

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HANEFÎ MEZHEBİNE GÖRE SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN
İNTİKALİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN BORÇLANMA VE
TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİĞİ VE AYRILIĞI İLKELERİ
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Abdulhamit SOĞUKPINAR

Danışman:
Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İSTANBUL

2022

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HANEFÎ MEZHEBİNE GÖRE SATIM AKDİNDE
MÜLKİYETİN İNTİKALİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN
BORÇLANMA VE TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİĞİ
VE AYRILIĞI İLKELERİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Abdulhamit SOĞUKPINAR

Danışman:
Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İSTANBUL
2022

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 020118YL16 numaralı Abdulhamit SOĞUKPINAR'ın hazırladığı “*Hanefî Mezhebine Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikaline İlişkin Hükümlerin Borçlanma ve Tasarruf İşlemlerinin Birliği ve Ayrılığı İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 19/08/2022 günü (14 : 30 – 16 : 00) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Doç. Dr. Münteha MAŞALI

Marmara Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Abdulhamit SOĞUKPINAR

Tarih
19.08.2022

ÖZ

Hukuk sistemleri satım akdinde mülkiyetin intikaline ilişkin farklı yaklaşımlar benimsemiştir. Kara Avrupası hukuk çevresinde bu konu, borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birliği ve ayrılığı ilkeleri çerçevesinde ele alınmıştır. Fıkıh literatüründe ise belli sınırlılıkları olmakla birlikte yaygın kanaate göre mülkiyetin intikali için satım akdinin kurulması yeterli görülmüş, akde ilave olarak akid konusunun teslim ve tesellümü şart koşulmamıştır. Ancak dikkatli bir şekilde incelendiğinde salt akid ile intikal eden mülkiyetin mahiyeti teslim ve kabz sorasındaki mülkiyetin mahiyeti ile aynı derecede kabul edilmediği görülmektedir. Bu çalışmada, “satım akdinin hükmü” olarak ifade edilen mülkiyetin intikali ve akid sonrasında kabza bağlı olarak mülkiyetin kazandığı mahiyet Hanefî mezhebi özelinde inceleme konusu yapılmıştır. Kabzın mülkiyetin intikaline etkisi, mülkiyetin intikalini engelleyen ve mülkiyeti ortadan kaldıran durumlar yine satım akdinin hükmü bağlamında ele alınmıştır. Klasik fûrû-i fıkıh eserleri başta olmak üzere çağdaş İslam hukuku eserlerinden ve modern hukukta konuyla ilgili benzer kavram ve tasniflerden faydalanarak satım akdinin hukukî sonuçlarının ortaya konması amaçlanmıştır. Çalışma neticesinde satım akdinde birlik veya ayrılık ilkelerinden birisinin benimsenmesinin mülkiyetin intikali için öne sürülen şartların esnek ya da katı olmasına doğrudan etki ettiğine ulaşılmıştır. Buradan hareketle modern hukuk sistemlerinde ortaya çıkan ilkelere göre Hanefî hukukçuların bu konudaki görüşleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Satım akdi, mülkiyetin intikali, Hanefî mezhebi, borçlanma işlemi, tasarruf işlemi, kabz, birlik ilkesi, ayrılık ilkesi.

ABSTRACT

Legal systems have adopted different approaches to the transfer of ownership in the contract of sale. In the Continental legal environment, this issue has been dealt with within the framework of the legal order of unity and separation promissory transactions and transactions of disposal. In the fiqh literature, although there are certain limitations, it is considered sufficient to establish a contract of sale for the transfer of ownership, according to the common opinion and the delivery and acceptance of the subject of the contract is not stipulated in addition to the contract. However, when it is carefully examined, it is seen that the nature of the ownership transferred only by contract is not accepted at the same level as the ownership after delivery and acceptance. In this study, the transfer of ownership, which is expressed as the provision of the contract of sale (hukm al bay‘) and the nature of the ownership, depending on the acceptance after the contract is examined within the framework of the Hanafī school of law. The effect of the holder on the transfer of ownership, the situations that prevent the transfer of ownership and abolish the ownership are also discussed in the context of the provision of the contract of sale. The effect of acceptance on transfer of ownership, the situations that prevent the transfer of ownership and forfeiture of ownership are also discussed in the context of the provision of the contract of sale. It is aimed to determine the legal consequences of the contract of sale by making use of classical fūrū al fiqh works, contemporary Islamic law works, and similar concepts and classifications in modern law. As a result of the study, it has been reached that the adoption of one of the principles of unity or separation in contract of sale directly affects the flexibility or rigidity of the conditions put forward for the transfer of ownership. From this point of view, it has been tried to determine the views of Hanafī jurists on this subject according to the principles that emerged in modern legal systems.

Key Words: Contract of sale, transfer of ownership, Hanafī school of law, promissory transaction, transaction of disposal, acceptance (qabdh), order of unity, order of separation.

ÖNSÖZ

Satım akdi yaygın hukukî işlemler arasındadır. Bu akid ile ilgili kural ve kaideler diğer hukukî işlemler için bir model niteliğindedir. Hukukî işlemlerin güvenli bir şekilde yürütülmesi için hukuk sistemleri ilke ve hükümler arasında tutarlılığı önemsemiş, benzer olay ve işlemlere benzer hükümler vazetmişlerdir. Bunun yanında benimsedikleri hukuk politikasına göre birtakım şartların gerekliliği konusunda bazen esnek bazen de katı kurallar koymuşlardır. Tarafların mağduriyetlerinin en aza indirilmesi ve hukukî tıkanıklığın giderilmesi için konulan ilke ve kurallara kimi zaman bazı istisnalar getirmişlerdir.

Hukukî sonuçları bakımından satım akdinde mülkiyetin intikaline ilişkin hukuk sistemleri farklı ilkeler benimsemiştir. Bu ilkelerden hareketle vaz edilen kural ve şartlar da doğal olarak farklı olmuştur. Modern hukuk sistemleri malvarlığına etki eden hukukî işlemlerde mülkiyetin intikali konusunu birlik ve ayrılık ilkeleri çerçevesinde ele almıştır. Birlik ilkesinde aynî hakkın devri için borçlanma işleminin yeterli olması, ayrılık ilkesinde ise borçlanma işlemine ilave olarak tasarruf işleminin gerekliliği öne sürülmüştür. Bu çalışma sözü edilen ilkeler çerçevesinde İslam hukukunda satım akdinin mülkiyetin intikaliyle ilgili hükümlerini Hanefî mezhebi özelinde tespit etmeyi amaçlamıştır. Gayret bizden başarı Allah'tandır.

Çalışmanın ortaya çıkmasında pek çok kişinin katkısı olmuştur. Konu seçiminden tezin tamamlanmasına kadar rehberliği ve desteği sebebiyle danışman hocam Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ Bey'e teşekkür ederim. Tez jürisinde yer alarak değerli görüşlerini paylaşan Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU ve Doç. Dr. Münteha MAŞALI hocalarıma teşekkürlerimi sunarım. Lisans dönemimden itibaren alanım ile ilgili konularda desteğini gördüğüm ayrıca araştırma konusunu belirlemede ve süreç içerisinde teze dair kıymetli fikirlerinden istifade ettiğim Prof. Dr. Hasan HACAK'a teşekkürü bir borç bilirim. Okuyup tashihleriyle teze katkı sunan Dr. İslam DEMİRCİ ve Doç. Dr. Mustafa TUNÇER'e, yine araştırmalarım esnasında birçok konuda destek ve yardımlarını esirgemeyen değerli dostlarım Arş. Gör. Ahmet HARMAN, Arş. Gör. Ahmet KOCA, Faik TORLAK, Fatih KESKİN ve Muhammed CEYLAN'a minnettarım. Son olarak tezin muhtevasında yer alan konular ile ilgili istişarelerde bulunduğum Dr. Abdurrahman BULUT, Dr. Cemal KALKAN ve Arş. Gör. Yunus AKYÜZ'e şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN.....	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1
I. Araştırmanın Konusu.....	1
II. Araştırmanın Önemi, Kapsamı ve Sınırlandırılması	4
III. Araştırmanın Yöntemi ve Kaynakları	8
A. Klasik Fıkıh Literatürü.....	8
B. Çağdaş İslam Hukuku Literatürü	10
C. Modern Hukuk Literatürü	12
BİRİNCİ BÖLÜM	
MODERN HUKUKTA MALVARLIĞINA ETKİ EDEN HUKUKÎ İŞLEMLER	
VE SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ	13
1.1. MALVARLIĞINA ETKİLERİ BAKIMINDAN HUKUKÎ İŞLEMLER.....	14
1.1.1. Kazandırıcı İşlem.....	15
1.1.2. Borçlanma İşlemi.....	16
1.1.3. Tasarruf İşlemi.....	18
1.1.3.1. Aynî Sözleşme	20

