıklandığı gibidir.

Diğer mezheplerden Câferîler de hâkim görüş ise mekilat ve mevzunatın kabz öncesi satışlarının mekruh, sair nesnelere satışlarının ise caiz olduğudur. Miras, mehir, muhâlaa bedeli gibi bir yolla malik olunmuş malın ise kabz öncesi satışı geçerlidir.⁸¹

Zâhirîlere göre kabzından önce hiçbir şeyin satışı yapılamaz fakat hibe, kira, tasadduk, karz ve seleme konu olabilir. Buğdayın ise kabz öncesi tasarruf konusunda özel bir konumu vardır. Hibe, sadaka veya satış gibi diğer yollarla sahip olunan buğdayın kabzdan önce satışı ve diğer tasarruflara konu olması caiz değildir. Çünkü hadiste geçen yiyecek kelimesi sözlükte buğday için kullanıldığından tahsis ifade eder.⁸²

Zeydîlere göre ise kabzedilmemiş mebî' de satış kira, hibe, rehin, adak, vasiyet yapılamaz fakat vakfedilmesi mümkündür.⁸³

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İslâm hukukçuları, kabz öncesi tasarruf konusunda yapılacak işlemlerden daha çok işlemin üzerinde gerçekleşeceği malın cinsini ön plana çıkarmakta ve meselenin hukukî sonuçlarını bu açıdan ele almaktadırlar.

Tasarruf yetkisi için kabza neden ihtiyaç duyulduğu hakkında iki yaklaşım vardır. Birincisine göre hadislerle yasaklandığı, ikincisine göre ise akitte bulunmaması gereken durumlara sebep olduğu için mebî'in teslim alınmasından önce satışı yapılamaz. Şu halde kabz öncesi satış konusundaki tutumları esas alınarak fıkıh mezheplerini iki sınıfta toplamak mümkündür:

Mâlikîler ile Hanbelîler, kabz öncesi satışa konu olabilecek mebî' çeşitleri hakkında daha müsamahakâr olup, yasağının sınırlarını dar tutmaktadırlar. Ayrıntılar bir kenara bırakılırsa Hanbelîler yasağı ölçümü yapılan her türlü maddelerle, Malikîler ise

⁸¹ Hillî, *Şerâ'i'u'l-İslâm*, I, 173. Bazı Caferîler, yiyecek maddesinin kabz öncesi satışını geçerli görmemişlerdir. Necefî, *Cevâhirü'l-Kelâm*, XXIII, 167 vd.

⁸² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 518-521.

⁸³ İbn Murtazâ, *Ğaysü'l-Midrâr*, VI, 159, 160; Hârûnî, *Şerhu't-Tecrid*, IV, 7 vd.

yalnızca ölçümü yapılan gıda maddeleri ile sınırlandırılır ve diğer şeylerde kabz öncesi satışa izin verirler.

Mebûde kabz öncesi tasarruflar hakkında daha ihtiyatlı davranan ve yasağının çerçevesini genişleten Hanefî ve Şâfiîlerin görüşleri ise yalnızca gayrimenkûl satışında farklıdır. Her iki mezhep hukukçuları da menkûl mallarda kabz öncesi tasarrufu geçerli görmezler.

Bütün mezheplerde yiyecek maddesinin kabzedilmeden ve ölçülmeden tekrar satılamayacağı hakkında ortak görüş bulunmaktadır. Konu ile ilgili hadislerde özellikle “yiyecek” ifadesinin geçmesi, fukahânın bu konuda aynı görüşe yönelmesinde en büyük etkidir. Götürü usulle satın alınan mebû’deki teferruata ait ihtilaflar ise bu şekilde satılan yiyeceklerin ölçümü gerekmediğinden, farklı şekillerde kabzının mümkün olmasından kaynaklanmaktadır.

Hadislerde yapılmaması vurgulanan, kabzından ve ölçümünden önce gıda maddelerinin satışının şu durumlar nedeniyle mahzurlu olduğunu düşünebiliriz:

1. Yiyecek maddesi organik olduğundan çürümesi, mikroorganizmalar, parazitler gibi çeşitli etkenler sebebiyle kısmen veya tamamen zarar görmesi mümkündür. Gıda maddelerinin türlerine göre özel depolanma şartları ve süreleri gereklidir. Özellikle modern saklama ve koruma metotlarının mevcut olmadığı eski zamanlarda bu durumlar çok daha sık görülebilir. Bu olaylarla karşılaşmamak ve satıcı ile alıcının mebû’in kalitesi ve değeri hakkında aralarında çekişmeye yol açacak bilgisizliğin önüne geçmek için gıda maddesi önce kabzedilip hepsi veya numunesi incelenmeli daha sonra satılmalıdır.

2. Gıda maddelerinde su bulunur ve bu su kendiliğinden eksilir veya nemlenme ya da ıslanma yoluyla artabilir (bu işlemlerin bilinçli olarak hile amacıyla yapılması da mümkündür). Suyun eksilme veya artması ağırlığına etki eder. Bu fark toptan satışlarda önemli boyutlara ulaşabilir. Bu sebeple ilk satıştaki ölçülme ile yetinilmemeli, bu tür mebû’ ikinci defa satılacağı zaman yeniden ölçülmelidir.

3. Yiyecek insanların en temel ihtiyaç maddesidir. İnsanlar yiyeceğe diğer maddelere göre çok daha fazla gereksinim duyarlar. İnsanların en temel ihtiyaçlarının

karşılandığı gıda sektörü üzerinde sunî fiyat artışına sebep olacak spekülâtif oyunların engellenmesi gereklidir. Bu bağlamda yiyeceğin yeri değiştirilmeden satışı faize benzetilmiş, üstelik toplum için para ile yapılan faiz muamelesinden daha çok zararlı görülmüştür.⁸⁴ Kabz öncesi satış ile ilgili hadislerde, özellikle yiyeceklerin kabz öncesi satışının yasaklanması ile insanların temel ihtiyaç maddeleri üzerinde bu tür zararlı işlemlerin engellenmesi hedeflenmiş olabilir.

1. Deliller açısından

Tarafların kabz öncesi satış ile ilgili hadislerle yaklaşımlarına baktığımızda, bir grubun görüşlerini hadisler ile şekillendirdiğini, diğer grubun ise hadisleri mevcut görüşlerine destek olarak kullandığını görmekteyiz. Yani adeta Mâlikî ve Hanbelîler: “Konunun hükmü bu şekildedir, çünkü Hz. Peygamber böyle buyurmuştur” derken, Hanefî ve Şâfîliler: “Konunun hükmü şu şekildedir, nitekim Hz. Peygamber de böyle buyurmuştur” demektedirler.

Mezheplerin bu meseleyle ilgili delil ve görüşlerinden öne çıkanlar ve bunlar hakkındaki değerlendirmelerimize gelecek olursak:

a. Mâlikîler

Mâlikîlerin gösterdikleri en önemli delil ilgili hadisin lâfzî yorumudur. Mâlikîler, hadiste yiyecek maddesinin geçmesini tahsis olarak algılayıp satış yasağını gıda maddesine özgü kabul etmişler ve yiyecek dışındaki maddelerde kabz öncesi satış ve satış hükmünde tasarrufların yapılabileceği yorumunda bulunmuşlardır.

Mâlikîlerin bu hükme ulaşmada takip ettikleri usûl sağlıklı görünmemektedir. Çünkü yalnızca lâfzî yoruma dayalı hüküm çıkarma yöntemi ile her zaman isabetli sonuçlara varılamaz. Örneğin usul açısından yalnızca lâfzî yoruma dayanılması halinde,

⁸⁴ İbn-i Abbâs, Hz. Peygamberin yiyecek maddesinin kabzından önce satışını nehyettiğini rivayet ettiğinde kendisine bu nehyin sebebini sorulunca, buradaki olayın yiyeceğin yeri değişmediği halde paranın para karşılığında satışı olduğunu söylemiştir. Buhârî, Buyû, 54; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 252. Tecrîd-i Sarîh mütercimi Kamil Miras’da nesîe faizi içeren bu tasarrufun, tefecilikten daha kötü olduğunu, çünkü faizin zararının borçluya olduğu halde, gıda maddesindeki bu işlemin karaborsacılık gibi bütün topluma zarar vereceğini söyler. Miras, Kamil, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercümesi*, I-XII, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 1978, 4. bs. VI, 451, 452.

faizin ilgili hadislerde geçen altı madde dışındaki şeylerde gerçekleşmeyebileceğini⁸⁵ kabul etmek gerekir.

b. Hanbelîler

Hanbelîlerin delilleri iki başlıkta toplanabilir:

(1). Alım satım işlemlerinde ölçümün gerekliliği ile ilgili hadisler:

Hanbelîler de bu hadisler ile hüküm çıkarırken, Mâlikîler gibi lâfzî yorumu esas almışlardır. Bu nedenle Mâlikîlerin yönteminin güvenilirliği hakkındaki eleştirilerimizi Hanbelîler için de tekrarlayabiliriz. Hanbelîlerin delil olarak gösterdikleri hadisler gıda maddelerinde ölçümün önemini ve gerekliliğini göstermektedir. Söz konusu hadisler, ölçülmeyen maddelerin kabzlarından önce üzerlerinde tasarruf yapmak ile doğrudan ilgili değildir. Bu delillerden, satın alınan ürünün tekrar satışı için kabzı ve ölçülmesi gerektiği anlaşılır fakat bunlar mukadderâtın olmayan bir şeyin (örneğin kıymetli bir sanat eserinin veya kullanılmış bir otomobilin) tekrar satışından önce kabzı da gerekli değildir hükmüne ulaşmakta yetersizdir.

Hanbelîlerin, gıda maddesinin ölçülmeden satışının yapılamayacağı ile ilgili hadislerinden çıkardıkları hükmü, diğer ölçülen maddelere (mukadderât) genelleyip bunların dışındakileri ayrı tutmaları çelişkili bir durumdur. Eğer bu hadislerin lafzından hareketle yorum yapılacak olunsaydı, Malikîler gibi yasağın kapsamı hakkında ölçümü yapılan yiyecek maddesi dışına çıkmamak gerekirdi.

Ölçüm hem yiyecek hem de ölçülerek satılan diğer maddeler için satıcının ve alıcının maldaki haklarını birbirinden ayıran ve esasen gerekli bir işlemdir.⁸⁶ Kabzı ölçümle bir tutmamak gerekir.

(2). Akitle mebî'in mülkiyetinin yanında yarar ve hasar sorumluluğunun da müşteriye intikal ettiğine dair sahabe uygulaması.

⁸⁵ Bkz. I. Bölüm, Ribevî malların satışı.

⁸⁶ İbnu'l-Hümâm, *age.*, XI, 213.

Abdullah b. Ömer'in "akdin yapıldığı zaman mevcut olan mebû'in, müşterinin malı sayılması" ile ilgili aktardığı sahabe tatbikatı, mülkiyetin akitle müşteriye geçtiğini teyit etmektedir. Çalışmamızın kabzın hasar sorumluluğuna etkisi konusunda daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere kabz ve tazmin ilişkisi tartışmalıdır, tazminin sebebi akitten çok ziyetlik ile ilgilidir.

c. Hanefî ve Şâfiîler

Gösterdikleri deliller ve vardıkları sonuçlar itibarıyla birbirlerine yakın olan Hanefî ve Şâfiîlerin görüşleri şu şekilde değerlendirilebilir:

(1). Bu hukukçuların nassa dayalı en kuvvetli delilleri, Hz Peygamberin -genel olarak- "kabzedilmeyen malın satışını ve tazmin edilmeyen kazancın yasaklaması"⁸⁷ ile ilgili rivayetlerdir. Bu hadisler umumî ifadeler içermektedir ve bunlarda nehyedilen kabz öncesi tasarruf ve riski üstlenilmemiş kazanç yiyecek gibi belli bir çeşit nesneye özgü kılınmamıştır.

Diğer taraftan, bu iki kavramın mezkûr hadislerde birlikte geçmesi aralarındaki bağlantıyı da göstermekte ve kabz öncesi satışta hasar sorumluluğu üstlenilmemiş bir kazanç şeklinin bulunduğunu ortaya çıkarmaktadır.

(2) Hakîm b. Hızâm'ın naklettiği hadis ise menkûl mallarda, kabz öncesi tasarrufun caiz olmayacağı hakkında genel ve açık ifadeye sahip olmasına rağmen hadisin kaynaklarında belirtildiği gibi rivayet açısından zayıf olduğundan bu konuda müstakil delil olabilmesi tartışmalıdır.⁸⁸

(3) Yine bu gruptaki fukahâ, İbn-i Abbâs'ın "Hz. Peygamberin yiyeceğin kabzından önce satışını yasakladığını" aktardıktan sonra hadisteki hükmün diğer mallar için de geçerli olduğu kanaatini delil olarak gösterirler. İbn-i Abbâs'ın bu sözü kendi görüşüdür ve nass olarak değerlendirilemez.⁸⁹

⁸⁷ Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmîzî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20; Nesâî, Buyû, 72;

⁸⁸ Bkz. Karadâğî, "el-Kabzu", *Mecelletü Mecma 'i'l-Fikhi'l-İslâmî*, VI/1, s. 613.

⁸⁹ Sahabe kavlinin şahsî içtihad sayılması ve diğer müçtehitler için bağlayıcı olmadığı için bkz. Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 186 vd.

Bu konu ile ilgili hadislere ve tarafların delillerine baktığımızda, net olarak çıkan tek sonuç gıda maddelerinin kabzlarından ve ölçümlerinden önce satılamayacağıdır. Yalnızca bu hadisler ile yasağı kesin olarak ne Malikiler gibi yiyeceğe, ne Hanbelîler gibi mukadderâta, ne de Hanefîler gibi menkûllere tahsis, ne de Şâfîîler gibi bütün mallara genellemek mümkün değildir.

Mâlikî ve Hanbelîler ile Hanefî ve Şâfîîlerin gösterdikleri nassa dayalı deliller karşılaştırıldığında dikkat çeken bir durum daha ortaya çıkmaktadır. Mâlikî ve Hanbelîlerin delilleri, rivayet açısından daha sağlam görünmektedir.

Ancak Hanefî ve Şâfîîler, içtihatlarında İslâm hukukunun akit ile ilgili temel bir kaidesine dayanmaktadırlar ki bu yönden görüşleri kuvvet kazanmakta ve tercihe şâyan hale gelmektedir. Hanefî ve Şâfîîlerin dayandıkları bu esas, kabz öncesi satışın garar⁹⁰ içermesidir.

Bu mezhep fakihlerinin de belirttiği gibi, bir malın alıcısı tarafından hakikaten veya hükmen ele geçirilmeden satılması belirsizlik taşır. Kaldı ki akit ile müşteri mebî'in mülkiyetini kazandığı halde, kabz etmediği sürece kendisi için bile risk vardır. Özellikle gâip mal satımında mebî'in kararlaştırılan şartlarına uygunluğu, tesellümü ile sınanabilir. Böyle bir kontrol olmadan ve tahliye yolu ile dahi teslim alınmayan bir malın satışı ciddi surette garar taşımaktadır.

Mebîin müşterinin eline geçene kadar kısmen ya da tamamen telef olma ihtimali de teslim alınmadan önce üzerinde yapılan tasarrufları gararlı hale getiren sebeplerdendir. Garar ile ilgili hadislerden çıkan sonuçlara göre, gararlı satışlar haram olup fâsittirler ve herhangi bir sonuç doğurmazlar.⁹¹

Nitekim Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un, kabz öncesi satışın geçersiz olması ilkesinden ev, arsa gibi taşınmazları istisna etmeleri bunların teslim alınmadan önce satışlarının garar taşımadıkları ile gerekçelendirilmiştir.