1.1.3.2. Tasarruf İşleminde İrade İlkesi ve Zilyedliğin Devri/Tescil İlkesi.....	22
1.1.4. Borçlanma ve Tasarruf İşlemi Arasındaki Farklar	23
1.2. HUKUKÎ İŞLEMLERDE SEBEP.....	25
1.2.1. Borçlanma ve Tasarruf İşlemlerinde Sebep.....	27
1.2.2. Borçlanma ve Tasarruf İşlemlerinde Sebebe Bağlılık ve Sebepten Soyutluk İlkeleri	28
1.2.3. Sebebe Bağlılık ve Soyutluk İlkelerinin Sonuçları	30
1.2.4. Sebebe Bağlılık İlkesinin Sonuçları	30
1.2.5. Soyutluk İlkesinin Sonuçları.....	32
1.3. MÜLKİYETİN DEVRİNDE BORÇLANMA VE TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİĞİ VE AYRILIĞI İLKELERİ.....	35
1.3.1. Birlik İlkesi	36
1.3.1.1. Saf Sözleşme İlkesi	38
1.3.1.2. Birlik İlkesinin Teslim Esası ile Birleşmesi.....	38
1.3.2. Ayrılık İlkesi.....	39
1.3.3. İlkelerin Aşılması	41
1.3.4. Birlik ve Ayrılık İlkelerinin Hukukî Sonuçları.....	42
1.3.4.1. Birlik İlkesinin Sonuçları	43
1.3.4.2. Ayrılık İlkesinin Sonuçları.....	45
1.4. ANGLO-SAKSON (COMMON LAW) HUKUKUNDA SATIM SÖZLEŞMESİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ	47
1.5. DEĞERLENDİRME	48
İKİNCİ BÖLÜM	
İSLAM HUKUKUNA GÖRE SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ	
2.1. SATIM AKDİNİN HÜKMÜ VE İLGİLİ KAVRAMLAR.....	51

2.1.1. Hüküm Kavramı ve Akdin Hükümünün İfade Ettiği Anlamlar	51
2.1.2. Satım Akdinin Hükümünün Mülkiyetin İntikali Olması	53
2.1.3. Satım Akdi ile İntikal Eden Mülkiyetin Mahiyeti	56
2.1.3.1. Milk Teriminin Kapsam Bakımından Ayırımı	57
2.1.3.1.1. Tam Milk	59
2.1.3.1.2. Nâkıs Milk	59
2.1.3.2. Milk Teriminin Sahibine Verdiği Yetkinin Gücü Bakımından Ayırımı	60
2.1.3.2.1. Tam Milk	61
2.1.3.2.2. Zayıf Milk	61
2.2. SATIM AKDİNDE KABZIN MÜLKİYETİN İNTİKALİNE ETKİSİ	64
2.2.1. Satım Akdinde Kabzdan Önce Mebû Üzerindeki Mülkiyetin Durumunu Belirten Kavramlar	64
2.2.1.1. Kabzdan Önce Mülkiyetin Zayıf Olması	65
2.2.1.2. Mülkiyetin Kabz ile Müteakkid Olması	65
2.2.1.3. Mülkiyetin Kabz ile İstikrar Kazanması	66
2.2.2. Satım Akdinde Kabzın Mülkiyeti Tamamlayıcı Unsur Olması	67
2.2.3. Satım Akdinde Kabzdan Önce Tasarruf	67
2.2.3.1. Satım Akdinde Kabzdan Önce Mebûde Tasarruf	68
2.2.3.1.1. Menkul Mallarda Kabzdan Önce Tasarruf	69
2.2.3.1.2. Gayri Menkul Mallarda Kabzdan Önce Tasarruf	70
2.2.3.2. Satım Akdinde Kabzdan Önce Semende Tasarruf	72
2.2.3.3. Kabzdan Önce Tasarrufun Garar ile İlişkilendirilmesi	73
2.3. SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİNİ ENGELLEYEN DURUMLAR	75

2.3.1. Muhayyerlik	76
2.3.1.1. Muhayyerliğin Akdin Hükmünün Sübûtuna Etkisi	79
2.3.1.2. Muhayyerliğin Akdin Hükmünün Tamamlanmasına Etkisi	83
2.3.2. Akdin Mevkuf Olması	86
2.3.3. İstihkak	89
2.3.4. Akdin Fâsid Olması	90
2.4. SATIM AKDİNDE HÜKMÜ ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR	93
2.4.1. Akdin Hükmünün Tarafların İradesi ile Ortadan Kalkması	94
2.4.1.1. Fesih Sebebiyle Akdin Hükmünün Ortadan Kalkması	94
2.4.1.2. İkâle Sebebiyle Akdin Hükmünün Ortadan Kalkması.....	95
2.4.2. Akdin Hükmünün Tarafların İradesi Dışında Bir Sebeple Ortadan Kalkması	96
2.4.2.1. Mebîin Kabzdan Önce Helâki.....	96
2.4.2.2. Mebî’de Şüf’a Hakkının Doğması	98
2.5. İSLAM HUKUKUNUN BİRLİK VE AYRILIK İLKELERİNE GÖRE KONUMU	100
SONUÇ.....	105
KAYNAKLAR	111
ÖZGEÇMİŞ	117

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
AMK	Alman Medeni Kanunu
Bkz./bkz.	Bakınız
Çev./çev.	çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
FMK	Fransız Medeni Kanunu
h.	hicrî
Haz./haz.	hazırlayan
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
m.	miladî
md.	madde
no.	numara
Nşr./nşr.	neşreden
ö.	ölüm tarihi
s.	sayfa
t.y.	basım tarihi yok
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	ve benzeri
ve diğer.	ve diğerleri
Thk./thk	tahkik
y.y.	basım yeri yok

GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu

Sosyal hayatta şahıslar elde etmek istedikleri hukukî sonuçlara göre farklı hukukî işlemler gerçekleştirirler. Şahısların hukukî işlemleri gerçekleştirmeye yönelik farklı bireysel gayeleri mevcut olmakla birlikte bir hukukî işlemde hukukî sonuç doğurmaya yönelik ortaya çıkan esas sebep tektir. Hukuk literatüründe hukukî işlemi ortaya çıkaran bu sebebe hukukî sebep denir.¹ Her bir hukukî işlem, neticede bir hukukî sebebe mebni olarak doğar. Buna göre bazı hukukî işlemler bir mal elde etmek, bazıları ise bir hizmet elde etmek amacıyla yapılır. Şahısların bu farklı gayeleri doğrultusunda birbirinden farklı hukukî sebeplere göre değişen hukukî işlemleri sosyal hayatta çoğaltmak mümkündür. Söz konusu hukukî sebeplerin birbirinden farklı olması, hukukî işlemlerin ne tür bir hukukî işlem olacağını belirler. Örneğin bir mala mâlik olmak amacıyla, malı alıp karşılığında bir bedel ödemek suretiyle gerçekleştirilen hukukî işlem satım akdini, bir malı bir bedel karşılığında belli bir süre kullanıp sahibine geri vermek suretiyle gerçekleştirilen hukukî işlem ise icâre (kira) akdini doğurur.

Satım akdinde tarafların gayesi, alıcının mala, satıcının malın bedeline mâlik olmasıdır. Taraflar söz konusu hukukî işlemi temelde bu gayelerine ulaşmak için gerçekleştirirler. Tarafların bu hukukî işleme yönelmeleri neticesinde iki önemli aşama ortaya çıkar. Birincisi tarafların söz konusu hukukî işlemi gerçekleştirmeye dönük irade beyanlarıdır. İcap ve kabul olarak isimlendirilen bu irade beyanlarının birbiri ile uyumlu olması sonucunda akid (sözleşme) kurulur. İkinci aşama ise tarafların esas gayelerine somut bir şekilde ulaşmalarını sağlayan mal ve bedelinin teslimidir. Günümüz Türk hukukunda menkul mallarda zilyedliğin devri, teslim ile gerçekleşir. Gayri menkul mallarda ise menkul mallardaki teslimin yerini tapuya tescil almıştır.²

Hukuk sistemleri sözleşme ve teslim/tescil şeklinde iki aşamalı olarak gerçekleşen satım akdinde, akdin konusu mal ve bedelinin mülkiyetinin hangi aşamada karşı tarafa

¹ Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 116-117.

² Hüseyin Tokat, *Aynî Akit*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 79.

intikal edeceği hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu farklı görüşler neticesinde temelde iki ilke ortaya çıkmaktadır. Birincisi, tarafların irade beyanları ile kurulan akdın, mülkiyetin intikali için yeterli olduğunu kabul eden “birlik ilkesi”dir. Birlik ilkesinde satım öncesi tarafların sahip oldukları mal ve bedelinin mülkiyeti, satım akdinin kurulması ile karşı tarafa intikal eder. Ayrıca teslim veya tescil gibi ilave bir işlem şart değildir. Hemen belirtmek gerekir ki birlik ilkesinde akde ilave olarak teslim esasını gerekli gören bir görüş daha bulunmaktadır.³

Mülkiyetin devri hususunda ortaya çıkan ikinci görüş ise bu konuda yalnızca akdi yeterli görmeyip akde ilave olarak teslim veya tescili de gerekli görmüştür. Mülkiyetin devrinde akid ve teslimin her ikisinin de gerekliliğini şart koşan ilkeye “ayrılık ilkesi” denir. Ayrılık ilkesine göre salt akid, mülkiyetin ve zilyedliğin devri için yalnızca bir taahhüt niteliğindedir. Mülkiyetin devrini gerçekleştiren asıl işlem akid sonrasında akdın ifâsını oluşturan teslim veya tescildir.⁴

Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bu iki farklı görüş, malvarlığına etki eden hukukî işlemlerden olan borçlanma ve tasarruf işlemi ayırımı kapsamında ele alınmaktadır. Borçlanma işlemi, tarafların birbirine uyumlu bir şekilde ortaya koydukları irade beyanları neticesinde meydana gelen sözleşmeyi, tasarruf işlemi ise bu sözleşmenin ifâsı olan teslim veya tescili ifade etmektedir.⁵

Mülkiyetin devri için borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayrılığı ilkesini benimseyen İsviçre/Türk ve Alman hukukunda bu iki işlemin geçerliliği için birbirine bağlı olması veya birbirinden bağımsız olması hususu da tartışılmıştır. Tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olması sebebe bağlılık (illîlik) ilkesi, tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlanma işleminin geçerliliğinden bağımsız olması ise soyutluk (mücerretlik) ilkesi şeklinde ifade edilmiştir.⁶ Buna göre mülkiyetin devrinin hangi aşamada gerçekleştiğini tespit için bu iki ilkeden hangisinin benimsendiğinin tespiti de önem kazanmaktadır.

³ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 36; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989, I, s. 37.

⁴ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 64.

⁵ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 185-187.

⁶ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 129; Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 69-72; Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 337-345.

İslam hukuku literatüründe satım akdinde mülkiyetin akid ile intikal ettiği kanaatinin hakim olduğu söylenebilir. Öyle ki satım akdi ile ilgili geniş muhtevaya sahip olan fûrû-i fıkıh eserlerinin birçoğunda satım akdinde akid ile mülkiyetin intikal ettiğine dair ifadeler mevcuttur.⁷ Satım akdinde alıcının henüz malı kabz etmeden vasiyette bulunup ardından ölmesi durumunda alıcının vasiyetinin geçerli olması, yine satım akdi sonrası alıcının kabzdan önce ölmesi durumunda mebîn mülkiyetinin vârislere intikal etmesi, akid ile mülkiyetin intikal ettiği görüşünü teyit etmektedir.⁸ Mülkiyetin intikali için akdi yeterli görüp tarafların irade beyanlarına bu konuda öncelikli olarak önem verilmesine rağmen, akid konusunun kabzedilmesinin de akdi tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edildiği görülmektedir.⁹ Akid konusu üzerinde menkul mallarda kabzdan önce tasarrufun yasaklanması,¹⁰ kabzdan önce akdin henüz tamamlanmamış olduğuna yönelik ifadeler,¹¹ özellikle Hanefî mezhebinde fâsid satım akdinde ancak kabz ile akdin hukukî sonuç doğurması¹² ve kabzın bir nevi akde benzediğine yönelik ifadeler¹³ salt akid ile tam bir mülkiyet kazanımının gerçekleştiği görüşünü zayıflatmaktadır.

Bu çalışmanın temel konusu İslam hukukunda satım akdinde mülkiyetin intikalidir. Bu çerçevede salt akid ile mülkiyetin intikal edip etmediği, akdin konusunun teslim ve kabzının mülkiyetin intikaline etkisi, kabz öncesi mülkiyetin durumu ve İslam hukukunun satım akdinde mülkiyetin intikali konusundaki yaklaşımının modern hukuk sistemleri içerisinde bu konuda benimsenen birlik ve ayrılık ilkeleri içerisinde hangisine daha yakın olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır.

⁷ Şemsüleimme es-Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, 1993, XIII, 65; Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1986, V, 233; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğnî*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî - Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, Riyad: Dârü'l-âlemi'l-kütüb li't-tibâati ve'n-neşri ve't-tevzî', 1997, VI, 565; Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû 'şerhu'l-Mühezzebe*, Beyrut: Dârü'l-fikr, t.y., IX, 282; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddî'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut: Dârü'l-fikr, 1992, IV, 506.

⁸ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 180.

⁹ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 173.

¹⁰ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 307.

¹¹ Kâsânî, "أن الصفقة ليست بتامة قبل القبض" ifadesini kullanarak satım akdinde kabzdan önce akdin tamamlanmadığını ifade etmektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 287. Satım akdinde kabzın akdi tamamlayıcı unsur olduğunu ifade eden benzer ifadeler için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 72.

¹² İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, Beyrut: Dârü'l-fikr, 1970, V, 18.

¹³ Klasik fûrû-i fıkıh eserlerinde satım akdinde kabzın akde benzediğine yönelik "لأن القبض له شبه بالقبض" veya "لأن القبض شبيها بالقبض" şeklindeki ifadeler rastlanmaktadır. Kabzın akde benzediğine dair kullanımlar için bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 240; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, Kâhire: Mektebetü'l-Kübâ el-Emîriyye, t.y., IV, 18; Ekmeleddîn el-Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, Beyrut: Dârü'l-fikr, 1970, VI, 386; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 386.

II. Araştırmanın Önemi, Kapsamı ve Sınırlandırılması

İslam hukukunda muâmelât alanı içerisinde satım akdi, diğer akidler için model bir akid konumunda olup¹⁴ akid nazariyesi ile ilgili temel hususlar bu akdin muhtevasında içkin olarak işlenmiştir.¹⁵ Benzer bir değerlendirme modern hukuk sistemleri için de yapılabilir. Zira modern borçlar hukuku eserlerinde satım sözleşmesi en geniş muhtevaya sahip olan ve borçlar hukuku ile ilgili teorik bilgilerin ayrıntılı bir şekilde ele alındığı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Satım akdinin hukukî sonuçları hukuk sistemleri içerisinde teknik tartışmaların yapıldığı teorilerin geliştirildiği bir konu olmuştur. Çalışmamızda İslam hukukunda satım akdinde mülkiyetin intikalini Hanefî mezhebi özelinde inceledik. Bununla birlikte çalışmamızın birinci bölümünde modern hukuk sistemlerinde bu konu ile ilgili teori ve görüşleri ele aldık.

Satım akdi, taraflar arasında bir borç ilişkisi doğurması sebebiyle borçlar hukuku, akid sonrası akde konu malın mülkiyetinin intikali yönüyle de eşya hukuku ile ilişkilidir. Nitekim mülkiyet, eşya hukukunun temel kavramlarından birisidir. İslam hukukunda borç ilişkisi doğuran satım akdi ile aynı zamanda bir aynî hakkın tesis edilmesinin söz konusu olup olmadığı araştırmamızda tespit edilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla İslam hukukunda satım akdinin hükmü olarak ifade edilen mülkiyetin intikalinde, mülkiyetin ne tür bir mülkiyet olduğunun tespiti, ayrıca satım akdinin hukuku içerisinde sayılan teslim ve tesellümün bu mülkiyete ne derece etki ettiği çalışmamızın odaklandığı esas noktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, konumuza zemin oluşturması bakımından modern hukuk sistemlerinde mülkiyetin intikaline ilişkin hükümleri ele aldık. Türk hukuk sistemine etkisi ve bu konudaki Türkçe literatürün, yararlanacağımız yeterli sayıdaki kaynakları ihtiva etmesi sebebiyle araştırmamızı modern hukuk sistemleri içerisinde ağırlıklı olarak Kara Avrupası Hukukuna yoğunlaştırdık. Bu hukuk çevresinde satım akdi ile mülkiyetin intikaline dair farklı yaklaşımları, bu çerçevede yapılan tasnifleri ve benimsenen ilkeleri inceledik. Anglo-Sakson (Common Law) hukuk sisteminde ise bu konuya dair ortaya çıkan görüşlere kısaca temas ettik.

¹⁴ Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, VI, 15.

¹⁵ Hadi Ensar Ceylan, “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), s. 77.

Satım akdinde mülkiyetin intikali konusu modern hukuk doktrininde, malvarlığına etki eden hukukî işlemler içerisinde borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi ayırımı yapılarak ele alınmıştır. Bu ayırım satım akdine özgü bir ayırım olmamakla birlikte satım akdinin taraflar arasında bir borç ilişkisi doğurması ve satım akdinin ifâsı olan zilyedliğin devrinin bir tasarruf işlemi olması dolayısıyla söz konusu ayırım, satım akdinde mülkiyetin intikalini tespit etmede kritik öneme sahiptir. Bu sebeple çalışmamızın birinci bölümünde malvarlığına etki eden hukukî işlemlerden borçlanma ve tasarruf işlemleri, mülkiyetin intikalinde bu işlemler doğrultusunda ortaya çıkan birlik ve ayrılık ilkeleri, bunun yanı sıra sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkelerini inceledik.

İslam hukuku literatüründe satım akdinin taraflara kazandırdığı hakları ve yüklediği borçları ifade etmek üzere “hüküm” ve “hukuk” kavramları kullanılmıştır. Esasında bu kavramlar satım akdine özgü olmayıp hibe, icâre ve nikâh gibi diğer akidler için de geçerlidir.¹⁶ Satım akdinin hükmü, bireylerin satım akdi ile amaçladıkları temel gayeyi yani satım akdinin hukukî bir işlem olarak aslî sonucunu ifade eder. Klasik fıkıh eserlerinde bu aslî sonuç, akde konu olan malın mülkiyetinin alıcıya, malın bedeli olan semenin mülkiyetinin satıcıya intikali şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷ Satım akdinin hukuku ise aslî sonuç olan hükmün gerçekleşmesine yönelik onu tamamlayan ve güçlendiren hak ve borçlardır. Bunlar akde konu edilen malın teslim ve tesellümü, akid konusundaki bir ayıp veya istihkâk sebebiyle satıcıyı dava etme hakkı gibi bu hükmü destekleyen ikincil hak ve borçlardır.¹⁸

Tez konumuzun Hanefî mezhebine göre satım akdinde mülkiyetin intikaline yoğunlaşması münasebetiyle, çalışmamızın ikinci bölümünde konumuzla doğrudan alakalı olan satım akdinin hükmünü ele aldık. Satım akdinin konusu olan malın ve bu malın bedelinin teslim ve tesellümü satım akdinin hukuku içerisinde yer alması ve akdin hükmünü tamamlayıcı bir unsur olarak sayılması itibarıyla de satım akdinin hukuku kapsamında değerlendirilen konulara gerekli yerlerde temas ettik.