⁹⁰ Gararın değişik tanımları yapılmış olmasına rağmen en çok benimseneni Serahsî'nin "*sonu bilinmeyen*" nitelendirmesidir. Kabz öncesi satışta bulunan garar, akit konusuna ait olup teslim gücü yetireme durumudur. Dönmez, İ. Kâfi, "Garar", *D.İ.A.*, XIII, İstanbul, 1996, ss. 366-371, s. 366, 369.

⁹¹ Darîr, Sıddîk Muhammed Emin, *el-Ğarar ve Eseruhû fi'l-Ukûd fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, b.y, Cidde 1995, 2. bs. s. 86, 87.

Hanefilerce, gayrimenkûlün tabiî afetler sebebiyle helâk riski taşınması halinde kabzından önce satışının yapılamayacağı da gararlı olmasına dayandırılır.

Hanefî ve Şâfiîlerin konu ile ilgili hadisler olmasa bile bu prensiplere dayanarak kabz öncesi satışı geçerli görmeyeceklerini söylemek mümkündür. Kanaatimizce kabz öncesi satışı konu alan hadisler, bu gruptaki fakihlerin içtihatlarında tamamlayıcı deliller gibi durmaktadırlar.

Kabz öncesi satışta önemli bir durum da hapis hakkı ile ilgilidir. Hanefilere göre ilk satıcı bedele karşılık mebî'î hapis hakkını kullandığında, ikinci satıcının malı müşterisine teslim edememe olasılığı doğar. Özellikle uluslararası ticaret gibi gâip mal satışının söz konusu olduğu durumlarda, malın istenilen kalitede veya sağlam olup olmadığını kabzedene kadar anlamak zordur. Müşterinin görme muhayyerliği sebebiyle akdi feshedebilme yetkisi olduğu böyle bir mebî' üzerinde tasarruf yapması ne kadar sağlıklı olabilir?

Özet olarak bütün bu değerlendirmelerimizin ışığında Mâlikî ve Hanbelîlerin rivayete, Hanefî ve Şâfiîlerin ise dirayete dayalı delillerinin daha sağlam ve üstün olduğunu söyleyebiliriz.

2. Günümüz şartları açısından

Son yüzyıllarda bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin ticarî hayatı önemli derecede etkilediğine, dış ticarete teslim şekillerini incelerken değinmiştik. Acaba bu gelişmelerin bugün için kabz öncesi satış işlemine de etkileri nasıl olmaktadır? Bu etkiler mahzurları azaltıcı mı yoksa artırıcı mahiyette midir? Bu soruları günümüz şartlarını göz önünde tutarak cevaplandırmaya çalışacağız.

İslâm hukuk doktrininde ticarî hususlar hakkındaki klasik görüşlerin, günümüz koşulları açısından değerlendirilmesi yapılırken bu koşulların olumlu ve olumsuz yanları birlikte ve objektif olarak hesaba katılmalıdır. Doğup büyüyen her kuşak kendisinden öncekilerin bilgi ve teknik beceri mirasına sahip olurken, ahlâkî olarak ise en baştan başlamaktadırlar. Bilgi ve becerilerini topluma yararlı olarak kullananlar yanında, sadece kendi çıkarları için başkalarına zarar vererek kullanalar da olacaktır. Teknolojik gelişmelerin, malların daha kolay temini, kontrolü nakliyesi, saklanması,

depolanması, gibi işlemleri daha seri ve güvenli hale getirmesi gibi olumlu etkilerinin yanında; dolandırıcılık yöntemlerinin gelişerek artması ve işlemleri yavaşlatabilecek formaliteler, mekanik veya dijital ortamlarda oluşabilecek arızalar gibi olumsuz etkilerinin de olduğunu göz önünde tutmak gerekir.

Günümüzde nakil ve haberleşme vasıtalarındaki hızlanma ve gelişme ürünlerin kabz öncesi satışlarında büyük bir artışa sebep olmuş, satıcılar değil kendilerinde, ithalatçıların depolarında dahi olmayan henüz fabrikadan çıkmamış ürünleri satmaya başlamışlardır. Örneğin bir mal daha deniz yolu ile nakliyesi sırasında, satışa konu olabilmektedir. Kabz öncesi satışa duyulan bu ilginin altında daha kolay ve daha çabuk kazanma amacının yanında, yurt içi ve yurtdışı rekabetin artması da yatmaktadır.⁹² Bu işlemlerin yaygınlaşıp teâmül haline gelmesine ve ortaya çıkardıkları olumsuz sonuçlara İslâm hukukçularının kayıtsız kalması düşünülemez.

Konuya öncelikle klasik fıkıh kitaplarına göre zamanımıza daha yakın bir devirde hazırlanan *Mecelle* ve üzerinde yapılan tadil çalışmalarını inceleyerek başlayıp sonra da kabz öncesi satışın gerekçeleri üzerinde durarak değerlendirmemizi yapacağız.

a. Mecelle’de kabz öncesi satış ile ilgili düzenlemeler

Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanan *Mecelle*’de, doğal olarak menkûllerin kabzından önce satışına izin verilmemiştir. Ancak daha sonra yapılan tadil çalışmalarında menkûllerde kabz öncesi satışa izin verilmeye doğru bir seyir izlendiği göze çarpmaktadır.

Mecelle ve tadil komisyonlarında menkûllerin kabz öncesi satış ile ilgili düzenleme ve çalışmalar üç aşamada gerçekleşmiştir.

(1). Menkûllerin kabz öncesi satışın geçersiz görülmesi: *Mecelle*’nin mebi’in kabz öncesi satışı ile ilgili 253. maddesi şöyledir:

“Müşteri kable’l-kabz mebi’i akar ise âhare satabilir ve eğer menkûl ise satamaz.”

⁹² Bu tür tasarruflardan uygun şartları taşıyanları selem ve ıstısnâ akitleri içinde değerlendirilir. Burada ele aldığımız konu ise bunların dışında, normal bir satım akdindeki kabz öncesi satıştır.

Bu madde Hanefî doktrinine uygun olarak düzenlenmiş olup açıkça menkûl satışlarına izin vermemektedir.

(2). Kabz öncesi satışının tamamen serbest bırakılması: Daha sonra *Mecelle*'nin tadili için oluşturulan komisyonlardan⁹³ Kânûn-ı Medenî komisyonu, 1923 yılında *Mecelle* maddeleri üzerinde yaptığı tadil, ilave ve iptal tekliflerinde, *ihtiyâc-ı zaman* gerekçesi ile 253. maddenin şu şekilde değiştirilmesini teklif etmiştir:

“Müşteri, kable'l-kabz mebî'i âhare satabilir.”⁹⁴

3. Kabz öncesi satışa izin verilmekle beraber garara vurgu yapılması: Önceki komisyonun yerine kurulan Ukûd ve Vâcibât Komisyonu, 1924 yılında yaptığı çalışmalar sonucunda kabz öncesi satışı geçerli kabul etmiş fakat esbâb-ı mûcibesinde mevzu ile ilgili fikhî tartışmaların altında “*garar*” lı bir tasarruf olmasının yattığını da belirtmiştir. Komisyon bu karara varırken, kabz öncesi satışın tamamen yasaklanması halinde ticarî işlemlerde zorluklara sebep olacağından “*meşakkat teysiri celbeder*” (m.17) küllî kaidesine dayanmıştır.⁹⁵ Bu izahlara bakılınca Ukûd ve Vâcibât Komisyonu'nun bir önceki komisyona göre daha tutarlı hareket ettiği görülmektedir.

Bütün bu süreçlerden sonuç olarak şunlar anlaşılmaktadır: Gelişen ve artan ticari ilişkiler, satın alınan malın ele geçirilmeden önce satışının yapılabilmesinin önünü açmak için bazı hukukî düzenlemelerin yapılmasını zorlamıştır. Bu doğrultuda her iki komisyon da menkûl eşyanın kabz öncesi satışına zaruret sebebiyle izin vermiştir. Ancak ikinci komisyon bu işlemi geçerli kabul ederken kabz öncesi satışta bulunan garar riskine de vurgu yapmıştır.

⁹³ *Mecelle*'nin eksik bir medeni kanun olması, resmi mezhep (Hanefî) anlayışına bağlı kalması, tadil edilmesinin gerekmesi gibi öne sürülen birtakım gerekçelerle bazı düzenlemelerin yapılmasına ihtiyâç duyulmuş ve bunun için de 1916-1926 yılları arasında çeşitli komisyonlar kurulmuştur. Bkz. Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 354 vd.

⁹⁴ Bu değişikliğin esbâb-ı mûcibesinde, “*ihtiyâc-ı zaman*” gerekçesi ile Osman el-Bettî'nin her şeyin kabz öncesi satışını geçerli kabul eden görüşüne dayanıldığı ifade edilmektedir. Kaşıkçı, *age.*, 354. Komisyonun bu maddeye dair değişiklik teklifini yaparken *ihtiyâc-ı zaman* gibi esnek bir gerekçe ileri sürmesi ve İslâm Hukukçuları tarafından benimsenmemiş ve delili de olmayan bir görüşe dayanması hukuki olarak isabetli görülmemektedir.

⁹⁵ Kaşıkçı, *age.*, s. 382.

Daha çok satıcıların lehine olan bu kararlar o günün şartları açısından isabetli bulunabilir fakat birazdan göreceğimiz üzere artık alıcıların da gözetilip dengenin sağlanması gerekmektedir.

b. Kabz öncesi satışın yararları ve sakıncaları

(1). Kabz öncesi satışın yararları: Kabz öncesi satış şu yönleriyle taraflara cazip gelebilir:

(a). Satıcının tesellüm, teslim ve nakliye ile ilgili risk ve masraflara katlanmadan satış işlemlerini tamamlamasını ve daha kolay kâr etmesini sağlar.

(b). Satıcı müşteriden henüz malik olmadığı bir malın bedelini almışsa bu bedelle malı temin etmesi yani kendi sermayesi olmadan iş yapabilmesi mümkün olur.

(c). Müşteri, almak istediği malı elde etmede bir çeşit öncelik sahibi olur. Sıra beklemek gibi durumlarla karşılaşmaz.

Netice olarak bir malın kabzedilmeden önce satılması, satıcı için riske girmeden bedeli tahsil, alıcı için de diğer taliplere göre imtiyaz sağlar. Ayrıca satıcı, kabz öncesi satış işleminde alıcıya göre daha avantajlıdır.

(2). Kabz öncesi satışın sakıncaları: Öncelikle konu muamelat sahasına ait olduğundan İslâm hukukçularının çoğunun da belirttiği gibi, yasağın sebeplerinin izah edilebileceğini, makul gerekçeleri bulunduğunu ve hangi zararları önlemeye yönelik olduğunun tespitinin yapılabileceğini söyleyebiliriz.

Mezheplerin görüşlerini incelerken verdiğimiz bilgilerden, fukahânın kabz öncesi satışın yasaklanma sebebi ve doğurduğu sakıncaları hakkındaki tespitlerini şu üç maddede özetlemek mümkündür.

- Kabz öncesi satış garar içermektedir.
- Kabz öncesi satış, riski üstlenilmemiş kazanç sebebidir.
- Kabz öncesi satış fiyatlarda sunî artışlara sebep olur.

Bu maddeler hakkında aşağıdaki mülahazaları yapmak mümkün olacaktır:

(a). Kabz öncesi satışın garar içermesi: İlk müşterinin kabzından önce mebî'in helâk olması halinde ikinci müşteriye tesliminin mümkün olmaması, ikinci satışın cevazına engel olacak kadar önemli garar sebebi olarak görülmüştür. Bu gerekçeyi özellikle Hanefî ve Şâfiî hukukçuları öne çıkartmışlardır. Hanbelîlere göre de mukadderâta kabz öncesi satış yasağının sebebi, yine bu şekilde ilk satım akdinin fesholmasına yol açabilecek garar taşımasıdır.⁹⁶

İçerdiği garar nedeniyle menkûllerin kabz öncesi satışı kabul etmeyen Hanefiler, helâk olma ihtimali olmadığı ve de garar oluşturmadığına binaen gayrimenkûlün teslim alınmadan satışını geçerli görmekte dirler.

Kabz öncesi satışın diğer bir boyutu da şahsın mülkiyetine dâhil olmayan malı satışdır. Satıcı, mülkiyetinde ve elinde olmayan mal karşılığında müşteriden bedeli alıp daha sonra bu bedelle malı piyasadan temin ederek müşterisine teslim etmek isteyebilir. Hanefiler, bazı rivayetlerini⁹⁷ göz önüne alarak, Hakîm b. Hızâm hadisinin kişinin satın alıp kabzetmediği maldan daha çok, maliki olmadığı yani henüz satın dahi almadığı malın satışı ile ilgili olduğunu söylerler. Hanefilere göre gerek satın almadan, gerekse satın alıp teslim almadan mebî'i satmak caiz değildir. Ancak kişinin mülkünde olmayan malı satması, geçersizlik olarak kabzetmediği malı satmasından daha ileri seviyededir.⁹⁸

Satılmak istenen malda mülkiyetin olup olmamasına göre kabz öncesi satış batıl veya fâsit olmaktadır. Kabzedilmemiş mebî'in satışının fâsit olmasından ve fâsit satışın da kabz ile mülkiyet ifade ettiğinden hareket edilirse, ikinci müşteri mebî'i teslim alınca mülkiyetini de kazanacaktır.⁹⁹ Oysa kişinin malik olmadığı bir şeyi satması batıl yani

⁹⁶ İbn Kudâme, *age*, VI, 191. Fakat Hanbelîlerin bu sebebi yalnızca ölçümü yapılarak satılan maddelere hasretmeleri aynı sakıncalara yol açabilecek bir durumdur. Çünkü bu tür garar özellikle menkûl her eşyanın kabzından önce satışında bulunabilir.

⁹⁷ Hadisin bazı rivayetlerinde, Hakîm b. Hızâm'ın, kendinde olmayan malın satışını yaptıktan sonra pazardan alıp müşteriye teslim etmek şeklinde muameleyi sorması üzerine Hz. Peygamberin: “*Yanında olmayın satma*” buyurduğu aktarılır. Ebû Dâvûd, *Buyû*, 67; Nesâî, *Buyû*, 60.

⁹⁸ Kâsânî, *age*, V, 147; Bâbertî, *age*, VIII, 496; Zeylâî, *age*, IV, 24, 25, 104.

⁹⁹ Serahsî, *age*, XIII, 20; Kâsânî, *age*, V, 263, 299; İbn Âbidîn, *age*, V, 49. Fâsit satışın, diyâneten mahzurlu olduğu unutulmamalıdır.

hükümsüz olduğundan, o şey akitten sonra mülkü olsa bile satım akdi inikâd etmemektedir.¹⁰⁰

(b). Kabz öncesi satış ile riski üstlenilmemiş kazanç sağlanması: Satın aldığı bir malı kabzetmeden önce başkasına satan kişi bu malın riskini üstlenmediği halde kazanç sağlamaktadır. Akde konu olan malın hasar sorumluluğu malın zilyedi olan ilk satıcıda olduğundan, kabz öncesi satışı yapan ikinci satıcı haksız kazanç sağlamaktadır. İkinci satıcının bu şekilde elde ettiği kâr haksız bir kazançtır. Hz. Peygamberin götürü usulle satılan malların yerlerinin değiştirilmeden satışını yasaklaması ve bu konudaki sahabe tatbikatından,¹⁰¹ bu yolla hem tazmin edilmeyen kazancın engellenmesi hem de sunî fiyat artışının önüne geçmenin amaçlandığını düşünmekteyiz.

Kişi satın aldığı malı teslim almadan sattıktan sonra kabzedip müşterisine teslim etse, bu satış işleminde tazmin edilmeyen kazanç yoktur. Ancak bu satış, mal ikinci satıcının eline geçene kadar garar taşıdığından fâsittir.