¹⁶ Muhammed Sellâm Medkûr, *el-Medhal li'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Dârü'l-kütübi'l-hadîs, 1996, s. 522.

¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 65; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V. 233; Zeynüddîn İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, y.y: Dârü'l-kütübi'l-İslâmî, t.y., V, 438.

¹⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020, III, 2346 (md. 1377); Hasan Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi” (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), s. 38-40.

Satım akdinin hukukî sonuçlarını belirtmek üzere kullanılan hüküm ve hukuk kavramları çalışmamızın çerçevesini oluşturmaktadır. Hüküm kavramı fıkıh literatüründe oldukça geniş bir anlam yelpazesine sahiptir. Konumuz özelinde kullanılan “akdin hükmü” terkihi ile bazen “satım akdinin hükmü mubahtır” ifadesindeki gibi hukukî işlemin şâri‘ tarafından istenip istenmediğine ya da serbest bırakıldığına yönelik vasfı kastedilir. Yine aynı terkipli, bazen “fuzûlînin (yetkisiz temsilci) yaptığı satım akdi mevkuftur veya vekâlet akdi gayri lâzımdır” ifadelerindeki gibi işlemin unsur ve şartlarının bulunup bulunmamasına veya bağlayıcı olup olmamasına göre aldığı dünyevî hükümlere ilişkin vasfı kastedilir. Bazen de “satım akdinin hükmü mülkiyetin intikalidir” ifadesindeki gibi hukukî bir işlemin hukukî sonucunu belirtmek için kullanılır.¹⁹ Hüküm kavramına benzer bir şekilde kullanım alanı oldukça geniş olan hukuk kavramı da bazen irtifak haklarını, bazen bir akara mâlik olmanın getirdiği yan yetki ve yükümlülükleri, bazen de bir akde bağlı olarak akdin hükmünü gerçekleştirmeye yönelik ikincil hak ve borçları ifade etmek için kullanılır.²⁰ Biz bu çalışmada “hüküm” kavramını, satım akdinin hukukî sonuçları açısından mülkiyetin intikali anlamında, “hukuk” kavramını ise mülkiyetin intikalini gerçekleştirmeye yönelik ikincil hak ve borçları ifade etmek için kullandık. Klasik fıkıh literatüründe söz konusu kavramların farklı kullanım alanlarına ise bu çalışmada yer vermedik.

Hüküm ve hukuk kavramları yanında milk kavramı da konumuz açısından önem taşımaktadır. Satım akdi mülkiyeti devreden hukukî bir işlemdir. Söz konusu mülkiyetin niteliği ise çalışmamızın temel meselesidir. Bu bakımdan satım akdinin hukukî sonuçlarını tespit etmede milk (mülkiyet) kavramını da çalışmamızla ilgisi ölçüsünde açıklamaya gayret ettik.

Satım akdinde tarafların akdin konusu olan mal ve bedelinin mülkiyetine sadece akid ile mi, yoksa satım akdine ilave bir fiilî tasarruf işlemiyle mi mâlik olacakları farklı hukuk sistemlerinde tartışılmıştır. Bazı hukuk sistemleri salt akdi mülkiyetin intikali için yeterli görürken bir kısmı ise akde ilave bir tasarruf işlemini de gerekli görmüştür. İslam hukukunun bazı klasik kaynaklarında ise akid ile mülkiyetin intikal ettiği ifade edilmektedir.²¹ Buna rağmen İslam hukukunda akid sonrasında, mal kabzedilmeden

¹⁹ Ali el-Hafîf, *Ahkamü'l-mu'âmelâti 'ş-şer'iyye*, Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 2008, s. 328.

²⁰ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 38-40.

²¹ İslam hukukunda akid ile mülkiyetin intikal ettiğine dair ifadeler bulunan eserler için bkz. dipnot no:7

alıcının mala ilişkin bazı tasarrufları kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla akdin gerçekleşmesi akabinde intikal ettiği belirtilen mülkiyetin sahibine en geniş yetkileri veren tam mülkiyet olduğunu söylemek yanıltıcı olur. Nitekim kimi İslam hukukçuları akdin hukukunu oluşturan teslim ve kabzdan önce, mülkiyetin mutlak bir mülkiyet olmadığını ifade etmiştir. Hanefî hukukçulardan Kâsânî (ö. 587/1191), satım akdine konu mal üzerindeki mülkiyetin salt akid ile “teekküd” etmediğini, mülkiyetin ancak malın kabzı gerçekleştikten sonra “teekküd” edeceğini belirtmiştir.²² Benzer bir değerlendirmeyi de Şâfiî fakihlerinden Nevevî (ö. 676/1277) yapmaktadır. *el-Mecmû‘ şerhu’l-Mühezzeb* adlı eserinde Nevevî, henüz kabz edilmeyen malın satımının yasaklanmasına dair rivayeti açıklarken söz konusu malda mülkiyetin henüz istikrar kazanmadığını söylemekte, ayrıca malın kabzdan önce helâk olma ihtimali dolayısıyla böyle bir satışı garar ile ilişkilendirmektedir.²³ Dolayısıyla İslam hukuku kaynaklarında satım akdi ile intikal ettiği belirtilen mülkiyetin niteliğinin ortaya konması çalışmamız açısından önem kazanmaktadır.

İslam hukukunda, taraflar arasında satım akdi kurulmuş olmasına rağmen muhayyerlik ve tarafların yetkisiz temsilci olarak akde taraf olması gibi durumlar, mülkiyetin intikaline engel teşkil etmektedir. Bunlara ilave olarak hukukî işlemlerde fâsid bâtil ayırımı yapan Hanefîlere göre fâsid satım akdi de kabzdan önce mülkiyetin intikaline engeldir. Satım akdinin konusunun kabzdan önce helâk olması, akid sonrasında şüf’a hakkı olan üçüncü bir kişinin şüf’a hakkı ileri sürmesi ve yine akid sonrasında akdin konusunun başka birisine ait olduğunun ortaya çıkması neticesinde istihkak davasının açılması gibi hususlar ise akid kurulmuş olsa bile akdin hükmünü ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu hususlar salt akdin taraflara tam bir mülkiyet sağladığına yönelik görüşleri zayıflatmaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünde yukarıda bahsedilen hususlar çerçevesinde İslam hukukunda sadece satım akdi ile mülkiyetin intikal edip etmeyeceği, eğer mülkiyet intikal ediyorsa bu mülkiyetin ne tür bir mülkiyet olduğunun ortaya konulması hedeflenmiştir.

²² Kâsânî, "الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وإنما التأكد بالقبض" ifadesini kullanarak satım akdinde salt akid ile intikal eden mülkiyetin kabzdan önce henüz “teekküd” etmediğini belirtmektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V. 264.

²³ Nevevî, *el-Mecmû‘ şerhu’l-Mühezzeb*, IX, 264.

Tezde, ele aldığımız konuyu Hanefî mezhebini merkeze alarak inceledik. Bununla birlikte diğer fıkıh mezhepleri içerisinde konu ile ilgili farklı yaklaşımlar varsa bu hususlara yeri geldiğinde temas etmeye çalıştık. İslam hukukçularının konumuz özelinde kavram üretme ve geliştirme faaliyetine ne derece ehemmiyet verdiklerini, kavramlar üzerinde dakik ve ayrıntılı teorik tartışmalarını, varsa bu tartışmaların pratik yansımalarını da ortaya koymaya gayret ettik. Bunun yanında özellikle birinci bölümde konumuza zemin hazırlaması bakımında modern hukuk sistemlerindeki kavram ve tasniflerden de yararlandık.

III. Araştırmanın Yöntemi ve Kaynakları

Fıkıh eserlerinde satım akdi, müstakil bir konu olarak işlense de satım akdinin hukukî sonuçları, muâmelât bahisleri içerisinde yeri geldikçe ele alınmakta tek bir başlık veya müstakil bir konu şeklinde işlenmemektedir. Çalışmamızda bu şekilde dağınık halde bulunan satım akdinin hukukî sonuçları ile ilgili hususları başta klasik fûrû-i fıkıh eserleri olmak üzere çağdaş İslam hukuku eserlerinden ve modern hukuktaki benzer kavram ve tasniflerden de faydalanarak sistemli bir şekilde ortaya koymayı amaçladık. Araştırmamızın satım akdi ile sınırlı olması nedeniyle fûrû-i fıkıh eserleri, öncelikli olarak başvurduğumuz kaynakları oluşturmaktadır. Hanefî mezhebi içerisinde bütün literatürü tarama ve inceleme, çalışmamızın sınırlarını zorlayacağından mezhep içerisinde temsil gücü yüksek kitapları esas alarak çalışmamızı tamamladık.

Çalışmamızın kaynaklarını üç başlık altında toplayabiliriz. Birincisi konumuzun ana kaynaklarını oluşturan Hanefî fûrû-i fıkıh kitaplarıdır. İkincisi özellikle akid ve mülkiyet nazariyesi hakkında yapılmış çağdaş İslam hukuku çalışmalarıdır. Üçüncüsü ise ele aldığımız konunun hukuk bilimindeki yerini tespit etmek, çalışmamızın sistematik bütünlüğünü oluşturmak ve incelediğimiz bazı kavram ve tasniflerin anlatımını kolaylaştırmak amacıyla istifade ettiğimiz modern eşya ve borçlar hukuku çalışmalarıdır.

A. Klasik Fıkıh Literatürü

Bu çalışmanın temel kaynaklarını İslam hukuku açısından Hanefî fûrû-i fıkıh eserleri oluşturmaktadır. Tezde Hanefî mezhebinin teşekkülünde önemli rol oynayan Muhammed

b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) *el-Asl* adlı eserinden başlayarak günümüze kadar mezhep içerisinde muteber kabul edilen fûrû-i fıkıh eserlerini incelemek suretiyle konunun Hanefî literatüründeki yerini tespit etmeye çalıştık. Tezin başlıklarını oluşturma ve ana çerçevesini belirlemede Hanefî mezhebi içerisinde tertip ve metodu itibariyle önemli bir konuma sahip olan Kâsânî'nin (ö. 587/1191) *Bedâiu's-sanâi'* adlı eserinden çokça yararlandık. Bahsi geçen eserde özellikle fikhî kavramların kullanımına ilişkin dakik bir üslup ve ayrıntılı değerlendirmelerin bulunduğunu gözlemledik. Eserin sistematik açıdan bu olumlu yönünü çalışmamıza yansıtmaya çalıştık. Bunun yanında incelediğimiz konu ile ilgili kavram ve terimlerin ayrıntılı bir şekilde ele alındığını gözlemlediğimiz Hanefî fûrû-i fıkıh eserlerinden Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*, Hanefî mezhebinde temel metinlerden kabul edilen Mergînânî'nin (ö. 593/1197) *el-Hidaye*, bu eser üzerine yazılan şerhlerden Bâbertî'nin (ö. 786/1384) *Şerhu'l-Înâye*, Aynî'nin (ö. 855/1451) *el-Binâye* ve İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) *Fethü'l-Kadîr* adlı eserleri sıkça yararlandığımız eserlerdendir. Yine mezhep içerisinde temel metinlerden kabul edilen Ebü'l Berekât en-Neseî'nin (ö. 710/1310) *Kenzü'd-dekâik* adlı eserinin şerhlerinden Zeylâî'nin (ö. 743/1343) *Tebyînü'l-hakâik* ve İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) *el-Bahrü'r-Râik* adlı eserleri, ayrıca son dönem klasik Hanefî fûrû-i fıkıh eserlerinden olan İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *Reddü'l-Muhtâr'ı* ve Hanefî mezhebinin hükümlerini esas alarak oluşturulan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* tez içerisinde nispeten daha fazla atıf yapılan eserler olmuştur.

Fûrû-i fıkıh eserlerinin yanı sıra tez içerisinde yer alan özellikle milk-mülkiyet gibi kavramların mahiyetinin netleştirilmesi ve tezin konusuyla irtibatının ortaya konması açısından kavâid türü eserlerden yararlandık. Zerkeşî'nin (794/1392) *el-Mensûr fi'l-kavâid*, İbn Receb'in (795/1393) *el-Kavâid*, İbn Nüceym'in (970/1563) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı eserleri konumuzla ilgili olan kavramların tasnif ve değerlendirmesi açısından istifade ettiğimiz eserler arasındadır.

Çalışmamızda ele aldığımız konuyu Hanefî mezhebi çerçevesinde işlemiş olmakla birlikte diğer fıkıh mezheplerinin fûrû-i fıkıh eserlerinden kısmen de olsa yararlanmaya çalıştık. Şâfiî mezhebinde Mâverdî'nin (ö. 450/1058) *el-Hâvi'l-kebîr*'i, Nevevî'nin (ö. 676/1277) *el-Mecmû'* şerhu'l-Mühezzeb'i, Mâlikî mezhebinde Şehâbeddin Karâfî'nin (ö. 684/1285) *ez-Zehîre*'si ve Hanbelî mezhebinde İbn

Kudâme'nin (ö. 620/1223) *el-Muğnî adlı eseri*, Hanefî mezhebi kaynakları haricinde yararlanıldığımız eserlerin başlıcalarıdır.

B. Çağdaş İslam Hukuku Literatürü

Çalışmamızın diğer bir önemli sac ayağını çağdaş İslam hukuku literatürü oluşturmaktadır. Ele aldığımız konunun klasik fıkıh literatüründeki yerinin tespiti ve süreç içerisindeki farklı yaklaşımların analizi için çağdaş İslam hukuku literatüründen önemli ölçüde istifade ettik. Çağdaş dönemde yazılmış özellikle akid ve mülkiyet nazariyesi ile ilgili eserlerin konumuzla doğrudan alakalı olan kısımlarından yararlanmaya gayret ettik. Bu bağlamda muâmelât alanı ile ilgili yapılmış çalışmalardan Abdürrezzâk Ahmed es-Senhûrî'nin (ö. 1971) *Mesâdiru'l-hak fi'l-fıkhi'l-İslâmî* ve *Nazariyyetü'l-akd* adlı eserleri, Ali el-Hafîf'in (ö. 1978) *Ahkamü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye* ve *el-Milkiyye fi's-şer'ati'l-İslâmiyye* adlı eserleri ve Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın (ö. 1999) *Akdü'l-bey'* ve *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm* adlı eserleri istifade ettiğimiz başlıca çağdaş İslam hukuku literatürü eserlerindendir.

Çağdaş İslam hukuku çalışmaları içerisinde doğrudan satım akdinin hükmünü inceleyen iki ayrı çalışmaya rastlanmıştır. Bunlardan birincisi Şevket Topal'ın 1995 tarihinde tamamladığı “İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikali” adlı yüksek lisans tezidir. Müellif bu çalışmasının giriş bölümünde İslam Hukukunda akid kavramını ve satım akdini genel hatlarıyla ele almış, birinci bölümünde İslam hukukunda mal ve mülkiyet kavramlarını, ikinci bölümünde satım akdinde mülkiyetin intikalini, üçüncü bölümünde satım akdinin bedellerinin teslim ve kabzını, dördüncü bölümünde ise satım akdinde mülkiyetin intikalini engelleyen durumları incelemiştir. Yazar, satım akdini daha geniş bir çerçevede ele almış, satım akdinde mülkiyetin intikaline ilişkin hükümlere nispeten kısıtlı olarak yer vermiştir. Konunun modern hukuk ile ilişkisine ise değinmemiştir. Söz konusu çalışma 2014 yılında *İslam Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet* başlığıyla kitap olarak basılmıştır. İkinci çalışma ise Ekrem Mahmud Hüseyin el-Bedüv'ün “Hükmü'l-bey'” başlıklı satım akdinin hükmünü ele alan makalesidir. Müellif bu çalışmada öncelikle satım akdinin hükmünün ne anlama geldiğini ele almış, ardından benzer kavramlarla olan ilişkisine değinmiştir. Çalışmanın devamında ise satım akdinde kabzın önemine ve akdin hükmünü engelleyen hususlara yer vermemiştir.

Araştırmalarımız neticesinde konumuzla doğrudan ilgili olan Hasan Hacak'ın İslam hukukuna göre satım akdinde mülkiyetin intikalini modern hukuk sistemlerindeki borçlanma ve tasarruf işlemleri açısından değerlendirdiği “Garar Kavramına Yeni Bir Yaklaşım” adlı çalışmasına rastladık. Bu çalışma, Sakarya Üniversitesi İslam Ekonomisi ve Finansı Uygulama ve Araştırma Merkezi (İSEFAM) tarafından 2018 yılında düzenlenen “Klasik Fıkıhta Garar ve Günümüzdeki İktisadi İşlemlere Etkisi” adlı çalıştayda tebliğ olarak sunulmuş, ardından geliştirilerek 2021 yılında *İslam İktisadında Garar* ismiyle basılan kitapta makale olarak yayınlanmıştır. Yazar bu çalışmasında Kara Avrupası hukuk sisteminde borçlanma ve tasarruf işlemlerine ilişkin ayırımın benimsenmesi neticesinde, bu hukuk sisteminin sözleşme esnasında birtakım şartların gerekliliği konusunda nispeten esnek bir hukuk politikası izlediğinden bahsetmektedir. Öte yandan İslam hukukunda akid ile mülkiyetin intikal ettiği görüşünün benimsenmesi sebebiyle akid esnasında malın mevcut olması ve teslim edilebilir olması gibi şartların sözleşmenin başında gerekli görüldüğüne işaret etmektedir. Bu çalışma haricinde satım akdinde mülkiyetin intikali konusunu modern hukukta benimsenen ilke ve teoriler ile mukayeseli olarak ele alan veya İslam hukuku açısından, bahsedilen ilke ve teorilere yer veren bir çalışmaya rastlayamadık.