(c). Kabz öncesi satışın fiyat artışına etkisi: Bu durum kabz ve teslim ile ilgili herhangi bir çaba gösterilmeden, mebî'in tekrar satışının yapılmasında ortaya çıkar. Herhangi bir devir teslim yapılmadan, ürünün yalnızca evrak üzerinde sahibinin değişmesi ile fiyatı sebepsiz olarak artacaktır. Sermaye sahiplerinin bir nevi karaborsacılık sayılabilecek bu tür işlemlerle topluma zarar verebileceğini düşünmek, haklı bir endişedir. Bu tür bir işlemin yalnızca kabz öncesi satışı yapana getirisi vardır. Kabzdan önce satışa izin verilmezse, ürünün ne kalitesinin artmasına ne muhafazasına ne de halka arzına dair sunulmasıyla ilgili herhangi bir hizmetin karşılığı olmayan haksız bir kazancın ve bunun halka ödettirilmesinin önüne geçilir.

Kabz işlemi aradan çıkartılarak fiyatın yapay olarak yükseltilmesi tazmin edilmeyen kazanç konusu ile bağlantılı olup, mebî'in yer değiştirmeden yapıldığı satışlarda görülür.

¹⁰⁰ Şeybânî, *el-Asl*, V, 77; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 505, V, 58. Akit konusunun, satıcının mülkiyetinde olması satım akdinin inikad şartlarındandır. Selem, gasp edilmiş malı gâsiba satmak ve fuzûlinin (yetkisiz kişi) satışı bu genel kuraldan istisna edilmiştir. İbn Âbidîn, *age.*, a.y.

¹⁰¹ İbn-i Ömer, Hz Peygamber devrinde satın aldığı malların yerlerini değiştirmeden tekrar satanların darp edildiklerini anlatır. Buhârî, *Buyû*, 54, 56; Ebû Dâvûd, *Buyû*, 65.

Bugünkü ticarî sistemde kabz öncesi satışı yapılan malın, müşteriye teslim edilememesi veya gecikmesi halinde sigorta, vazgeçme hakkı gibi bazı tedbirler geliştirilmiştir. Fakat bu tedbirler alınmış olsa bile malın veya iadesi gerekiyorsa bedelin geç teslimi ve iade işlemlerin taraflara ek olarak getirdiği masraf ve sorunların, önüne geçilmesi tam anlamıyla mümkün olmamaktadır.

c. Konunun tüketicinin korunması açısından değerlendirilmesi

Günümüzde alıcı ve satıcı arasındaki denge, kapitalist sistemin etkisiyle alıcı konumundaki tüketici¹⁰² aleyhine bozulmuştur. Üretici ve satıcı olan taraf kurumsallaşarak büyüüp güçlenirken, müşteri yani tüketici yalnız ve zayıf konumda kalmıştır. Üretim şeklinde ve teknolojideki gelişmeler, tüketim toplumunun oluşması, reklam ve pazarlama tekniklerindeki ilerlemeler, ekonomik yoğunlaşma (tekelleşme) ve tüketiciyi esas almayan mevcut klasik yasaların eksikliği gibi genel sebepler, tüketicinin korunması için çeşitli düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir.¹⁰³ Günümüzde yapılan İslâm hukuku çalışmalarında, bu durumlarla ilgili konuların tüketicinin korunması açısından da incelenmesini gerekmektedir.

Ticarî konularda yapılan araştırmalarda yalnızca imalatçı, işveren ve tüccar gibi mal ve hizmet sunan kesimlerin fayda ve zararlarını ölçü almak, adil sonuçlara ulaşmayı engelleyebilir. Bu tür çalışmalarda değerlendirmeler yapılırken bir malın son alıcısı olarak görünen ve diğerlerine göre daha zayıf konumdaki tüketicinin de gözetilmesi hatta kayırılması dahi gerekmektedir.

Kabz öncesi satış yasağı tüketicinin korunması açısından değerlendirildiğinde, kapsamının genişletilerek uygulanmasının tüketici lehinde olması yanında imalatçı ve ara satıcılar (ithalatçı, dağıtıcı firma, bayi) için de yararlı olacağı ortaya çıkmaktadır.

Kabz öncesi satışlar tüketiciye iki noktada önemli zarar verir:

¹⁰² Yirminci asırda ortaya çıkan tüketici kavramı, bir mal veya hizmeti ticarî veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir. (*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, m. 2/e).

¹⁰³ Bkz. Kisbet, Mustafa, *İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998, s. 3-7.

a. Fiyatların sunî olarak yükselmesi: Malın el değıştirmeden, bulunduğu yerden alınmadan tekrar satışının yapılması fiyatının sebepsiz olarak yükselmesine neden olur.¹⁰⁴ Bu spekülâtif bir durum olup tüketicinin aleyhinedir. Özellikle sabit ve dar gelirliilerin, fiyatların bu tür artışlardan korunması gerekmektedir.

b. Malın tesliminin gecikmesi: Bilhassa internet üzerinden yapılan alışveriş işlemlerinde¹⁰⁵ genellikle aracı firmalar satıcı tarafı olmaktadır. Teslim işlemleri zamanında yapılamadığında veya helâk olma, firmanın iflası, dolandırıcılık gibi nedenlerle teslim yapılamadığında tüketiciler mağdur olmaktadır. Satışın iptali söz konusu olduğunda ise müşteri, bedelin iadesinin geç yapılması veya hiç yapılmaması ile de karşılaşabilmektedir.

Yine bu süreçte yapılan sipariş iptalleri ve teslim borcunu zamanında ifa edememe sonucunda yaşanan prestij kayıpları ile aracı firmalar da zarar görmektedir. Bu tür sorunlarla ilgili şikâyetler azımsanmayacak kadar çoktur.¹⁰⁶ Konu ile ilgili yasal düzenlemeler ile kayda değer mesafe alınmış olmasına rağmen sorunların önüne tamamen geçilememiştir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Miras, *age.*, VI, 447.

¹⁰⁵ İnternet üzerinden (on-line) yapılan ve mesafeli sözleşmeler denilen ticaret türü başlıca iki usul ile yapılır. Bu sitelerin yardım bölümlerinden de anlaşılacağı üzere sanal ticaretin seyri şu şekildedir:

a. Aracı sitenin komisyoncu olması: Bu tür siteler üzerinden yapılan alışverişlerde teslim işlemleri satıcının sorumluluğundadır. Önce alıcı bedeli öder ve bedel ilgili sitenin havuz hesabına aktarılır. Bu sırada satıcı ürünü kargo ile gönderir. Ürün alıcının eline ulaşınca görüp beğenirse site üzerinden bedelin satıcıya transferine onay verir. Onaydan sonra site bedelden komisyonunu tahsil eder ve kalanı satıcıya aktarır. Alıcı satışa onay vermezse havuzda bekletilen bedel kendisine iade edilir. www.ebay.com ve www.gittigidiyor.com bu tip sitelere örnektir.

b. Aracı sitenin satıcı olması: Bu türlü siteler üzerinden yapılan ticarete aracı site satıcı konumundadır. Bu tür online satış mağazaları, depolarında bulunan ürünlerin yanı sıra kendilerinde olmayıp ürünü temin edecekleri distribütörlerin stoklarında var olanları da listelemektedirler ki kabz öncesi satış daha çok bu durumda gerçekleşir. Aracı site bedeli tahsil eder, deposunda varsa alıcıya gönderir. Eğer yoksa dağıtıcı firmaya sipariş verir. Ürün önce sitenin deposuna girer gereken fatura, irsaliye kesimi vb. resmi işlemler ve paketleme yapıp sonra da müşteriye kargosu yapılır. Örneğin www.hepsiburada.com bu tür bir sitedir.

¹⁰⁶ Zamanında ürün teslim edilmemesi, tüketici sorunlarının dile getirildiği sitelerden www.sikayetvar.com da ilk rastlanan şikâyetler arasındadır.

¹⁰⁷ Bu düzenlemelerden en başta gelenleri sayı 23.2.1995 kabul tarihli ve 4077 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” dur. Konuyla ilgili çeşitli yönetmelikler için bkz. <http://www.tudof.org.tr/index.php?yonetmelik> (20.01.2010)

Kabz öncesi satış konusunda sonuç olarak menkûl malların kabzedilmeden satışının, şu sebeplerden ötürü İslâm hukukuna göre meşru olmadığı kanaatindeyiz: Bu satışta mebî'in tamamen veya kısmen teslim edilememe ihtimali sebebiyle garar bulunmaktadır. Yine bu tür satış haksız kazanç içermekte ve sunî fiyat artışına yol açmaktadır. Bu nedenle satın aldığı malı başkasına satmak isteyen kişi, bu malı en azından tahliye yolu ile kabzettikten sonra bir başkasına satmalıdır.

III. KABZIN HASAR SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Mebîi satıcının teslimi ve alıcının da kabzının ikinci önemli sonuç, hasar sorumluluğunun malın zilyedi olan tarafa yani müşteriye intikalidir. Kural olarak malda kabzdan sonra oluşacak zararlar müşteriye aittir.

Fakat mebî'in akitten sonra ve kabzdan önceki hasar sorumluluğunun hangi tarafa ait olacağı hakkında görüş ayrılığı bulunup, cumhura göre kabz öncesi zararlar satıcı aleyhinde değerlendirilirken, bazı fakihler ölçüm işlemleri gerekmeyen mallarda kabzdan önce oluşan hasara müşterinin katlanması gerektiğini söylemişlerdir.

İslâm hukukunda mebî'in hasar sorumluluğu ile ilgili hükümler geniş bir sahaya sahip olan “damân” kavramı altında ele alınmıştır. Bu nedenle damân terimi hakkında bazı bilgiler verilmesi uygun olacaktır.

Damân, sözlükte bir şeyi üstlenmek, kefil olmak gibi anlamlara gelirken¹⁰⁸ terim olarak ise farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan damân kavramını dar anlamda “kefâlet”, geniş anlamda ise “ödeme sorumluluğu” olarak ifade etmek mümkündür. Taşındığı bu anlamlarıyla İslâm hukukundaki damân terimi, bugünkü hukuktaki “hukuka aykırılık sonucunda yol açılan zararın ödenmesi” anlamında kullanılan tazmin kavramından daha geniş bir sahaya sahiptir.¹⁰⁹ Çalışmamızda ve özellikle bu bölümde damân ve tazmin kavramları, geniş anlamda yani meydana gelen hasarı ödeme sorumluluğu olarak kullanılmıştır.

¹⁰⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XIII, 257; er-Râzî, *Muhtârü's-Sihâh*, s. 384.

¹⁰⁹ Aktan, Hamza, “Damân”, *D.İ.A.*, VIII, İstanbul 1993, ss. 450-453, s. 450. Diğer tanımlar için bkz. Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 14, 15; *Mecelle*, m. 416.

Kavrama mezheplerin kullanımı açısından bakıldığında damânı, Hanefiler zararın giderimi veya verilmiş olan zarardan sorumluluk, Mâlikî, Hanbelî, Şâfiî ve Zâhirîler ise hem bu mali sorumluluk hem de kefalet anlamlarında kullanmışlardır.¹¹⁰

İslâm hukukçuları damân sebeplerini akit, el koyma ve itlaf olarak üçe ayırırlar. Mebî'in hasar sorumluluğu el koymadan yani bu malı elinde bulundurmaktan kaynaklanmaktadır.¹¹¹ Bir başka deyişle satılan mal, zilyedinin damânındadır.

Mebî'in kabz öncesi satış yasağının, hasarlarına ait sorumluluğunun üstlenilmesi ile kuvvetli bir bağlantısı vardır. Alıcının mebî'i kabzetmeden yani mesuliyetini üstlenmeden satıma konu yapması ile akit sonrasında oluşabilecek hasarlarla ilgili sorunlar daha karmaşık hale gelebilir. Bu gibi sakıncalar göz önüne alındığında her ne kadar mal mülkiyetinde de olsa hukuk güvenliği nedeniyle müşterinin tasarruf hakkı sınırlandırılmaktadır.¹¹²

Satın alınan malın hasar sorumluluğu ile ilgili hükümlere geçmeden önce, sorumluluğun satıcıdan müşteriye intikali hakkındaki görüşleri aktarıp değerlendirecek ve görüş ayrılığının altındaki sebepleri aydınlatmaya çalışacağız.

A. Sorumluluğun Kaynağı Hakkındaki Görüşler

İslâm hukukunda, ilke olarak hasar sorumluluğunun mebî'in el değiştirmesi ile intikal ettiği benimsenmiştir. Başta Hanefî ve Şâfiîlerin olduğu gruba göre hasar sorumluluğu, fiilen veya hükmen kabz ile intikal eder. Ancak Mâlikî ve Hanbelîler ölçülmesi, tartılması ve sayılması gerekmeyen nesnelere hasarının akitten sonra kabzetmemiş olsa bile müşteriye ait olduğu görüşündedirler ki bu durumda sorumluluk akit ile intikal etmektedir.

Mezhepler arasında konu ile ilgili ittifak edilen tek nokta mukadder (ölçülebilir) mebî'in hasar sorumluluğunun kabz ile taraf değiştirdiğidir. Bunun dışındaki kalan

¹¹⁰ Yıldız, Kemal, *İslam Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, s. 35.

¹¹¹ Zuhaylî, *age.*, s. 63, 65.

¹¹² Aybakan, "Mebî", *D.İ.A.*, XXIII, s. 213.

mallarda “damân” Mâlikî ve Hanbelîlere göre akit, Hanefî ve Şâfîilere göre ise kabz ile intikal eder.

1. Akdin yapılmasının sorumluluk şartı olarak yeterli görülmesi

Mâlikî ve Hanbelîler mukadderâtan olan mebî‘in, ölçüm ile müşterinin ödeme sorumluluğuna girdiği konusunda diğer mezheplere katılırlar. Mebî‘de tevfiye hakkı varsa, bu mal ölçümü yapıp müşteriye teslim edilene kadar satıcının tazminindedir. Fakat bu gruba göre ölçümü gerekmeyen mal, daha teslim alınmadan yalnızca akit ile alıcının sorumluluğuna girer.

Bu iki mezhep fakihlerinin, kabz öncesi satışta görüşleri arasındaki yakınlık, mebî‘in kabzından önceki hasar sorumluluğunda daha da belirginleşmektedir. Mâlikî ve Hanbelîlere göre tazmin sorumluluğu, ölçümü gerekmeyen veya götürü usulle satın alınan mallarda satışın sıhhat şartlarına uygun şekilde yapılmasıyla beraber müşteriye intikal etmektedir. Bedelin ödenmiş veya ödenmemiş olması veyahut müşterinin kabzetmek istememesi mebî‘e ait sorumluluğunun kendisine geçişini etkilemez. Üstelik Hanbelîlere göre mukadderâtan olmayan malların satışında müşteri kabza gücü yetmese bile bunlara gelecek zararlardan sorumludur.¹¹³

Hasar sorumluluğunun akit ile intikali hakkında en uç noktada olan Zâhirîlere göre ise mukadderâtan olsun olmasın, her çeşit malın tazmini mücerret akit ile alıcıya geçer.¹¹⁴

Mâlikî ve Hanbelîlerin, ölçümü gerekmeyen mebî‘in hasar sorumluluğunun akitle müşteriye geçtiğine dair gösterdikleri deliller şunlardır:¹¹⁵

a. Hz. Peygamberin (s.a.s.), “*yarar, tazminat karşılığındadır!*”¹¹⁶ hadisine göre mebî‘in gelirlerinden yararlanan, tazminini de üstlenmelidir. Mademki akitten sonra

¹¹³ Kadı Abdülvehhâb, *age.*, II, 17; Bâcî, *age.*, IV, 276; Haraşî, V, 158; Hırâkî, *el-Muhtasar*, s. 70; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 181, 185; Zerkeşî, *age.*, II, 54.