Tezde incelediğimiz konuya doğrudan hasredilmiş pek fazla çalışma bulunmasa da tez içerisinde ele aldığımız başlıkların çeşitli çalışmalarda işlendiğini müşahade ettik. Türkçe yazılan eserler arasında tez konumuzun muhtevasının önemli bir kısmına çalışmasında yer verdiğini tespit ettiğimiz Hasan Hacak'ın “İslam Hukukunda Hak Kavramının Analizi” adlı doktora tezinden yararlandık. Tezimizin konuları içerisinde satım akdinde kabz ve kabzın mülkiyetin intikaline etkisi çerçevesinde Mustafa Kisbet'in “İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi” başlıklı doktora tezi ve yine aynı konuda Arif Atalay'ın “İslam Hukukunda Kabz” adlı doktora tezinden istifade ettik. Bundan başka hem Türkçe hem de Arapça literatürde kabz ile ilgili birçok çalışma yapıldığını gözlemledik. Yine çalışmamızın konusu içerisinde önemli bir yer tutan muhayyerlik ve muhayyerliğin akdin hükmüne etkisi çerçevesinde Hadi Ensar Ceylan'ın “İslam Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı” adlı doktora çalışmasından faydalandık.

C. Modern Hukuk Literatürü

Çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız konuya hukukî bir zemin hazırlamak için İslam hukuku dışında özellikle de Kara Avrupası hukuk sistemlerinde konunun nasıl ele alındığını tespit etmeye çalıştık. Modern hukuk sistemlerinde sözleşme (akid) ekseriyetle borçlar hukuku bünyesinde, mülkiyet ve mülkiyetin devri ise eşya hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda modern hukuk çalışmaları içerisinde borçlar hukuku ve eşya hukuku eserlerinden yararlandık. Özellikle sözleşmenin niteliği ve sözleşme ile ilgili teorik ve ayrıntılı bilgiler için borçlar hukukunun genel hükümlerini ihtiva eden eserlere müracaat ettik. Çalışmamızda konu sınırlandırmasının yapılması ve gerekli bazı kaynaklara ulaşmada Cevdet Yavuz'un *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* adlı eseri referans kaynağımız olmuştur. Modern hukukta satım sözleşmesinde mülkiyetin devri ve bu konu ile ilgili geliştirilen teorilere ilişkin yeterli bilgiler çoğu borçlar hukuku eserinde bulunmamakta veya konuya kısaca değinilmekteydi. Bu bakımdan konumuz ile ilgili bilgilere rastladığımız Kenan Tunçomağ'ın *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* adlı kitabı ve Andreas von Tuhr'un Türkçeye *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* adıyla tercüme edilen eseri, Fikret Eren'in *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* ve Rona Serozan'ın *Medeni Hukuk* adlı eserleri, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu'nun doktora tezi olarak sunduğu *Modern Hukukta Tasarruf İşlemi* adlı kitabı ve Doruk Utku'nun "Sınai Hakların Rehni" adlı doktora tezi sıkça müracaat ettiğimiz eserlerdir. Ayrıca Sabri Şakir Ansay'ın "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hususunda Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese", Seyfullah Edis'in "Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi" Özge Erbek'in "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi" adlı makaleleri modern hukuk literatüründe yararlandığımız çalışmalar arasındadır.

Çalışmamızda ele aldığımız konunun modern hukuk sistemlerindeki incelediğimiz kısmında çoğunlukla Türkçe eserlerden yararlandık. Çeşitli hukuk sistemlerine ilişkin temel bilgileri kendi dilinde yazılan eserlerden yararlanarak araştırmamızı zenginleştirmenin tezimizin geliştirilmeye muhtaç önemli bir yönü olduğunu belirtmeliyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

MODERN HUKUKTA MALVARLIĞINA ETKİ EDEN HUKUKİ İŞLEMLER VE SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ

Türk hukukunda kişilerin mal elde etme yöntemlerinden biri olan satım sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sözleşme ile ilgili genel ve özel hükümler ayrıntısıyla bu kanunda yer almaktadır.²⁴ Tasarruf işlemi, mülkiyet ve buna bağlı olarak zilyedliğin devri gibi satım sözleşmesinin ifâsı ile ilgili hükümler ise Türk Medeni Kanunu'nda yer alan eşya hukuku kitabında düzenlenmiştir. Sözleşme ve sözleşmenin ifâsı arasındaki bu ayırım borçlanma işlemi ile tasarruf işleminin birbirinden ayrılığı ilkesine dayanmaktadır. İleride ayrıntılarıyla belirtileceği üzere sözleşme borçlanma işlemini, sözleşmenin ifâsı ise tasarruf işlemini ifade etmektedir. Türk ve İsviçre hukuku, hukukî işlemlerde borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi ayırımını benimsemiştir. Bu hukuk sistemlerinde söz konusu ayırımı ifade eden genel bir hüküm bulunmuyor olsa da mevcut çeşitli hükümlerden hareketle böyle bir ayırımın kabul edildiğini söylemek mümkündür.²⁵

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde malvarlığına etki eden hukukî işlemler için benimsenen borçlanma ve tasarruf işlemi ayırımı bütün hukuk sistemlerinin ittifakla kabul ettiği bir ayırım değildir. Bazı hukuk sistemleri buna mukabil borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birliği ilkesini benimsemişlerdir. Bu ilkelere göre borç doğuran satım sözleşmesi ve ifâsının tek işlem veya iki ayrı işlem şeklinde gerçekleşmesi söz konusudur. Satım akdinin hukukî sonucunu ve mülkiyetin intikaline etkisini ortaya koyabilmek için hukuk sistemleri arasındaki bu farklı yaklaşımları ayrıntılarıyla ele almak gerekmektedir.

Hukukî işlemler farklı hukuk sistemlerinde çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Söz konusu tasnif, hukukî işleme katılanların sayısına göre, hukukî işlemin ivazlı olup olmamasına göre, hukukî sonuçlarını meydana getirdiği âna göre veya malvarlığına

²⁴ Esasen borçlar hukuku medenî hukukun bir bölümüdür. Ancak geniş kapsamlı olması ve borçlar kanununun medenî kanundan ayrı düzenlenmiş olmasından dolayı özel hukukun ayrı bir dalı olarak kabul edilmektedir. Borçlar hukuku, borçlar kanununda da benimsenmiş olduğu üzere “genel hükümler” ve “özel borç ilişkileri” şeklinde iki kısım halinde düzenlenmiştir. Genel hükümler kısmında borç kavramı, sözleşme ve icap-kabul gibi hususlar özel borç ilişkileri kısmında ise satım, trampa, kira, ariyet gibi özel borç ilişkileri düzenlenmiştir. Bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 107.

²⁵ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 65.

yaptığı etkiye göre farklı başlıklar altında ele alınmıştır.²⁶ Bu şekilde ele alınan hukukî işlemler bahsedilen başlıklar arasında geçişkenlik gösterebilmektedir. Söz gelimi satım sözleşmesi, hukukî işleme katılanların sayısı itibariyle iki taraflı hukukî işlemler başlığında yer alırken aynı zamanda ivazlı ve malvarlığına borçlandırıcı bir şekilde etki eden hukukî işlemler şeklindeki başlıklar altında da yer almaktadır. Çalışmamız satım akdinde mülkiyetin intikalini ele aldığı için yapılan çeşitli tasniflerden konumuz ile ilgili olan malvarlığına etkileri bakımından hukukî işlemleri inceleyeceğiz. Nitekim modern hukukta sözleşme ve sözleşmenin îfâsı ile ilgili teorik konular malvarlığına etki eden hukukî işlemlerden borçlanma ve tasarruf işlemleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu sebeple satım sözleşmesinde mülkiyetin intikali konusunu netleştirebilmek için söz konusu borçlanma ve tasarruf işlemlerini ayrıntılarıyla incelemek gerekmektedir.

Satım akdi iki taraflı, ivazlı ve malvarlığına etki eden hukukî bir işlemdir. Satım akdinin malvarlığına etkisi ileride görüleceği üzere birlik-ayrılık veya sebebe bağlılık-sebepten soyutluk ilkelerinin benimsenmesine göre değişiklik arz eder. Bu ilkelerin tercih edilmesine göre satım akdinin malvarlığına etkisi, doğrudan ya da dolaylı olur. Yahut satım akdi, mülkiyeti devredici veya borçlandırıcı bir işlem olarak karşımıza çıkar.

Satım akdinin hukukî sonucu, satım akdine konu edilen mal ve bedelinin mülkiyetinin taraflara intikalidir. Bu hukukî sonucun gerçekleşme zamanı, hukuk sistemleri tarafından farklı yaklaşımlar öne sürülerek incelenmiştir. Modern hukuk eserlerinde bu konu genellikle malvarlığına etkileri bakımından hukukî işlemler başlığı altında ele alınmıştır.²⁷

1.1. MALVARLIĞINA ETKİLERİ BAKIMINDAN HUKUKÎ İŞLEMLER

Malvarlığına yaptıkları etkileri bakımından hukukî işlemler çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur. Bu tasniflerin bir kısmı hukukî işlemin malvarlığını doğrudan veya dolaylı yolla etkilemesine,²⁸ bir kısmı da malvarlığını arttırması ya da azaltmasına yöneliktir. Bu

²⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 172-178; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 115; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 186; Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 46-47.

²⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 178; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 185.