¹¹⁴ İbn Hazm, *age.*, VIII, 379.

¹¹⁵ Kadı Abdülvehhâb, a.y.; Karâfî, *ez-Zehîra*, V, 122; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 186; İbn Kudâme, *age.*, VI, 186; Zerkeşî, *age.*, II, 53-54; Buhûtî, *age.*, III, 220.

¹¹⁶ Ebû Dâvûd, Buyû, 71; Nesâî, Buyû, 15; İbn Mâce, Ticârât, 43; Malik, Buyû, 42; Dârekutnî, III, 53.

mebî'in getirisi müşterinindir, o halde zararı da onun olmalıdır. Çünkü mebî' kabzdan önce satıcının tazmininde olsaydı, semerelerinin de ona ait olması gerekirdi.

b. Abdullah b. Ömer'in "akdin, akitleşme anında akit konusu olarak canlı ve toplu olan ne varsa hepsini kapsadığı ve bunların müşterinin malı sayılmasının sünnette kural olduğuna"¹¹⁷ dair rivayeti, sünnette de ölçümü gerekmeyen mebî'in sırf akit ile müşterinin tazmin sorumluluğuna girdiğinin delilidir.

c. Müşterinin mebî' üzerindeki mülkiyeti akit yani yalnızca icap ve kabul ile istikrar kazanmıştır. Mülkiyet ona ait olduğuna göre tıpkı kabz sonrasında olduğu gibi mala gelecek zararlardan müşteri sorumlu olmalıdır.

d. Satıcının akitten sonra malı teslim mecburiyeti, kabzın mülkiyete tâbi olmasının bir göstergesidir. Kabz değil de mülkiyet asıl olduğuna göre, teslimden önceki zarardan sorumluluk da malike yani müşteriye ait olmalıdır.

Görüldüğü gibi bu hukukçuların temel dayanakları, "bir şeyden yararlanmanın onun hasarına katlanmak karşılığında olduğuna"¹¹⁸ dair genel fıkıh kuralıdır. Ancak gördüğümüz kadarıyla bu kural Hanbelî ve Mâlikîlerin iddia ettiği gibi mülkiyet-tazmin değil, faydalanma-tazmin bağlantısı ile ilgilidir. Nitekim bu kurala dayanak olan hadiste, ayıplı mebî'i satıcıya iade eden müşterinin iadeden önceki kullanımından ötürü ücret ödemesinin gerekmediği vurgulanmıştır.

Diğer iki delili de şöylece değerlendirmek mümkündür. Mebî'in mülkiyetinin akit ile müşteriye geçtiğini bütün İslâm hukukçuları kabul etmiştir. Fakat müşterinin mebî'den istifadesi için onun zilyedi olmalıdır. Gasp edilmiş, çalınmış veya kaybolmuş mal örneklerinde olduğu gibi, kişi her zaman mülkiyetinde olan şeyden istifade edemeyebilir. Müşteriye mebî'i kabzedip yararlanma ve korumaya yönelik tasarruf imkânı sağlanmadan, zarardan sorumlu tutulması hakkaniyetle bağdaşmaz.

Mâlikî doktrininde, satıcı üzerine düşen görevi yapıp mebî'i teslim hazırladıktan sonra bu mal ile ilgili tazmin yükünden kurtulur. Bununla beraber mebî'i

¹¹⁷ Dârekutnî, III, 53; Buhârî, Buyû, 57 (talik olarak).

¹¹⁸ *Mecelle*, m. 85. Ayrıca bkz. m. 87, 88; Ali Haydar, *age.*, I, 88, 90.

kabzı ister haklı isterse haksız bir sebeple engellenen müşteri tazmin sorumlusu değildir. Nitekim şu örneklerde bu durum görülmektedir: Mebî'in ölçümü yapıldıktan sonra müşteri teslim almaz ve satıcıya bırakırsa artık hasar sorumluluğu müşteriye aittir ve mal satıcıda emanet hükümlerine tâbî olarak kalır. Öte yandan satıcı, tevfiye hakkı bulunmayan mebî'i bedeli tahsil için alıkoyarsa hasarlanması durumunda rehin, haklı bir sebep olmadan müşterinin kabzını engelliyorsa gasp hükümleri geçerli olur. Hanbelîler ise bedeli tahsil için malı alıkoymayı da gasp olarak görürler.¹¹⁹ Daha önce geçtiği gibi, malı elinde tutanın emanette kasıt ya da ihmal sebebiyle, rehin ve gaspta ise her türlü etkenle mala gelen zarardan sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu mezheplerde hasar sorumluluğunun satılan malın el değiştirmesi ile intikalin kabul edildiği bazı istisnâ şekiller de vardır.

Mâlikîlerde hasar sorumluluğu şu beş durumda teslim kadar satıcıya aittir.¹²⁰

- Tevfiye hakkı bulunan maddelerin satışında.
- Belirli bir özellik bulundurması şartıyla veya akit meclisinde bulunmayan (gâip) menkûl malın satışında.
- Muhayyerlik şartıyla satışta.
- Ürünlerin olgunlaşmasından önce satışında.
- Fâsit satışta.

Hanbelîlere göre ise belirli bir özellik taşıması şartıyla ve akitten önceki bir zamanda bakılmış fakat satın alınırken akit meclisinde olmayan malın sorumluluğu teslim kadar satıcıya aittir.¹²¹

Görüldüğü gibi her iki mezhep fukahâsı da gâip malın satışında sorumluluğun kabz ile alıcıya geçtiğinde görüş birliğindedir.

¹¹⁹ Kadı Abdülvehhâb, *a.y.*; Karâfî, *age.*, V, 121; İbn Kudâme, *age.*, VI, 186. Buhûtî, *Keşşâf*, III, 242.

¹²⁰ İbn Cüzey, *age.*, s. 164; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 185; Haraşî, *age.*, V, 159. Tesûlî, *el-Behce*, II, 32.

¹²¹ Zerkeşî, *age.*, II, 56; Buhûtî, *a.y.*

Bu ekollerde sahih olmayan akitlerdeki sorumluluk hakkında ise farklı görüşler bulunmaktadır.

Mâlikîlere göre sahih olmayan akitlerde hasar sorumluluğu kabz ile müşteriye geçmektedir. Fâsit akitte mebî' kabza kadar satıcının sorumluluğundadır.¹²² Mâlikîler, bu konuda Hanefî ve Şâfiîler ile aynı görüştedir.

Hanbelîlere göre ise kabzedilse bile fâsit bir akitle mülkiyet kazanılmaz. Böyle bir akitle ele geçirilmiş mal üzerindeki satış vb. tasarruflar yapılamaz, yapılmışsa da iptal edilir. Fâsit akit sebebiyle oluşan zilyetlikteki tazmin sorumluluğu, gasp edilmiş malın sorumluluğu ile aynıdır.¹²³

2. Kabzın sorumluluk şartı olarak kabul edilmesi

İslâm hukukçularının çoğunluğu mebî'e ait hasar sorumluluğunun el değiştirmesi yani kabz ile intikal ettiği kanaatindedirler. Gerek bu konudaki açık ifadelerinden gerekse kabz öncesi zararların tazmini hakkında verdikleri hükümlerden Hanefî, Şâfiî, Câferî ve Zeydîlerin bu görüşte oldukları anlaşılmaktadır.¹²⁴ Muâsır İslâm hukukçuları da bu hükmü esas alırlar.¹²⁵

Bu içtihadı göre teslimden önceki zararlardan satıcı sorumlu olduğundan, mebî' üzerindeki hakimiyeti yed-i damân¹²⁶ şeklinde olmaktadır.

Şu iki madde *Mecelle*'de de hasar sorumluluğunun kabz ile intikalinin kabul edildiği gösterir:

¹²² Kayravânî, *age.*, III, 338; Sâvî, *age.*, III, 109.

¹²³ Merdâvî, *age.*, XI, 518; Buhûtî, *age.*, III, 197, 198, 245.

¹²⁴ Serahsî, *age.*, XIII, 64, 68; Kâsânî, *age.*, V, 241, 244 v.d.; İbnü'l-Hümâm, *age* VI, 273; Bâbertî, *age.*, IX, 30; İbn Âbidîn, *age.*, III, 637; Mâverî, *age.*, V, 136; Nevevî, *Ravza*, III, 159; Hillî, *age.*, I, 170; İbnü'l-Murtazâ, *age.*, VI, 145; İbn Miftâh, *Şerhu'l-Ezhâr*, VI, 390 vd.

¹²⁵ Hafîf, *Hukuki İşlemler*, s. 556; Karaman, *age.*, II, 560, Zerkâ, *Akdü'l-Bey'i*, s. 121; Zuhaylî, *age.*, s. 145 vd.

¹²⁶ İslâm Hukukunda yed kavramı, malın bir kimsenin elinin altında bulunmasını ifade eder. Yed, sorumluluk açısından yed-i emanet ve yed-i damân olarak ikiye ayrılır. Yıldız, *age.*, s. 47. Kabzın da, emanet ve damân kabzı olarak ikiye ayrıldığı satım akdinden önceki kabz konusunda geçmişti (bkz. II. Bölüm, Diğer teslim ve kabz yolları).

Mebî kable'l-kabz bayi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayi'e ait olur. (m. 293)

Mebî bade'l-kabz telef olsa bayi' hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı müşteriye ait olur. (m. 294)

İslâm hukukçularının satın alınan malda kabz öncesi zararlarla ilgili ihtilafları, kabz öncesi tasarruf yetkisindeki görüşleri ile doğrudan ilişkilidir. Bütün mezheplerde mebî' üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmanın, aynı zamanda sorumluluğunu taşımayı da beraberinde getirdiği kabul edilmiştir. Böylelikle hasar riskine katlanmadan kâr elde etmenin önüne geçilirken, riski üstlenen tarafın tasarruf yapabilmesi sağlanmaktadır.

Kanaatimizce kabz öncesi satış hakkında daha geniş bir görüşe sahip olan Mâlikî ve Hanbelîler, ölçümü gerekmeyen mebî'in kabzından önce satışını geçerli gördüklerinden tazmin yükümlülüğünün akit ile intikal ettiğini ispatlamak için delil göstermek zorunda kalmışlardır.

Oysa Hanefî ve Şâfiîler ise zaten kabz öncesi tasarruflara baştan set çekip malın tesliminden önce müşterinin işlemlerini geçersiz bulduklarından, bu hukukçulara göre teslim kadar sorumluluğun satıcıdan kalkmasını gerektirecek bir durum yoktur. Bu gruptaki hukukçuların kabz öncesi tasarrufları yok saydıkları için sorumluluğun kabz ile intikal ettiğine dair gerekçe göstermek ihtiyacı duymadıklarını düşünmekteyiz.

Hanefî ve Şâfiîlerin, mebî'e ait hasar sorumluluğunun satıcıdan müşteriye kabz ile intikal ettiğine dair görüşlerine müstakil ve tafsilâtlı olarak delil gösterdiğini tespit ettiğimiz tek hukukçu Şâfiîlerden Mâverdî'dir. Mâverdî'nin daha çok Mâlikî ve Hanbelîlere itiraz amacıyla öne sürdüğü deliller şunlardır:¹²⁷

a. Yüce Allah (c.c.): “*Mevcut faiz alacaklarınızı terk edin!*” (Bakara 2/278) buyurmuş ve ayetin nüzulünden önce alınmış olan faizde mülkiyet istikrar kazandığından geri verilmesini istememiştir. Faizin kabzedilmemiş kısmında ise mülkiyet tam teşekkül etmediğinden bırakılmasını emretmiştir. Ayetten bir şeydeki

¹²⁷ Mâverdî, *age.*, V, 136, 137, 321. Ayrıca bkz. Serahsî, *age.*, XIV, 32; Kâsânî, *age.*, V, 303.

mülkiyetin kabz ile yerleştiği anlaşıldığına göre, mebî'in kabzdan önce müşterinin tazminine girmeyeceği sonucunu da çıkarmak mümkündür.

Kısaca Mâverî'ye göre hasar sorumluluğu mülkiyetin mal üzerine tamamen yerleşmesi ile intikal eder. Bir şeydeki mülkiyetin tamamıyla yerleşik olması ise ancak kabzedilmesi ile sağlanır.

b. Hz. Peygamberin, tazmin edilmeyen kazancı ve kabzedilmemiş malın satışını yasaklamasının zorunlu sonucu, kişinin kabzetmediği malın tazmin sorumlusu olmadığıdır.

c. Hz Peygamber: *“Sizden biriniz eğer Allah ürününü engellerse, kardeşinin malını neyin karşılığında alır?”*¹²⁸ buyurarak, teslim alınmadan önce telef olan ürünün bedelini istemekten alıkoymuştur. Demek ki teslimden önce sorumluluk satıcındır. Aynı zamanda bu hadiste kabzdan önce helâk olan her çeşit mebî'in hükmü hakkında da uyarı vardır.

d. Mebî'in kabzı, sahih akit ile kazanılmış bir haktır. Eğer bu hak tahsil edilemezse, tıpkı sarfta akit meclisinde kabz gerçekleşmediğinde olduğu gibi satış hükümsüz olur. Bu yüzden kabzdan önce helâk olan mebî'in doğal olarak akdi batıl etmesi gerekir.

Konu ile bağlantılı olduğundan bu delillerin yanında Hanefî ve Şâfiîlerin kabz öncesi tasarrufların sınırı ile ilgili diğer delillerini de göz önünde tutmak gerekmektedir.

Bütün bu gerekçeleri değerlendirdiğimizde, kabzdan önce alıcının etkisi dışında oluşan zararlardan satıcının sorumlu olduğunu kabul etmek şu sebeplerle daha doğru olacaktır:

a. Müşteri bedeli eksiksiz teslim etmesi karşılığında, malı sağlam olarak teslim almaya hak kazanmıştır. Daha bu hakkını almadan kendisinin sebep olmadığı zarar ve ziyandan mesul tutulması akdin gereğine aykırıdır.

¹²⁸ Nesâî, Buyû, 29.

b. Müşteri kabzedene kadar garar sebebiyle mebî'de tasarruf yapamıyorsa, kabzdan önceki hasardan da sorumlu olmamalıdır.

c. Hadislerde vurgulanan kabz öncesi satışın tazmin edilmemiş kazancı içermesi de müşterinin kabzdan önce tazmin sorumlusu olmayacağını açıkça göstermektedir. Kabzdan önce mesuliyet, ancak bu malı elinde tutan satıcıda olabilir.

d. Kişinin, daha eline geçirip kullanma ve faydalanma fırsatı bulamadığı bir eşyaya gelecek zararlardan sorumlu tutulması adil değildir.

Hasar sorumluluğu ve kabz ilişkisine fıkıh usûlü açısından bakıldığında, kabzın tazminin intikali için sebep olduğunu görülür. "Sebep var olunca, sebep olunan şey de gerçekleşir" kuralınca, müşteri malı kabzettiğinde, sorumluluğun da kendisine intikali gerçekleşmektedir.¹²⁹

Hanefilerde batıl akitte müşteri elindeki malı Ebu Hanife'ye göre emanet, İmâmeyne göre tazminat kabzına bağlı olarak elinde tutmaktadır. Mezhepte ikinci görüş tercih edilmiş ancak *Mecelle*'de ilk görüş kanunlaştırılmıştır.¹³⁰ Fâsî akitte ise Hanefî ve Şâfiîler müşterinin kabz ile tazmin yükümlüsü olduğunda aynı görüştedirler.¹³¹

B. Mebî'de Kabz Öncesi Değişimler

Satın alınan malda teslimi yapılan kadar ki süreçte görülebilecek değişimler, bu malın tamamen yok olması veya eksilmesi veyahut daha çok canlılarda görülebilecek meyve verme, yavrulama gibi artışlar şeklinde olabilir.

Çalışmamızda kabzdan önce oluşan bir değişikliğin artış veya eksilme sayılmasında ölçümüz mebî'in değerine yaptığı etkidir. Fiziki bir eksiklik veya fazlalık malın değerini düşürüyorsa azalma, yükseltiyorsa artış kategorisinde incelenmiştir.

¹²⁹ Abdülber, M. Zeki, "el-Kabz", s. 393.

¹³⁰ Kâsânî, *age.*, V, 305; İbn Âbidîn, *age.*, V, 59; *Mecelle*, m. 370.

¹³¹ Kâsânî, *age.*, IV, 218; Damâd, *Mecmaü'l-Enhur*, III, 192; Zeylâî, *age.*, IV, 158; Mâverdî, *age.*, V, 149; Ensârî, *Esne'l-Metâlib*, II, 36; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, II, 54.

Mebîde oluşan fazlalık ve noksanlar İslâm hukukçularının çoğunluğunun benimsediği kabz ile sorumluluk anlayışı ekseninde ele alınmıştır.¹³² Kabzdan önceki zararlı fiile özellikle kimin veya neyin sebep olduğu, meydana gelen hasara hangi tarafın katlanmasını belirleyici olmaktadır.

1. Mebî'deki Azalmalar

Kabzdan önce mebî'de meydana gelen hasarlar ya tamamen yok olup işlevsiz kalmasına ya da bir bölümünün zarar görüp kendisinden beklenen ölçüde yararlanmanın imkansız hale gelmesine yol açar.

İslâm hukukçuları, müşteriye teslim edilmesinden önce malda meydana gelen zararı; miktarı, sebebi ve nerede oluştuğunu göz önünde tutarak inceleyip hükme bağlamışlardır. Buna göre zarar:

- Malın kendisinde veya semereleri denilen artışlarda,
- Tamamen helâk veya kısmî hasar şeklinde,
- Tabîî olay, satıcı, alıcı üçüncü kişi veya mebî'in kendisi sebebiyle meydana gelmektedir.

Zararın etkisi dikkate alındığında mebî'in kabzdan önce helâki, akdin infisahına yol açmaktadır. Sebep açısından bakıldığında, kabzdan önce mala gelen hasara satıcı sebep olmuşsa infisah, alıcının etkisi varsa kabz, üçüncü bir kişi neden olmuşsa müşteri için akdi fesih veya bu şahsa zararı tazmin ettirerek onaylama sonuçları ortaya çıkar. Zarara, doğal olaylar ve mebî'in kendisinin sebep olması ise akdin infisahına yol açar. Malın semerelerindeki hasarın akit ve hükümlerindeki etkisi tartışmalı olup genel olarak bedelden indirim hakkı doğurduğu söylenebilir.

Mâlikî ve Hanbelîlere göre yalnızca ölçülmesi gereken mebî'in kabza kadar satıcının sorumluluğunda olduğunu belirtmiştik. Dolayısı ile çalışmanın bu kısmında Mâlikî ve Hanbelîlere mezheplerine ait aktarılan bilgiler yalnızca *mukadderâtan olan mebî'* ile sınırlıdır.

¹³² Bununla beraber karşılaştırma için Hanbelî ve Mâlikîlere ait farklı görüşlere de yer verilecektir.

Şâfiîler tazmin sorumluluğunu akdin zarurî bir hükmü olarak gördüklerinden sorumluluğun tarafların anlaşması ile düşürülemeyeceğini söylerler. Bu sebeple müşterinin satıcıyı kabzdan önce mebî' deki hasarlardan ibrası geçersizdir.¹³³

a. Mebî'in tamamen helâk olması

Satın alınan malın teslimden önce tamamen yok olması veya kendisinden faydalanamayacak derecede hasar görmesi gibi durumların, etkenleri açısından farklı sonuçları vardır. Genel olarak tahribata kendisinin sebep olmadığı durumlarda, müşteriye fesih veya tazmin hakları tanınarak korunur. Zararlı fiili yapan taraf ise tazmin yükümlüsüdür. İnsan unsurunun dahil olmadığı zararlardan ise satıcı sorumludur.

İslâm hukukçularının kabz öncesinde mebî'in helâki ile ilgili bir çok açıdan örtüşen görüşleri aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir.¹³⁴

(1). Helâke doğal bir olayın sebep olması: Mebî' müşterinin kabzından önce sel, yağmur, deprem yangın gibi afetlerle veya insan tesiri olmayan doğal bir yolla yok olursa satım akdi infisah olur ve müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü düşer, ödemişse de geri alır. Çünkü satıcının mebî'i teslimden aciz duruma düşmesi ile akdin devamının bir anlamı kalmaz ve akit var olmamış kabul edilir. Meydana gelen zarar ise satıcıya aittir.

Şâfiî ve Hanbeliler, satıcının malı teslim için hazır duruma getirmesine rağmen teslim almaması halinde doğal bir sebeple oluşacak zararın, müşteriye ait olduğunu

¹³³ Râfiî, *age.*, IV, 287; Nevevî, *Ravza*, III, 160.

¹³⁴ Bkz. Serahsî, *age.*, XIII, 9 vd.; Kâsânî, *age.*, V, 238; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 273; İbn Nüceym, *age.*, VI, 10, 15; İbn Âbidîn, *age.*, IV, 560; Ali Haydar, *age.*, I, 275, 276; Mâverdi, *age.*, V, 136, 209; Şîrâzî, *age.*, II, 70, 71; Râfiî, *age.*, IV, 288-291; Nevevî, *Ravza*, III, 161-164; Karâfi, *age.*, V, 128, 129; Haraşî, *age.*, V, 162; Derdir, *Şerhu'l-Kebîr*, III, 147, 150; İbn Kudâme, *age.*, VI, 183, 184; Zerkeşî, *age.*, II, 55; Buhûtî, *age.*, III, 242, 243.

söylerler.¹³⁵ Bu görüşlerinden, bu mezhep hukukçularının kabzı müşterinin bir borcu olarak gördükleri anlaşılmaktadır.

(2). Helâke satıcının sebep olması: Hanefilere ve Şâfiîlerin çoğunluğuna göre, satıcının malı teslimden önce itlafı ile akit geçersiz olur ve müşteriden bedeli ifa borcu düşer. Zira akit yapılırken akdin konusu olarak tayin edilmiş mebî‘ yok olmuştur.

Mâlikî, Hanbelî ve bazı Şâfiîler ise bu durumda akdin devam ettiğini ve müşterinin akdi fesih veya satıcıdan mal mislî ise mislini, kıyemî ise değerini talep etme arasında muhayyer olduğunu ifade etmişlerdir. Bu içtihadın hareket noktası, mebî‘in mülkiyetinin akitle müşteriye geçtiğinden satıcının, müşterinin malını itlaf etmiş kabul edilmesidir.

Bu konuda her ne kadar ikinci görüş mantıklı görünse de ilk görüşü daha isabetli bulmaktayız. Çünkü henüz teslim alınmadığından müşterinin mebî‘ mülkiyetinin tam olarak sağlandığından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca mebî‘in karşılığı olan bedel dururken, bedel harici bir şeyin karşılık olarak istenmesi akdin hükümlerine aykırı görünmektedir.

Burada şu hususa da değinmek yararlı olacaktır. Satıcının emrinde veya taşımacılık gibi yan sektörlerde çalışan işçi, nakliyeciler gibi şahısların, satıcı tarafından istenen işi yaparken verdikleri zararlardan, öncelikle bunlar veya hükmî şahsiyeti hâiz şirketleri sorumlu olurlar. Ancak olay teslimden önce olduğundan konumuz açısından satıcının hasar sorumluluğunda gerçekleşmiş sayılır. Aynı durum alıcı ve temsilcileri için de geçerlidir.

(3). Helâke alıcının sebep olması: Bütün İslâm hukukçuları mebî‘i itlaf eden müşterinin, onu kabzetmiş olacağına hemfikirdirler. Böylece müşterinin bedeli ödeme

¹³⁵ *Mecelle*’nin tadili yapılan çalışmalarda bu görüşe paralel olarak, 293. maddeye “bir ay içinde teslim alınmayan mebî‘in telef olması halinde zararın müşteriye ait olacağı” ilavesinin yapılması teklif edilmiştir. Kaşıkçı, *age.*, s. 354.

borcu da kesinleşir. Müşteri bu fiili ile kendi malını itlaf ettiğinden bir başkasından da herhangi bir talepte bulunamaz.¹³⁶

(4). Helâke üçüncü bir şahsın sebep olması: Üçüncü şahıs verdiği zararı satıcıya veya alıcıya tazmin ile mükelleftir. Bu zararın kime ödeneceğini belirlemek ise müşterinin inisiyatifindedir. Bu şahıs söz konusu zararı müşteri akdi feshetmesi halinde satıcıya, onaylaması durumunda müşteriye öder.

Şâfiîlerin çoğunluğuna göre ise bu durumda mebî'in teslimi imkansızlaştığından akit infisah olur.

(5). Helâke malın kendisinin sebep olması: Canlı satışında görülebilecek bu durum, hayvanın kendi fiiliyle vuku bulmaktadır. Bu tür olayda insan faktörü olmadığından doğal sebep kapsamında değerlendirilir ve satış infisah ile sonuçlanır.

Bu grupta değerlendirilecek zararlarda akit konusunun irade sahibi olması gerekmektedir. İradesi olmayan cansız nesnenin örneğin bir elektronik cihazın kendiliğinden arızalanması, kural olarak üreticinin sorumluluğundadır.

b. Mebî'in bir kısmının zarar görmesi

İslâm hukukçularının çoğu satın alınan malın kabzdan önce bir bölümünün zarar görmesinde, müşteriye satışı fesih veya bu şekilde kabul etmek arasında tercih yapma hakkını tanımaktadırlar. Kısmî hasar konusu, incelediğimiz fıkıh kitaplarında malın tamamının helâk olması ile beraber işlenmiş olduğundan mebî'in tamamen helâk olması ile aynı tasnifte ele alacağız.

İslâm hukukçularının mebî'e gelen kısmî hasar ve sonuçları ile ilgili görüşleri şu şekildedir:¹³⁷

¹³⁶ Müşterinin kendi malı olduğunu bilmeden satıcının teşvikiyle itlafı Şâfiîlerde tartışılmış olup, tercih edilen görüş bu şekilde kabzın gerçekleşmediğidir. Bkz. Râfiî, *age.*, IV, 288, 289.

¹³⁷ Kâsânî, *age.*, V, 239, 240; İbn Nüceym, *age.*, VI, 16; Ali Haydar, *age.*, I, 277, 278; Şîrâzî, *age.*, 70, 71; Râfiî, *age.*, IV, 291 – 293; Şîrbînî, *age.*, II, 89, 90; Haraşî, *age.*, V, 162; Desûkî, *age.*, III, 148, 149; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 184, 185; Merdâvî, *age.*, XI, 501, 502; Buhûtî, *age.*, III, 243.

(1). Hasara doğal bir olayın sebep olması: Hanefiler satın alınan malda kabzdan önce tabii bir sebeple meydana gelen hasarı, oluştuğu yerin kadr (miktar, ölçü) ve vasıfta (özellik) olmasına göre iki açıdan değerlendirmektedirler.

- *Miktarda hasar*: Mebî' ölçülerek satın alınmış ve zarar görmüş bölüm de ayrılıp ölçüsü saptanabiliyorsa, zarara denk gelen tutar bedelden düşer. Müşteri ister kalan kısmı iskontolu ücreti karşılığında alır, isterse de satışı fesheder. Örneğin on ton buğdayın iki tonu ıslanarak gıda özelliğini kaybetmiş ise akit sırasında kararlaştırılan bedelden % 20 indirim yapılır.

Şâfiîler de mebî'in her biri için ayrı ayrı değer takdir edilebilen parçalarında oluşan hasarı bu şekilde değerlendirir.

- *Özellikte hasar*: Eğer zarar mebî'e ait bir özelliği etkilemiş ise herhangi bir indirim söz konusu olamaz. Çünkü Hanefilere göre mala ait özelliklerin bedelde karşılığı yoktur. Örneğin satın alınan arazideki ağaçlar ve binalar yanar veya yıkılırsa müşteri akdi ya bu haliyle kabul eder ya da satışı feshedip ödemişse ücreti geri alır.

Şâfiîlere göre de tabii afetlerle malın ayrılamaz ve ayrıca değer takdir edilemeyen özelliğinin zarar görmesi, ayıplanması olmaktadır. Bu durumda alıcı ya konuşulan ücreti vererek alır veya akdi fesheder, bedelden indirim hakkı yoktur.

Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüş, böyle bir durumla karşılaşan müşterinin akdi feshetmek veya zararın karşılığını bedelden düşürüp onaylamak arasında serbest kalmasıdır.

(2). Hasara satıcının sebep olması: Tesliminden önce satıcı mala zarar vermişse, ziyan olan kısmın bedeldeki karşılığı düşer. Müşteri isterse kalanı yeni ücreti ile alır, isterse akdi fesheder. Akdi kabulden yana tercihini yapar ve henüz kabzetmeden mebî' tamamen telef olursa satış yine fesholur.

Şâfiîlerde çoğunluğun görüşü, satıcının malı ayıplandırması karşısında müşterinin bedelin tamamını ödeyerek malı almak veya satışı feshetmek arasında serbest olduğudur.

(3). Hasara alıcının sebep olması: Kabzın gerçekleşme yollarında belirttiğimiz üzere müşteri mala zarar vermekle teslim almış kabul edilir. Çünkü zarar verdiği kısmı

itlaf, kalan kısmı da ayıplandırmak yoluyla mebî'in hepsini kabzetmiştir. Artık malın bu yeni kusur veya başka bir sebeple tamamen telef olması yine onun hasar sorumluluğundadır.

Mâlikîlere göre müşteri yalnızca ayıplandırdığı kısmı kabzetmiş olur. Bunun bedelini ödedikten sonra, ister kalan kısmı indirimli ücretini vererek alır isterse satışı bırakıp bedelin tamamını ödemişse sağlama denk düşen miktarını geri alır.

(4). Hasara üçüncü bir şahsın sebep olması: Mala satıcı dışında biri zarar vermişse müşterinin satışı feshetmek veya kararlaştırılan bedeli satıcıya ifa edip, zararı ödetmek için bu kişinin peşine düşmek arasında seçim hakkı vardır.

Şâfiîlere göre de bu durumda alıcı satım akdini fesih veya onaylayıp zararın karşılığını suçludan talep etmek arasında serbesttir.

(5). Hasara malın kendisinin sebep olması: Satın alınan hayvanın kendine zarar verip yaralaması doğal yollarla oluşan hasar hükmündedir. Müşterinin mebî'i bu haliyle bedelin tamamı karşılığında kabul veya akdi feshetme hakkı vardır. Fakat satın alınan iki hayvandan birinin diğerini telef etmesi gibi ölçülebilir ve ayrılabilir bir zarar söz konusu ise bedelden zarar görenin karşılığı düşürülür ve diğerini alır veya satışı fesheder.

Fıkıh kitaplarında tazmin sorumluluğu ile ilgili olarak iki durum özel olarak incelenmektedir. Bunlar Câiha ve Sevm-i Şirâ ile Sevm-i Nazar konularıdır.

Câiha: Özellikle Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde kullanılan bu kavram ile zirâî ürünlere kısmen veya tamamen beklenmedik ve önlenemeyecek şekilde gelen zarar kastedilir.¹³⁸ Konu ile ilgili hadislerle¹³⁹ dayanan bu mezhep hukukçuları zirâî hastalıklar, don, yağmur, dolu, kuraklık, askeri hareket gibi sebeplerle müşterinin toplamasından önce ürün kısmen veya tamamen telef olduğunda, bedelin bir kısmının veya hepsinin düşürülmesine imkan tanımışlardır. Böyle bir sebeple oluşan zarar ürünün

¹³⁸ Bardakoğlu, Ali, "Câiha", *D.İ.A.*, VII, ss. 26-27, s. 26.