²⁸ Borçlanma işleminin malvarlığını dolaylı yolla, tasarruf işleminin ise malvarlığını doğrudan etkilemesi hakkında bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 179-181.

ikinci kısma dair yapılan tasniflerde hukukçular arasında görüş birliği yoktur.²⁹ Konumuzla ilgisi sebebiyle ve önemine binaen yapılan farklı tasniflerin ayrıntısına girmeden malvarlığına etkileri bakımından hukukî işlemleri kazandırıcı işlem, borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi şeklindeki başlıklar halinde ele alacağız.

1.1.1. Kazandırıcı İşlem

Bir kimsenin başka bir kimsenin malvarlığına bir menfaat sağlamasına kazandırma denir. Bu işlem malvarlığının arttırılması şeklinde olabileceği gibi malvarlığının azalmasına engel olmak şeklinde de gerçekleşebilir.³⁰ Kazandırma, hukukî işlemleri de içerisine alan geniş kapsamlı bir kavramdır. Öyle ki hukukî işlem niteliğinde olmayan bazı maddi fiiller de kazandırma kapsamındadır. Örneğin bir kimse mâlik olmadığı bir eşya üzerinde hukukî bir işleme dayanmadan emeğini kullanarak bir süs işlemesi yapmış olabilir. Bu durumda emek, işlenen eşyadan daha değerli ise eşya emek verene, aksi halde eski sahibine ait olur. Süs işlemesi yapan kişinin fiili, hukukî bir işlem değildir. Dolayısıyla burada emek veren kişi eşya üzerinde hukukî bir işleme dayanmayan fiilî bir kazandırmada bulunmuş olur. Maddi fiillerin aksine kazandırma işlemi hukukî işlem niteliğinde ise bu kazandırmaya kazandırıcı işlem denir.³¹

Kazandırıcı işlem borçlanma işlemi şeklinde gerçekleşebileceği gibi tasarruf işlemi şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin bir satım sözleşmesi yapıldığında satıcı malın teslimi borcunu, alıcı ise malın bedelini ödeme borcunu üstlenmiş olur. Böylece her iki taraf da sözleşme ile bir diğer deyişle borçlanma işlemi yapmak suretiyle borç altına girmiş olurlar. Tarafların üstlenmiş oldukları bu borçlar aynı zamanda karşı taraf için bir kazandırmadır. Karşı taraf bu işlemle borçludan bir alacak hakkı kazanmış olur.

²⁹ Malvarlığına etki eden hukuki işlemleri bazı yazarlar borçlandırıcı işlemler, tasarruf işlemleri ve kazandırıcı işlemler şeklinde üç kısma ayırmıştır. Bkz. Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 185; Bazı yazarlar ise borçlanma ve tasarruf işlemini kazandırıcı işlemin alt başlığı şeklinde incelemiştir. Bkz. Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısmı 1-2*, çev. Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 115; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 196; Bazı yazarlar da malvarlığına etki eden hukuki işlemleri borçlanma ve tasarruf işlemi şeklinde ikiye ayırıp kazandırıcı işlemi ise ayrı bir başlık olarak incelemiştir. Malvarlığına etki eden hukuki işlemlere yönelik farklı ayırmalar ve bu ayırımların analizi için bkz. Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 46-47.

³⁰ von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısmı 1-2*, s. 193; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 115.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 115.

Dolayısıyla borçlanma işlemlerine karşı taraftan bakıldığında bu işlemler aynı zamanda birer kazandırıcı işlemidir.³²

Borçlanma işlemi sonrasında taraflar yüklenmiş oldukları borcu ifâ etmeye yönelirler. Çünkü ayrılık ilkesinde tarafların ulaşmak istedikleri mal ve bedelin mülkiyetinin devri yalnızca satım sözleşmesi ile gerçekleşmez. Mülkiyetin devri ancak borçlanma işleminin ifâsı ile yani tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi ile olur. Tasarruf işlemi ise satıma konu olan malın ve bedelin zilyedliğinin karşı tarafa geçirilmesidir. Tarafların borçlanma işlemi sonrasında gerçekleştirdikleri tasarruf işlemi de borçlanma işlemi gibi kazandırıcı bir işlemidir.³³ Böylece iki tarafa borç yükleyen bir hukukî işlem özelliği taşıyan satım işlemi, içerisinde iki adet borçlanma işlemi iki adet de tasarruf işlemi barındırır. Belirtelim ki bu durum satım sözleşmesinde borçlanma işlemi ve tasarruf işleminin ayrılığı ilkesini benimseyen İsviçre/Türk ve Alman hukuk sistemlerine göredir. Borçlanma işlemi ve tasarruf işleminin birliği ilkesini kabul eden hukuk sistemlerinde bu durum geçerli değildir. Birlik ve ayrılık ilkeleri müstakil başlıklar altında incelendiği için bu kısımda ayrıntıya girmeyeceğiz.

1.1.2. Borçlanma İşlemi³⁴

Malvarlığının pasifini³⁵ artıran hukukî işlemlere borçlanma işlemi denir. Borçlanma işlemi, borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi tesis eder. Bu borç ilişkisi neticesinde borçlanan kişinin malvarlığında bir eksilme meydana gelir. Malvarlığındaki bu eksilme kişinin borcunun artması ile ortaya çıkar. Bu sebeple söz konusu eksilme borçlunun malvarlığındaki pasifin artması şeklinde ifade edilmektedir. Neticede bu işlem borçluyu

³² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 115.

³³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım 1-2*, s. 194; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 188.

³⁴ “Borçlanma işlemi” ifadesinin kullanımında hukukçular arasında ihtilaf vardır. Bir kısım hukukçu, borçlanma işlemi ifadesini kullanmayı tercih ederken bir kısım hukukçu ise “borçlandırıcı işlem” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Borçlandırıcı işlem ifadesini tercih eden yazarlar için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 179; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 186; O. Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018, s. 140. Borçlandırıcı işlem yerine “borçlanma işlemi” ifadesini kullanmayı tercih eden yazarlar için bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, haz. Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 119; Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 49.

³⁵ Kişinin para ile ölçülebilen bütün hak ve borçları o kişinin malvarlığını (mâmelek) oluşturur. Malvarlığı, haklar ve borçlar olmak üzere iki kısımdan oluşur. Malvarlığındaki haklar, malvarlığının aktif, borçlar ise malvarlığının pasifi şeklinde isimlendirilir. Bkz. Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 147.

alacaklıya karşı bir borç yükümlülüğüne soktuğu için söz konusu işleme borçlandırıcı işlem denir. Aynı işlem alacaklı tarafından bakıldığında bir kazandırıcı işlemidir. Borçlandırıcı işlemler iki taraflı hukukî işlemler kapsamında olması nedeniyle borçlunun karşı tarafında mutlaka bir borçlanılan (alacaklı) bulunur. Borçlu, borçlanma işlemi vasıtasıyla karşı tarafa bir alacak hakkı kazandırır. Alacak hakkının alacaklının malvarlığındaki etkisi malvarlığının aktif kısmını artırmak suretiyle olur. Nihayetinde borçlandırıcı işlem bir tarafın pasifini diğer tarafın ise aktifini artıran bir hukukî işlemidir.³⁶

Kişi borçlanma işlemi ile borçlandığı konudaki yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı üstlenir. Bu borç ilişkisinin doğurduğu en önemli hukukî sonuç aslî edim yükümlülüğüdür. Hukukî işlemin çeşidine göre bu aslî edim değişebilmektedir. Örneğin satım sözleşmesinde aslî edim yükümlülüğü, satıcının satılan malın mülkiyetini ve zilyedliğini alıcıya devretmesi, alıcının da bunun karşılığında bir bedel ödemesidir.³⁷ Satım sözleşmesi, hem alıcıyı hem de satıcıyı borçlandırıp aynı zamanda her ikisine de alacak hakkı kazandırması bakımından kazandırıcı ve borçlandırıcı işlemleri bünyesinde toplayan hukukî işlemlerin en tipik örneklerden birisidir.³⁸

Borçlandırıcı işlem borçlunun malvarlığına doğrudan değil dolaylı bir etki yapar. Bu işlemle kişi borçlanmaya konu edilen edimi yerine getirme taahhüdünde bulunmuş olur. Satım sözleşmesi örneği üzerinden düşünülürse, satıcı borçlanma işlemi ile malın mülkiyetini devretme taahhüdünü üstlenmiştir. Borçlanma işlemi ile mülkiyetin devri henüz satıcıdan alıcıya intikal etmemiştir. Bu sebeple borçlanma işlemi gerçekleştiren satıcı bu işlem haricinde satım sözleşmesinin konusunu oluşturan şeyi başka borçlanma işlemlerine de konu edebilmektedir. Yani bir malın satıcı tarafından satım sözleşmesine konu edilmesi, aynı malın henüz birinci sözleşmenin ifâsı gerçekleşmeden başka satım sözleşmelerine konu edilmesine engel teşkil etmez. Bu borçlanma işlemlerinin hepsi geçerli kabul edilir. Ayrıca bu borçlanma işlemlerinde öncelik sonralık da söz konusu değildir. Kişi satım sözleşmesine konu ettiği bir malı sonrasında birden fazla kişiye satabilir. Ayrıca yaptığı sözleşmelerin herhangi birini tercih edip dilediğine mülkiyeti

³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 179; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 186-189.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 32; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul: Beta, 2019, s. 51.