¹³⁹ "Kim bir bahçesinin meyvelerini sattıktan sonra o meyvelere bir afet isabet edip (yok) ederse, kardeşinden bir şey almasın. Herhangi biriniz bu durumda neye karşılık, kardeşinin malını alır?" Müslim, *Müsâkât*, 14,17; Ebû Dâvûd, *Buyû*, 57; Nesâî, *Buyu*, 29, 30; İbn Mâce, *Ticârât*, 33.

Mâlikîlere göre en az üçte birine, Hanbelîlere göre ise alışılmışın üzerinde bir miktara ulaşırsa bedelden veya ürünün kıymetinden tenzilât yapılır.¹⁴⁰

Konuya objektif olarak bakıldığında, ürün olgunlaşınca müşteri tarafından toplanılmasının gerekli olduğu, bundan sonra müşterinin satıcının mülkünü (arazi, ağaçlar, bahçe vb.) meşgul etmesinin haklı olmadığı, bu nedenle de gelen zarardan sorumlu olduğunu söylenebilir. Fakat ahlâkî açıdan değerlendirildiğinde zor durumda kalan müşterinin kollanması ve her iki tarafında zararı paylaşması daha doğru olacaktır.

Sevm-i Şirâ ve Sevm-i Nazar: Malın müşteri tarafından bir akde dayanılmadan kabzedilip hasar zarar görmesi halinde zarara kimin katlanacağı konusu, literatürde Sevm-i Şirâ ve Sevm-i Nazar denilen iki tasarrufta ele alınmıştır.

Henüz herhangi bir satış yapılmadan veya kesinleşmeden, müşteri tarafından alınıp götürülen malların hasar sorumluluğunun hangi tarafa ait olacağını, tarafların arasındaki işlemin akit hüviyeti kazanmış olması belirlemektedir. Eğer satıcı ve alıcı arasındaki işlem, muhayyerlik barındıran satım akdine benziyorsa müşteri meb'î kabzetmekle tazmin yükümlüsü olur. Taraflar arasındaki anlaşma ile bir akit oluşmamışsa mal müşterinin elinde emanet olarak kalır. Bu durumlar uygulamada Sevm-i Şirâ ve Sevm-i Nazar denilen iki tasarrufta ortaya görülür.

Sevm-i Şirâ, müşterinin beğenip onaylamasına bağlı olarak malı alıp götürmesidir. Müşteri, malı alıp götürmeden önce satıcı ile açıkça veya dolaylı yoldan bir fiyat üzerine anlaşmışsa bu işlem satım akdine benzediğinden hasar sorumluluğu kabz ile müşteriye intikal etmektedir. Fakat herhangi bir fiyat tayin edilmemişse akitleşmeden söz etmek mümkün olmayacağından, mal müşterinin elinde emanet olarak kalır. Müşteri ancak kasıt ve kusur¹⁴¹ sebebiyle bu mala gelen zarardan sorumludur.

Sevm-i Nazar ise fiyat tayin edilsin veya edilmesin, müşterinin malı görmek veya başkasına gösterip incelemek amacıyla malı alıp götürmesidir. Müşterinin satın almaya dair iradesi ve beyanı olmadığından ve fiyat verilmesi de bilgi amaçlı kabul

¹⁴⁰ Bkz. İbn-i Rüşd, *age.*, II, 186-189; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, III, 112, 113.

¹⁴¹ *Mecelle*'nin konu ile ilgili 298. maddesine “müşterinin sun'u ile telef ve zayi olduktan, semen-i müsemâyı vermesi gerekir” ilavesi yapılması teklif edilmiştir. Kaşıkçı, *age.*, s 354.

edildiğinden taraflar arasında esasen bir akit yoktur. Böylece müşterinin elindeki mal, emanet hükmünde sayılır.¹⁴²

2. *Mebî'deki Artışlar ve Tazmini*

İslâm hukukunda akit yapıldıktan sonra malın mülkiyeti müşteriye geçtiğinden, mebî'de oluşan artışların da müşteriye ait olduğunda, ilke düzeyinde görüş birliği vardır. Satıştan sonra ve kabzdan önceki artışların müşteriye ait olması, Hanefilere göre “fer‘in asla tâbî oluşu”, Şâfiîlere göre ise “bir şeyin aslına sahip olanın tâbîlerine de sahip olacağı” kuralına dayanır¹⁴³.

Semereler denilen bu artışların, kabzdan önceki uğradığı hasarın ceremesinin kime ait olacağı ile ilgili hükümler, mebî'in kendisinin uğradığı zarara dair hükümlerden çok farklı değildir.

Hanefilerin asla (mebî) tâbî olarak satışa dahil ettikleri semerelere dair taksimi şu şekildedir.¹⁴⁴

a. Muttasıl (bitişik) artışlar: Bunlar fizikî olarak mebî'e bitişik fazlalıklar olup, ya bu malın kendinden doğmakta veya yine bu mala bağlı olarak harici bir sebeple oluşmaktadır. Örneğin satılan mal bir hayvan ise kilo alması kendinden kaynaklanmış artıştır. Mebî'in kumaş ise boyanması, arazi ise bina yapılması ve ağaç dikilmesi gibi fazlalıklar ise dış kaynaklı sebeplerle meydana gelmiş artışlardır.

b. Munfasıl (ayrı) artışlar: Bu tür fazlalıklar maldan ayırıldılar ve ona bitişik olanlar gibi malın kendisinden doğan veya oluşmasına sebep oldukları olarak iki çeşittirler. Örneğin yavru, meyve gibi artışlar maldan doğmuş, kazanç gibi fazlalıklar ise mebî'den bir parça olmamalarına rağmen bu mal sebebiyle oluşmuş artışlardır.

Hanefilere göre hapis hakkının kullanımı sırasında da olsa mebî' sebebiyle meydana gelen fazlalıklar, kabzdan önce müşteri dışında biri tarafından itlaf edilirse,

¹⁴² İbn Âbidîn, *age.*, IV, 573, 574 ; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, I, 475, 476; Ali Haydar, *age.*, I, 283 vd.; Bilmen, *Kâmûs*, VI, 55.

¹⁴³ Hanefilere göre bu artışlar satım akdine dahildirler. Karaman, *age.*, II, 392 vd. Bu içtihad farklılığının sonuçları için bkz. Kâsânî, *age.*, V, 256.

¹⁴⁴ Bâbertî, *age.*, VI, 338; İbn Nüceym, *age.*, VI, 21; İbn Âbidîn, *age.*, V, 122.

kıymetleri fiyata indirim olarak yansıtılır. Doğal olaylar ve müşterinin tesiriyle oluşan zayıyatın ücrete etkisi yoktur.

Üçüncü bir kişinin kabzdan önce veya sonra, mebî'de sebep olduğu zarardan sorumlu olacağı açıktır. İmam Muhammed ve İmam Ebu Yusuf'a ait daha önce gördüğümüz, kabzdan önce mebî'in itlafında müşteriye tanınan takip veya fesih hakkı semerelerinin itlafi durumunda da geçerlidir. Buna göre müşteri ister akdi fesheder, isterse suçluya zararı tazmin yolunu seçer. Böylece akdi onaylamış ve aynı zamanda İmam Ebû Yusuf'a göre mebî'i hükmen kabzetmiş de olur.¹⁴⁵

Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise bitişik olmayan fazlalıklar, satıcının elinde emanettir. Satıcı ancak kasıtlı olarak verdiği zararlardan sorumludur. Yine bu fakihlere göre asıl olan mebî' duruyorsa, bunun fer'î olan fazlalıkların telef olması akdin yürürlüğünü etkilemez.¹⁴⁶

C. Mebî'de Kabz Sonrası Değişimler

1. Genel olarak

Kabz ile tazmin sorumluluğu müşteriye geçtiğinden, teslim alınmış mala gelecek her türlü zarardan artık bunun zilyedi olan müşteri sorumludur. Satıcı malı teslim etmekle borcunu ifa edip akdin tamamlanmasını sağlamıştır ve herhangi bir yükümlülüğü kalmamıştır. Kabzın gerek ele alma ve nakliye gibi hakiki, gerekse tahliye, itlaf ve önceki kabz gibi hükmi yollarla gerçekleşmesi, sorumluluğun müşteriye intikalinde eşit değerdedir. İslâm hukukçuları arasında, kabzdan sonra hasar sorumluluğunun müşteriye geçtiği hakkında bir ihtilaf yoktur.

Mecelle de konu ile ilgili hüküm şu şekildedir:

Mebî ba'de'l-kabz telef olsa bayi' hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı müşteriye ait olur. (m. 294)

¹⁴⁵ Kâsânî, *age.*, V, 256; İbn Nüceym, *age.*, VI, 21; Bağdâdî, *age.*, I, 485.

¹⁴⁶ Râfiî, *age.*, VI, 288; Nevevî, Ravza, III, 161; Şirbînî, II, 87; Haccâvî, *el-İknâ'*, II, 111; Buhûfî, *age.*, III, 208, 209, 244.

Bu genel kural ile birlikte, mebî'in kabzından sonra oluşan hasardan satıcının sorumlu olduğu iki istisnâî durum vardır. Bunlar satıcının hapis hakkı varken ve maldaki gizli bir kusur sebebiyle ortaya çıkan hasarlardır.

2. Satıcının sorumlu olduğu değişimler

a. Satıcının hapis hakkını sebebiyle oluşan değişimler: Müşterinin, satıcının hapis hakkı bulunan mebî'i izinsiz olarak kabzetmesi, tazmin sorumluluğunun intikaline engel olmaktadır.

Semenin nakit para olmadığı ve de peşin verilmesi gerektiği bir akitte, müşterinin satıcıdan izin almadan kabzettiği mebî'i satıcının itlaf etmesi, geri alması olarak kabul edilir. Sonuç olarak satış geçersiz olur ve alıcının bedeli ödeme zorunluluğu da düşer. Kısmî zarar söz konusu ise bu zararın miktar veya özellikte olmasına bakılmadan bedelden karşılığı düşürülür. Müşteri ister kalan kısmı yeniden hesaplanan ücreti karşılığında alır, isterse satışı fesheder.¹⁴⁷

b. Gizli ayıp sebebiyle oluşan zararlar: Kabzedilmiş malda ortaya çıkan kusur, bu mal satıcının elindeyken oluşmuşsa bundan satıcı sorumludur. Satıcının sorumlu tutulacağı ayıp sebebinin akitten önce veya sonra gerçekleşmesi önemli değildir, mal satıcının elinde iken oluşması yeterlidir.

İslâm hukukunda, mebî'de kabzdan önce ortaya çıkan kusurlara kadîm ayıp, kabzdan sonra oluşan kusurlara ise hâdis ayıp denilmektedir. Genel kural kadîm ayıpta sorumluluğun satıcıya, hâdis ayıpta ise alıcıya ait olmasıdır.

Bazı ayıplar gizli olup, kabz sırasında tespiti mümkün olmayabilir. Kabzdan sonra ortaya çıksa da bu tür kusurlar, mal satıcının yanında ve gözetiminde iken oluştuğundan müşterinin bunlardan sorumlu tutulması adil olmaz. Bu yüzden İslâm hukukçuları kabzdan sonra varlığı anlaşılan ayıplardan da satıcının sorumlu olduğunu söylemişlerdir. Öyle ki müşteri teslim aldıktan sonra herhangi bir sebeple mal ayıplansa ve bu sırada malın kadîm bir ayıp taşıdığı da ortaya çıksa, bu mal satıcıya iade edilmez

¹⁴⁷ Kâsânî, *age.*, V, 241, 242; İbn Nüceym, *age.*, VI, 16.

fakat müşteri bu kadîm ayıp sebebiyle ödediği veya ödeyeceği bedeli iade veya bedelden indirim yapılması hakkına sahip olur.¹⁴⁸

Bu tür gizli kusurlara, günümüzde sıkça rastlanılmaktadır. Örneğin elektrikli bir ev eşyasındaki imalat hatası, alındıktan birkaç ay veya yıl sonra ortaya çıkıp hasara yol açabilir. Böyle durumlarda arıza sebebiyle hem malın kendisinde hem de diğer eşyalara verdiği zarardan imalatçının sorumlu olması gerekir.

Kabz ile satım akdi ikmâl edilmiş olduğundan, mebî‘de bundan sonra oluşacak hasarların değerlendirilmesi bu akitten bağımsız yapılır. Müşteri, kabzdan sonra üçüncü bir kişinin malın tamamına veya bir bölümüne verdiği zararı tazmin ettirmek istediğinde, satış bedelini ölçü alması gerekmez. Çünkü satım akdi tamamlanıp bitmiştir. Örneğin tamamı itlaf olmuşsa ödediği bedelden daha fazlası ile tazmin edilmesini isteyebilir.¹⁴⁹

Bir kısmına gelen zararın hesaplanması için de satın alınırken ödenen bedelin ölçü alınması gerekmez. Bu durumlarda zararın verildiği zamandaki değeri ölçü alınır. Müşteri bedeli ödedikten ve malı kabzettikten sonra satım akdi tamamlanmış olduğundan, bu mala satıcının¹⁵⁰ zarar vermesi üçüncü bir şahsın zarar vermesi gibi değerlendirilir.

¹⁴⁸ Merğînânî, *age.*, III, 37; İbn Âbidîn, *age.*, V, 16, 38; Şîrâzî, *age.*, II, 49; İbn Rüşd, *age.*, II, 179, vd.; Buhûtî, III, 218.

¹⁴⁹ Kâsânî, *age.*, V, 239.

¹⁵⁰ Satıcı, mebî‘e kabzdan önce zarar vermişse bunun karşılığı bedelden düşer. Kabzdan sonra verdiği zararda ise eksilen değeri müşteriye ödemelidir. Şeybânî, *age.*, V, 271, 272.

SONUÇ

Her ne kadar akdin doğurduğu borçlardan olsa da satım akdi daha başlangıcından itibaren mebî'in kabzına ihtiyaç duymaktadır. Nitekim satım akdinin kuruluş şartlarından biri de mebî'in tesliminin mümkün olmasıdır.

Şartlarına uygun yapılmış bir satım akdinin doğurduğu iki borçtan en önemlisi mebî'in teslimidir. Çünkü semenin helakinin aksine mebî'in kabzından önce helaki akdin infisahına sebep olmaktadır. Mebî'in kabzı müşteri için hem hak hem de borçtur.

Satılan malın el değiştirmesi işlemi satıcının etkisi açısından teslim, alıcının etkisi açısından kabz olarak isimlendirilir. Bu kavramlar aynı olayı ifade etmesine rağmen İslâm hukukçuları malın el değiştirmesinden sonrasındaki süreçle bağlantısı sebebiyle daha çok kabz kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir.

Kabz, bazı akitler için hayati konumdadır. Sarf, selem gibi akitlerde sıhhat, hibe ve rehin gibi akitlerde lüzum şartı olarak ortaya çıkan kabz, ödünç verme gibi tasarruflarda mülkiyetin intikaline etki eder. Kabz satım akdinde ise akdin istikrarını sağlamaktadır.

Mebîi teslim ve kabzedecek kişiler, bu tasarruflar için ehliyetli ve hukuken yetkili olmalıdırlar. İslam hukukçuları arasında geçerliliği tartışmalı olan mümeyyiz çocukların teslim ve kabzını, tasarrufa konu olan malın özelliğine göre değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Teslimi veya kabzı yapılacak mal ayırt edilmiş olmalıdır. Mebî'in müşteri tarafından kabzedilebilmesi için akde konu olmayan diğer şeylerden ayrılması, fiziki

olarak veya hissenin taksimi veyahut tartma, ölçme ve sayma gibi işlemler ile sağlanır. Ortak hisseli bir malın taksim edilmeden hükmen kabzı mümkündür.

Kabz ve teslim, fiilî veya hükmi olarak gerçekleştirilebilir. Fiilî kabzda satılan malın yer değiştirmesi söz konusudur. Hükmi kabz ise mebî' yer değiştirmeden tasarruf yetkisi ve hasar sorumluluğu müşteriye geçmesiyle yapılır.

İslâm hukukunda gayrimenkûl kabzının tahliyesi ile gerçekleştiği hakkında ittifak vardır. Menkûl mallar ise İslâm hukukçularının çoğuna göre öncelikle elden teslim veya nakil, bu yollar mümkün olmazsa tahliye yoluyla kabzedilir. Hanefilere göre ise tahliye mutlak bir teslim şeklidir ve diğer yollar mümkün olsa bile tahliye yoluyla kabz tercih edilebilir. Tahliye ile kabzın geçerli olması için söz konusu malın ayrılmış, müşteriye huzurunda ve satıcı tarafından kabzına izin verilmiş olması gerekmektedir.

Satım akdine konu olabilecek malların çeşitliliğini düşündüğümüzde bu görüşlerden yalnızca birinin tercihi, kabz işleminin sağlıklı olarak yapılmasına yeterli olmayacaktır. Bu nedenle menkûllerin tahliye ile kabzının yapılabileceği ilke olarak kabul edilmeli fakat tahliye ile kabz tarafların anlaşması şartına bağlı olmalıdır. Nitekim İslâm hukukçuları kabz konusunda örf ve kabzedilecek şeyin mahiyetinin de belirleyici olduğunu ifade etmişlerdir.

Hükmi kabz olarak kabul edilen diğer tasarruflar ise müşteri veya onun isteği üzerine satıcının malda geri dönüşü olmayacak şekilde değişikliğe sebep olması, müşterinin mala zarar vereni tazmin ettirmek için onu takip yolunu seçmesi ve malın başka birine ödünç veya emanet olarak verilmesini istemesidir. Müşterinin elinde tuttuğu malı satın alması halinde tekrar kabza ihtiyaç duyması tartışılmış olup, Hanefiler ilk kabzın etkisinin zayıf olduğu durumlarda yeniden kabzı gerekli görürler.

Günümüzde yeni bazı kabz çeşitleri ortaya çıkmıştır. Sanal ortamda ticarî işlemlere konu olan yazılım, hisse senedi gibi malların kabzı yine sanal ortamda gerçekleşmektedir.

Tapu tesciline kayıt, taşınmazların teslimi için tek başına yeterli görünmemekte, bu çeşit mebî'in tahliyesinin de yapılması gerekmektedir.

Uluslararası ticarete uygulanan teslim şekillerinde, nakliye işlem ve masrafları bazen satıcıya bazen de alıcıya aittir. Tarafların sözleşme sırasında kararlaştırdıkları teslim çeşidine göre bu masrafları karşılamaları gerekir. Nakliyeyi alıcı üstlenirse, taşıma başladığında akit konusu malı hükmen kabzetmiş olur.

İslâm hukukuna göre malın teslimi için akit sırasında bir yer kararlaştırılmışsa, teslim o yerde yapılmalıdır. Eğer teslim için herhangi bir yer konuşulmamışsa malın akit sırasında bulunduğu yer teslim yeri olur. Bilhassa selem akdinde teslim yerinin belirtilmesi, taraflar arasında çekişmenin önüne geçilmesi açısından önemli bir şarttır.

Satılan malın teslim zamanı ile ilgili genel kural, teslimin akdin akabinde yapılmasıdır. Malın tesliminin vadeli olduğu selem ve istisnâ' akitlerinde ise teslim zamanının belirlenmesi bu akitler için sıhhat şartıdır.

Kural olarak mebî'in teslimi ile ilgili masraflar satıcıya, bedelin teslimi ile ilgili masraflar ise alıcıya aittir. Fakat taraflar eğer isterlerse bu masrafların kime ait olacağını aralarında kararlaştırabilirler. Günümüzde önemi artmış olan bürokratik vb. işlemleri hangi tarafın sorumluluğunda olduğunun tespitinde masraflarla ilgili bu genel kural ölçü alınabilir.

Satıcının, bedeli tahsil etmesi önemli derecede risk altında ise malı hapis hakkına sahip olduğu bütün İslâm hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Olağan bir durumda ise Hanefî ve Mâlikîlere göre önce bedel sonra mal, Hanbelî ve Şâfiîlere göre ise önce mal sonra bedel teslim edilmelidir. Bu öncelik sebebiyle Hanefî ve Mâlikîler, peşin bir satışta satıcıya bedele karşılık mebî'i hapis hakkı tanırlar.

Hapis hakkının varlığını kabul edenlere göre satıcının bu hakka sahip olması, bedelin peşin ödenmesi gereken bir borç olmasına bağlıdır. Satıcı, malın teslimine izin vermek, müşterinin eline geçmesine sebep olmak veya borcu ödemesi için ek süre tanımakla bu hakkını düşürmüştür.

Satılan malın kabzının en önemli iki sonucu, müşterinin mebî'i başta satış olmak üzere yeni tasarruflara konu yapılabilmesi ve mebî'e ait hasar sorumluluğunun kendisine intikalidir.

Mebûin kabzından önce satışının yapılamayacağı ilgili hadisler sebebiyle prensip olarak bütün mezhepler tarafından kabul edilmiştir. Fakat bu yasağın kapsamına giren mallar hakkında mezhepler arasında önemli görüş ayrılıkları vardır. Mâlikîlere göre gıda maddesinin, Hanbelîlere göre mislî, Hanefîlere göre menkûl, Şâfîîlere göre ise her çeşit malın kabzından önce satışı yapılamaz.

Mâlikî ve Hanbelîler içtihatlarında konu ile ilgili hadislerin lâfzî yorumu ile yetinirken, Hanefî ve Şâfîîler ise İslâm hukukunda gararlı tasarrufların ve hasar sorumluluğu üstlenilmeyen kazancın yasaklanması ile ilgili naslardan ve ilkelerden hareket etmektedirler.

Mâlikî ve Hanbelîlerin delilleri, yiyecek veya mislî malların dışındaki şeylerin kabz öncesi satışının yapılabileceğini ispat etmekte yetersizdir. Hanefî ve Şâfîîler ise içtihatlarında kabz öncesi satışın sakıncalarını dikkate almaktadır ve gerekçeleri daha makuldür.

Mecelle'nin menkullerin kabz öncesi satışı ile ilgili hükümlerinde tadil komisyonlarınca bazı düzenleme çalışmaları yapılmıştır. Bu çalışmalarda konu daha çok satıcılar açısından ele alınmıştır.

Bir malın kabzedilmeden önce satışı garar ve haksız kazanç içerdiğinden faizli işlemlere benzemekte ayrıca sunî fiyat artışına da sebep olmaktadır. Bu açıdan menkullerin kabz öncesi satışları İslam hukuku açısından uygun görünmemektedir.

İslâm hukukunda satılan malın hasar sorumluluğu Hanbelî ve Malikîlere göre satım akdi, Hanefî ve Şâfîîlere göre mebû'in kabzı ile intikal etmektedir. Kabz ve damân arasındaki ilişki göz önünde tutulursa, hasar sorumluluğunun malın zilyetliğine yani kabzına bağlı olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Kural olarak satın alınan malda akit ve kabz arasındaki kusurlardan satıcı sorumludur, artışlar ise müşteriye aittir.

Mebûde kabz öncesi oluşan hasara doğal bir olaya, satıcı veya üçüncü bir şahıs sebep olduğunda tamamen helak olmuşsa akit infisah olur. Bir kısmı zarara uğramışsa müşteri için fesih, anlaşılan bedel karşılığında kabul veya zarar karşılığında bedelden

indirim hakları doğmaktadır. Müşteri isterse malı bu haliyle kabul edip zararı ödetmek için üçüncü şahsın peşine düşebilir.

Mebûde kabz öncesi oluşan fazlalıkların zarar görmesi genel olarak akdin geçerli olmasına etki etmez.

Satın alınan malda kabzdan sonra oluşan hasarlara kural olarak müşteri katlanır. Fakat maldaki gizli ayıp ve hapis hakkı sebebiyle satıcının mala verdiği zararlardan müşteri sorumlu değildir.

BİBLİYOGRAFYA

- el-Abderî, Muhammed b. Yusuf (897/ 1491), *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasari Halîl*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1398.
- Abdullah Muhammed Abdullah, "el-Kabzu, Suverahû ve bihâsseti'l-Müsteccedetü minhâ ve Ahkâmühâ", *Mecelletü Mecma'î'l-Fıkhî'l- İslâmî*, Cidde 1410/1990, VI/1, ss. 513-554.
- Abdülber, Muhammed Zeki, "el-Kabz fî'l-'Ukûdi'l-Mâliye fî'l-Fıkhî'l-Hanefî", *Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd* (Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî özel sayısı), Kâhire 1990, s. 359-427.
- Aktan, Hamza, "Damân", *D. İ. A.*, VIII, İstanbul 1993, ss. 450-453.
- Alîş (İliş), Ebû Abdullah Muhammed (1299/1882), *Şerhu Minahi'l-Celil alâ Muhtasari'l-Allâme Halîl*, I-IX, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1989.
- Ali Haydar (1354/1935), *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, thk., Fehmi el-Hüseyni, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.
- el-Âmilî, Muhammed Cevâd (1226/1811), *Miftâhü'l-Kerâme fî Şerhi Kavâidi'l-Allâme*, I-XX, thk. Ali Asgar Mervareyd, Dâru't-Türâs, Beyrut 1418/1998.
- el-Askalânî, Ebu'l-Fazl Şehâbüddîn Ahmed İbn Hacer (852/1449), *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, I-XIV, thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, Muhyiddin Hatîb, Dâru'r-Reyyân li't-Türâs, Kâhire 1407/1987, 2. bs.
- Atar, Fahreddin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, Yıldız Matbaacılık ve Gazetecilik, İstanbul 1990, ss. 479.
- Apaydın, H. Yunus, "Fesad" *D. İ. A.* XII, İstanbul 1995, ss. 417-421.
- _____, "Kabız", *D. İ. A.*, XXIV, İstanbul 2001, ss. 45-49.
- Aybakan, Bilal, *İslâm hukukunda Borçların İfası*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV), İstanbul 1998, ss. 232.
- _____, "Mebû", *D. İ. A.*, XXVIII, ss. 212-214. Ankara 2003.
- _____, "Hapis Hakkı", *D. İ. A.*, XVI, ss. 65-67, s. 67.
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, 10. bs., ss. 208.

- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, ss. 250.
- _____, “Deyn”, *D. İ. A.*, IX, İstanbul 1994, ss. 266-268.
- el-Aynî, Ebû Muhammed Bedreddîn Mahmûd b. Ahmed b. Musa el-Hanefî (855/1451), *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, I-XII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1980/1400.
- el-Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (786/1384), *el-Inâye fî Şerhi'l-Hidâye*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003 (İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr* ile birlikte).
- el-Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tücîbî (474/1081), *el-Müntekâ*, I-IX, thk. Muhammed Abdülkadir Ahmed Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1420/1999.
- el-Bağdâdî, Ebû Muhammed Gıyâsüddîn Gânim b. Muhammed Ganim (1032/1623), *Mecma'u'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâmi'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, I-II, thk. Muhammed Ahmed Serâc, Ali Cum'a Muhammed, Dâru's-Selâm, Kâhire, 1420/1999.
- Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *D. İ. A.*, VI, İstanbul 1992, ss. 13-19.
- _____, “Câiha”, *D. İ. A.*, VII, İstanbul, 1993, ss. 26-27.
- Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali (458/1066), *es-Sünenü'l-Kübrâ*, I-IX, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Mektebetü Dâru'l-Bâz, Mekke 1414/1994.
- Bilge, Necip, *Hukukun Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, 2. Basım, Ankara 2007, Turhan Kitabevi, 2007, 2. bs., ss. 325.
- Beki, Abdülaziz, *İslâm Muamelat Hukuku*, (Borçlar ve Ticaret hukuku Muhtasarı), ss. 103, Bekke Yayınları, b.y, ty.
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982, ss. 422.
- Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukûku İslâmiye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (256/870), *Sahîhu'l-Buhârî (el-Câmi'u's-Sahîhu'l-Müsnedü'l-Muhtasaru min Umûri Rasûlillâh (s.a.s) ve Sunenihi ve Eyyâmihî)*, I-III, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- el-Buhûtî, Mansur b. Yunus b. Selâhüddîn el-Hanbelî (1051/1641), *Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1402/1982.
- _____, *Dekâiku Uli'n-Nühâ li-Şerhi'l-Müntehâ (Şerhu Müntehâ'l-İrâdât)*, I-VII, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2000.
- Cin, Halil – Akgündüz, Ahmet, *Türk İslâm Hukuk Tarihi*, I-II, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990, ss. 470.
- Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, A. H. İ. Tekstil, Orman Ürünleri Yayıncılık, İstanbul 2006, ss. 334.

- Damad, Abdurrahman b. Muhammed Gelibolulu Şeyhizâde (1078/1667), *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mültaka'l-Ebhur*, I-IV. thk. Halil İmran el-Mansur, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1998/1419.
- ed-Dârekutnî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed (385/995), *Sünenü'd- Dârekutnî*, I-IV, thk. Abdullah Haşim Yemânî Medenî, Dâru'l-Marife, Beyrut 1966.
- ed-Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdirrahmân b. Fazl, (255/868), *Sünenü'd-Dârimî*, I-II, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- Darîr, Sıddîk Muhammed Emin, *el-Ğarar ve Eseruhû fi'l-Ukûd fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, by., Cidde 1995, 2. bs., ss. 747.
- _____, “el-Kabzu, Suverahû ve bihâsseti'l-Müstecedetü minhâ ve Ahkâmühâ”, *Mecelletü Mecma'î'l-Fikhi'l- İslâmî*, Cidde 1410/1990, VI/1, ss. 465-491.
- ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevî, (1201/1786), *Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik*, I- IV, thk. Mustafa Kemal Vasfî, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty.
- _____, *Şerhu'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty. (Desûkî, *Hâşiye* kenarında)
- ed-Desûkî, Ebû Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty. (birlikte Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*)
- Döndüren Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993, ss. 638.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Garar”, *D. İ. A.*, XIII, İstanbul, 1996, ss. 366-371.
- Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm Abdürrezzâk es-San'ânî (211/827), *el-Musannef*, I-XI, thk. Habiburrahmân el-A'zamî, el-Mektebetü'l- İslâmî, Beyrut 1983, 2. bs.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'âs b. İshak el-Ezdî es-Sicistânî (275/889), *Kitâbü's-Sünen (Sünenü Ebî Dâvûd)*, I-V, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- Ebû Zehrâ, Muhammed b. Ahmed b. Mustafa (1394/1974), *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kâhire 1977, ss. 428.
- el-Ensârî, Ebû Yahya Zeynüddîn Zekeriyya b. Muhammed b. Ahmed (926/1520), *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdı't-Tâlib*, I-IX, thk. Muhammed Muhammed Tâmir, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1422/2001.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, 2. bs., ss. 626.
- Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973, ss. 504.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, I-II, İstanbul 1976-1977.

- Fîrûzâbâdî, Ebu't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Yakûb b. Muhammed (1205/1790), *el-Kâmûsu'l-Muhît*, I-XL, Matbaatu Dâru'l-Me'mûn, Mısır 1357/1938.
- el-Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (505/1111), *el-Vasît fi'l-Mezheb*, I-VII, thk. Ahmed Mahmûd İbrahim, Dâru's-Selam, Kâhire, 1417/1997
- Hacak, Hasan, "Mal", *D. İ. A.*, XXVII, ss. s. 462.
- el-Haccâvî, Ebu'n-Necâ Şerefüddîn, Musa b. Ahmed b. Musa (968/1560), *el-İknâ' li-Tâlibi'l-İntifâ'*, I-IV, thk. Abdüllatif Muhammed Musa es-Sübkî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty.
- el-Haffî, Ali, İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku), (Ahkâmü'l-Muâmelati'ş-Şer'iyye), trc. Rahmi Yaran, Litera Yayıncılık, İstanbul 2009, ss. 709.
- Hammâd, Nezîh Kemâl, *el-Hiyâze fil Ukûd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru'l-Beyân, Dımaşk, 1978. ss. 312.
- _____, *İktisadî Fıkh Terimleri*, s. 217, trc. Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul 1996. ss. 399.
- Hatemi, Hüseyin – Serozan, Rona - Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, ss. 766.
- el-Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah (1101/1689), *Şerh alâ Muhtasarı Sîdî Halîl*, I-IV, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ty.
- el-Hârûnî, Ahmed b. Hüseyin b. Harun b. Hüseyin (411/1020), *et-Tecrîd fi Fıkhî'l-İmameyni'l-A'zameyn; el-Kâsım b. İbrahim ve Hafiduhu'l-İmam el-Hadî Yahya b. Hüseyin*, thk.: Abdullah b. Hammûd Azi, Müessesetü'l-İmam Zeyd b. Ali es-Sekafiyye, Amman, 1422/2002, ss. 373.
- _____, *Şerhu't-Tecrîd fi Fıkhî'z-Zeydiyye*, I-IV, thk. Muhammed Yahya Salim Azzân, Hamid Cabir Ubeyd. Merkezü't-Türas ve'l-Buhûsi'l-Yemenî, San'a, 1427/2006.
- el-Haskefî, Alâeddin Muhammed b. Ali (1088/1977), *ed-Dürri'l-Muhtâr fi Şerhi't-Tenvîri'l-Ebsâr*, (İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr* ile beraber).
- Heyet, *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.
- Heyet, *Sorularla Borsa ve Sermaye Piyasası*, (PDF formatında), İMKB Yatırımcı Danışma Merkezi, Ekim 2009, ss. 68.
- el-Hillî, Ebu'l-Kâsım Necmüddîn Ca'fer b. Hasan b. Yahyâ Muhakkık Hüzeli (676/1277), *Şerâ'iu'l-İslâm fi'l-Fıkhî'l-İslâmiyyi'l-Ca'ferî*, I-II, Dâru'l-Mektebeti'l-Hayat, Beyrut 1986.
- Hırâkî, Ebü'l-Kâsım Ömer b. Hüseyin b. Abdullah el-Bağdâdî (334/945), *el-Muhtasar*, Dâru's-Sahâbe, Tanta, 1993, ss. 176.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulazîz ed-Dımaşkî (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1984 (Birlikte *ed-Dürri'l-Muhtâr fi Şerhi't-Tenvîri'l-Ebsâr*).

- İbn Abdilber, Ebû Ömer Cemalüddîn Yusuf b. Abdullah b. Muhammed Nemrî el-Kurtûbî (463/1071), *el-Kâfî fî Fıkhi Ehli'l-Medîne*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1413/1992, 2. bs.
- İbn Arafe, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed, *Kitâbu'l-Hudûd*, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1993, ss. 742
- İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî (741/1340), *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Kalem, Beyrut, ty. ss. 300.
- İbn Hanbel, Ahmed, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybani (241/855), *el-Müsned*, I-VI, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd ez-Zâhîrî (456/1064), *el-Muhallâ*, I-XI, İdaretü't-Tıbbâti'l-Münîriyye, Kâhire, 1302/1884.
- İbnu'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd (861/1457), *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, I-XV, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, Dâru Alemi'l-Kütüb, Riyad 1998, 3. bs.
- _____, *el-Kâfî*, I-VI, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize, 1418/1997.
- İbn Kudâme, Şemsüddîn Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed (682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebîr*, I-XXXII, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize, 1417/1996.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid er-Rebeî el-Kazvîni (273/887), *Sünenü İbn Mâce*, I-II, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî (711/1311), *Lisânül-Arab*, I-XV, Dâru Sâdır, Beyrut, ty.
- İbn Miftâh, Ebu'l-Hasan Abdullah, *el-Müntezau'l-Muhtâr mine'l-Ğaysi'l-Midrâr (Şerhu'l-Ezhâr)*, I-X, Vizâretü'l-Adl, San'a, 2003.
- İbnu'l-Murtazâ, Ahmed b. Yahyâ b. Murtazâ, *Ğaysü'l-Midrâr*, I-X, Vizâretü'l-Adl, San'a, 2003/1424. (İbn Miftâh, *Şerhu'l-Ezhâr* ile birlikte)
- İbn Nuceym, Zeynüddîn Zeyn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî el-Hanefî (970/1563), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VII, Dâru'l-Marife, Beyrut, ty.
- _____, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Muhammed Mutî' Hafız, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, /1983. ss. 542
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubî (595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Matbaatü Mustafa el-Bâbî, Mısır, 1975, 4. bs.

- Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali b. Nasr (422/1031), *el-Ma'ûne alâ Mezhebi Âlimi'l-Medîne*, I-II, thk. Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1998.
- Kadri Paşa, Muhammed (1306/1888), *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, I-IV, thk. Muhammed Emin Sirâc - Ali Cuma Muhammed, Dâru's-Selâm, Kâhire 1427/2006.
- _____, *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân fi Muamelati's-Şer'iyye alâ Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, 1308/1891, 2. bs, ss. 174.
- Kal'acî, Muhammed Revvâs - Kanîbî, Hamîd Sâdık, *Mu'cemu Luğatil'-Fukahâ*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut, 2004, 2. bs, ss. 616.
- Karadâğî, Ali Muhiddîn, "el-Kabzu, Suverahû ve bihâseti'l-Müstecdedtü minha ve Ahkâmühâ", *Mecelletü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî*, VI/1, Cidde 1410/1990, ss. 555-634.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şehâbuddîn Ahmed b. İdris b. Abdürrahîm (684/1285), *ez-Zehîra*, I-XIII, thk. Saîd Arab, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1994.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm hukuku (M. İ. H.)*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- _____, "Akid" *D. İ. A.*, II, İstanbul, 1989, ss. 251-256.
- el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî (587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, I-VII, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1402/1982.
- Kaşıkcı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1997, ss. 416.
- el-Kayravânî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman İbn Ebî Zeyd (386/996), *er-Risâle*, Matbaatü'l-Medenî, Kâhire 1409/1989 (Menûfî, *Kifâyetü't-Tâlib* ile beraber).
- Kisbet, Mustafa, *İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1998, ss. IX + 108.
- el-Kudûrî, Ebu'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed (428/1037), *Muhtasaru'l-Kudûrî fi'l-Fıkhi'l-Hanefî*, thk. Kamil Muhammed Muhammed Uveyda, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, ss. 255.
- el-Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb (450/1058), *el-Hâvi'l-Kebîr*, I-VIII, thk. Mahmud Matracî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994.
- el-Menûfî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed eş-Şâzelî (939/1532), *Kifâyetü't-Tâlibi'r-Rabbânî alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayravânî*, I-IV, thk. Ahmed Mehdi İmam, Matbaatü'l-Medenî, Kâhire 1409/1989.
- Merdâvî, Ebü'l-Hasan Alaeddîn Ali b. Süleyman b. Ahmed (885/1480), *el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf alâ Mezhebi'l-İmâmî'l-Mübeccel Ahmed b.*

- Hanbel*, I- XXXII, thk. Abdullah b. Abdülmühsin Türki - Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize, 1417/1996.
- el-Merğînânî, Ebu'l-Hasan Burhanüddîn Ali b. Ebî Bekr (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-IV, Eda Neşriyat, İstanbul, ty.
- el-Mevsılî, Ebu'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, (683/1284), *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, I-V, thk. Abdüllaţif Muhammed Abdurrahman, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2005, 3. bs.
- Miras, Kamil, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercümesi*, I-XII, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 1978, 4. bs.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn el-Kuşeyrî en-Nisâbü'rî ibnû'l-Haccâc (261/875), *Sahîhu Müslim (el-Müsnedü's-Sahîhu'l-Muhtasar mine's-Süneni bi-Nakli'l-Adl ani'l-Adli ilâ Rasûlillâh s.a.s.)*, I-III, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- en-Necefî, Muhammed Hasan Bakır (1266/1849), *Cevâhirü'l-Kelâm fî Şerhi Şerâi'i'l-İslâm*, I-XL, thk. Abbâs Kuçânî, Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, Beyrut, ty. 7. bs.
- en-Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Ali b. Şuayb (303/915), *Sünenü'n-Nesâî (el-Müctebâ)*, I-VIII, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref b. Murî (676/1277), *el-Mecmû' Şerhi'l-Mühezzeb li's-Şîrâzi*, I-XXIII, thk. Muhammed Necîb el-Mutî, Mektebetü'l-İrşad, Cidde ty.
- _____, *Ravzatu't-Tâlibîn*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavvaz, I-VIII, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Beyrut 2003.
- Özalp, Abdurrahman, *Dış Ticarete Yeni Kurallar: UCP 600'in Kullanılması ve Akredite*, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, ss. XI, 571.
- Özsoy, İsmail, *Faiz ve Problemleri*, Nil Yayınları, İzmir 1993, ss. 429.
- _____, "Faiz", *D. İ. A.*, XII, İstanbul, 1995, ss. 110-126.
- er-Râfî, Ebu'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim (623/1226), *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz (Şerhu'l-Kebîr)*, I-XIII, thk. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdülmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1417/1997.
- Ramlî, Şemsüddîn, Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî (1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984.
- er-Râzî, Ebû Bekr, Muhammed b. Zekeriyâ, *Muhtârü's-Sihâh*, thk. Mahmûd Hâtır, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1988, ss. 745.
- Reisoğlu, Safa, *Türk Eşya Hukuku: Giriş, Zilyedlik, Tapu Sicili*, Sevinç Matbaası, Ankara 1965. ss. 252.
- es-Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Halvetî (1241/1825), *Bulğatu's-Sâlik li-Akrebi'l-Mesâlik alâ Şerhi's-Sağîr (Haşiyetü's-Sâvî)*, I-IV, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty. (Derdîr, *Şerhu's-Sağîr* ile birlikte)

- Sehnûn, Abdüsselâm b. Saîd et-Tenûhî, (240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1415/1994.
- es-Semerkandî, Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (539/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ*, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1984.
- es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed (1391/1971), *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-VI, Câmîatü'd-Düveli'l-Arabiyye, Kâhire, ty.
- _____, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Cedîd*, I-X, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1971.
- es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, (483/1090), *el-Mebsût*, I-XXX, thk. Halil Muhiddîn Meys, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2000.
- Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul 1994, Filiz Kitabevi, ss. 270.
- es-Suyûtî, Ebu'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâid ve Furûu Fıkhi's-Şâfiyye*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1402/1982, ss. 542.
- Şaban, Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları: Usulu'l-Fikh*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 1990. ss. 400.
- eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris (204/820), *el-Ümm*, I-XI, thk. Rifat Fevzi Abdülmuttalib, Dâru'l-Vefâ, Mensûre 1422/2001.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, ed-Dârü'l-Câmîiyye, Beyrut 1985, 10. bs., ss. 161.
- Şeybânî, Ebû Abdullah İmam Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Haneî (189/805), *Kitâbü'l-Asl*, I-V, thk. Ebü'l-Vefa Efgânî, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1990.
- eş-Şîrâzî, Ebû İshak Cemâlüddîn İbrâhim b. Ali b. Yusuf (476/1083), *el-Mühezzeb fi Fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, I-III, thk: Zekeriya Âmirât, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995.
- eş-Şîrbînî, Şemsüddîn el-Hatîb Muhammed b. Ahmed el-Kâhirî (977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l- Marife, Beyrut, 1418/1997.
- et-Tesûlî, Ebû'l-Hasan Ali b. Abdüsselâm (1258 / 1842), *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1998.
- et-Tirmîzî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre es-Sülemî (279/892), *Sünenü't- Tirmîzî (el-Câmiu's-Sahîh)*, I-V, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku* I-II, Sermet Matbaası, İstanbul 1976-1977, 6. bs.
- Uslu, T. Azmi, *Yeni Hukuk Lügati ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Site Yayınları, İstanbul 1964, ss. 349.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I-II, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1989, 2. bs.

- Yavuz, Yunus Vehbi, *Haneî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1993, ss. 422.
- Yıldız, Kemal, *İslam Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, ss. 224.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005, 9. bs., ss. 1381.
- Yüceel, Mustafa, *Yatırım ve Teşvik Unsurları Rehberi*, (MÜSİAD Araştırmaları), Eksen Matbaası, İstanbul 1998, ss. 144.
- ez-Zebîdî, Muhammed b. Muhammed, Abdurrezzâk el-Hüseynî, *Tâcü'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, I-XL, Dâru'l-Hidâye, Kâhire, ty.
- ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Ukûdü'l-Müsemmâtü fi'l-Fikhi'l-İslâmî: Akdü'l-Beyi'*, Dimaşk, Dâru'l-Kalem, 1420/1979, ss. 176.
- _____, *İslâm hukuku: Çağdaş Yaklaşımla*, (İ. H.) I-III, trc. Servet Armağan, İstanbul: Timaş Yayınları, 1993.
- ez-Zerkeşî, Abdullah Şemsüddîn, Muhammed b. Abdullah (772/1370), *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasari'l-Hırakî*, I-III, thk. Abdülmenâm Halil İbrahim, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002.
- Zeydân, Abdülkerim, *el-Medhal li-Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1986, 9. bs., ss. 424,
- ez-Zeylâî, Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen (743/1342), *Tebyînü'l-Hakâik fi şerhi Kenzi'd-Dekâik*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kâhire, 1313/1885.
- ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, I-VIII, 2. bs. Dâru'l-Fikr, Dimaşk 1985.
- _____, *Nazariyyetü'd-Damân*, Dâru'l-Fikr, Dimaşk 1982. ss. 368.

Web Siteleri

- www.ebay.com, 20.01.2010
- www.gittigidiyor.com, 20.01.2010
- www.gumrukportali.com, 18.12.2009
- www.hepsiburada.com, 20.01.2010
- www.iccwbo.org, 18.12. 2009
- www.imkb.gov.tr, 10.12.2009
- www.mevzuat.net, 19.12.2009
- www.tundef.org.tr, 20.01.2010

ÖZGEÇMİŞ

Doğum Yeri ve Yılı : Karahallı (UŞAK), 22.09.1971

Öğr. Gördüğü Kurumlar : Başlama Yılı Bitirme Yılı Kurum Adı

Lise : 1986 1989 Üsküdar Cumhuriyet Lisesi

Lisans : 1989 1994 M.Ü. İlahiyat Fakültesi

Yüksek Lisans : 1994 1997 M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora : 2003 2010 U.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü

Medeni Durum : Evli

Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi: :Arapça (İyi) İngilizce (Orta)

Çalıştığı Kurum (lar) : Başlama ve Ayrılma Tarihleri Çalışılan Kurumun Adı

1. 1995 - 1995 M.E.B. Doğan kent İlköğretim Okulu
2. 1995 - 1996 M.E.B. Üsküdar İ. H. Lisesi.
3. 1996 M.E B. Esatpaşa İ. H. Lisesi.

Yurtdışı Görevleri : -

Kullandığı Burslar :

Aldığı Ödüller :

Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Topluluklar :

Editör veya Yayın Kurulu Üyelikleri :

Yurt İçi ve Yurt Dışında katıldığı Projeler :

Katıldığı Yurt İçi ve Yurt Dışı Bilimsel Toplantılar:

Yayımlanan Çalışmalar :

Diğer :

..../..../2010



Mustafa KİSBET