³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 179; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 186.

devredebilir. Satıcının ilk defa borçlanma işlemi gerçekleştirdiği kişiye değil de aynı malı, yapmış olduğu başka borçlanma işlemlerinden birini tercih edip borcunu ifâ etmesi neticesinde ilk alacaklı borcun ifâ edildiği kişiye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Çünkü ilk borçlanma işlemindeki alacaklının elde ettiği alacak hakkı nisbî nitelikli bir haktır. Nisbî nitelikli bir hak ise mülkiyet hakkını ortadan kaldıramaz.³⁹

Borçlanma işleminin malvarlığını doğrudan etkilememesinin önemli sonuçlarından birisi de kişinin malvarlığında bulunmayan bir şeyi borçlanma işlemine konu edebilmesidir.⁴⁰ Bu suretle kişi henüz kendi mülkiyetinde bulunmayan veya başkasının mülkiyetinde bulunan bir malı bir başkasına satabilir. Hatta satıma konu eşya, belirlenmemiş olabileceği gibi baştan mevcut olması zorunluluğu da yoktur. İleride mevcut olup mülk edinilecek bir mal pekala satıma konu edilebilir.⁴¹ Malın mülkiyeti salt borçlanma işlemi ile alıcıya geçmeyip ayrıca bir tasarruf işlemine ihtiyaç duyduğu için satıcının mülkiyetinde bulunmayan veya mevcut olmayan bir malı satım sözleşmesine konu etmesine müsaade edilmiştir. Bunun sebebi burada yapılan satım sözleşmesinin mülkiyeti devredici bir işlem olmayıp mülkiyeti devretmeye yönelik yapılan bir taahhüt işlemi niteliğinde olmasıdır. Taahhüt ise mülkiyeti intikal ettirmeyip yalnızca mülkiyeti devretmeyi üstlenme sözü anlamına gelir.

Belirtelim ki borçlanma işlemi ile ilgili yukarıda bahsettiğimiz hususlar borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayrılığı ilkesini benimseyen hukuk sistemlerine göre böyledir. Bu iki işlemin birliği ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde sözleşme yalnızca borç doğurmaz, aynı zamanda mülkiyeti devredici niteliktedir. Bu ayrıma ileride değinilecektir.

1.1.3. Tasarruf İşlemi

Tasarruf işlemi kişinin malvarlığındaki bir hakkı doğrudan etkileyerek o hakkı başkasına devreden, hakkı sınırlayan, içeriğini değiştiren veya ortadan kaldıran bir hukukî işlemdir.⁴² Tasarruf işlemi, mülkiyetin nakledilmesi ve alacağın temlikî işlemlerinde

³⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 179-180.

⁴⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 180.

⁴¹ Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 141.

⁴² von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısmı I-2*, s. 188-192; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 181; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 186; Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 143.

olduğu gibi bazen bir hakkın devrini konu alır. Burada hak sahibi hukukî bir işlemle sahip olduğu hakkı bir başkasına devreder. Bu yolla hem hakkı devreden hem de hakkı devralanın malvarlığında doğrudan bir etki meydana gelir. Tasarruf işlemi hakkı devreden kişinin malvarlığının aktifini azaltır; hakkı devralan kişinin malvarlığının aktifini ise artırır. Bazen de tasarruf işlemi taşınmaz bir mal üzerinde irtifak hakkının kurulması örneğinde olduğu gibi bir hakkı sınırlandırır. Bu şekilde hak sahibinin söz konusu hak üzerindeki yetkileri kısıtlanmış olur. Ayrıca tasarruf işlemi, bir borç ilişkisinde borçluya ilave süre tanınmasında olduğu gibi bir hakkın içeriğini değiştirir ya da bir aynî haktan feragat etmede olduğu gibi hakkı sona erdirir. Neticede tasarruf işlemi borçlanma işleminin aksine malvarlığı hakkını doğrudan etkiler.⁴³

Belirtmeliyiz ki tasarruf işlemi neticesinde gerçekleşen hukukî sonuç, tasarruf işlemine konu edilen mal üzerinde değil, tasarruf işlemi gerçekleştiren tarafların söz konusu mala ilişkin hakları üzerinde gerçekleşir.⁴⁴ Buradan anlaşılmaktadır ki, tasarruf işlemi eşyayı değil eşya üzerindeki hakkı konu almaktadır.

Malvarlığı üzerindeki bir hakkını tasarruf işlemine konu eden kişi bu işlemi yalnızca bir defa gerçekleştirebilir. Çünkü tasarruf işlemi kişinin malvarlığındaki hakkı doğrudan ve kesin bir şekilde etkilemiştir. Kişi bu hakkı ikinci bir tasarruf işlemine konu edemez. Ayrıca borçlanma işleminin aksine burada öncelik prensibi söz konusudur. Aynı malvarlığı üzerinde birden fazla gerçekleştirilen tasarruf işlemlerinden tarih itibarıyla ilk yapılan tasarruf işlemi geçerli, diğerleri geçersizdir.⁴⁵

Borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayrılığı ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde tasarruf işlemi borçlanma işleminin ifâsı niteliğindedir. Öncelikle sözleşme yapılır. Bu sözleşme bir borçlanma işlemidir. Borçlanma işleminin mahiyeti, malın mülkiyetinin ve zilyedliğin devrine yönelik bir taahhüttür. Ancak borçlanma işlemi mülkiyeti devredici bir özelliğe sahip değildir. Borçlanma işlemi ile borçlu, tasarruf işlemi yapacağını taahhüt etmektedir. Borcun ifâsı, borçlanma işleminden sonra yapılacak olan tasarruf işlemi ile yapılır. Tasarruf işlemi neticesinde aslî edim

⁴³ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 187.

⁴⁴ Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 143.

⁴⁵ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 54; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 183.

yükümlülüğü olan mülkiyet ve zilyedlik alıcıya intikal etmiş olur. Böylece borcun ifâsı gerçekleşir.

1.1.3.1. Aynî Sözleşme

Tasarruf işlemi, mutlak haklar üzerinde tasarruf işlemi ve nisbî haklar üzerinde tasarruf işlemi şeklinde iki kısma ayrılır. Buna göre tasarruf işleminin konusu bir aynî hakkın devrini konu alan mutlak haklar olabileceği gibi, bir alacak hakkının devrini konu alan nisbî haklar da olabilir. Borçlanma işlemi taraflar arasında alacak hakkı doğurur. Alacak hakkı ise aynî hakkı devreden veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak değil nisbî bir haktır. Dolayısıyla nisbî bir hak doğuran borçlanma işlemi aynî hak üzerinde bir etki meydana getirmez. Aynî hak üzerinde bir etki meydana gelmesi için borçlanma işlemi sonrasında tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi şarttır. Bununla birlikte bir aynî hakkın devrinde, tasarruf işlemi öncesinde yapılan borçlanma işlemindeki tarafların birbiriyle uyumlu irade beyanları yeterli görülmeyip tasarruf işlemi için ayrıca tarafların uyuşmasını esas alan ve “aynî sözleşme” adı verilen bir sözleşmenin gerekliliği öne sürülmüştür. Bu sözleşme tasarruf işleminin muhtevasına dahil olup zilyedliğin gerçekleştirilmesi veya tescil işlemi ile birlikte borçlanma işleminin ifâsını oluşturur.⁴⁶

Borçlanma işlemi sonrasında mülkiyeti karşı tarafa geçiren tasarruf işleminin tek aşamalı bir işlem mi yoksa çok aşamalı bir işlem mi olduğu doktrinde tartışılmıştır. Alman Medeni Kanun’u taşınır bir eşyanın satımında mülkiyetin alıcıya geçmesi için tasarruf işlemi esnasında alıcı ve satıcının satıma konu edilen malın mülkiyetinin devri konusunda uyuşmalarını ve malın teslimini şart koşturmuştur (AMK md. 929). Aynı şekilde taşınmazlarda da mülkiyetin geçişi için bu hususta tarafların anlaşmalarını ve tapu siciline tescili gerekli görmüştür (AMK md. 973 ve 975).⁴⁷ Görüldüğü üzere Alman hukukunda aynî sözleşme ile teslim/tescil işlemi birbirinden ayrı işlemlerdir. Aynî sözleşme tasarruf işlemini gerçekleştirmeye yönelik tarafların iradelerinin uyuşması, teslim/tescil ise aynî sözleşme ile birlikte borçlanma işleminin ifâsını yani tasarruf işlemini oluşturan fiilî işlemdir. Buna göre bu tasarruf işlemi iki aşamadan oluşmaktadır. Birincisi malın

⁴⁶ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 114.

⁴⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 32.

mülkiyetinin devri hususunda tarafların anlaşmaları, ikincisi ise malın teslimi veya tescilidir.

Tasarruf işleminin birinci aşamasını oluşturan ve tarafların teslim veya tescil için uyuşmalarını ifade eden sözleşme, tasarruf işlemi öncesinde yapılan borçlanma işleminden farklıdır. Bu sözleşme, borçlanma işlemi sonrasında tasarruf işleminde zilyedliğin devrinin hangi amaçla gerçekleştirildiğine dair tarafların açık veya örtülü bir şekilde anlaşmalarını ifade eder ve aynî sözleşme olarak isimlendirilir. Söz konusu sözleşme adını aynî hakka yönelik etkisi sebebiyle almıştır. Nitekim borçlanma işleminin aksine aynî sözleşme aynî hakka doğrudan etki etmektedir.⁴⁸

Alman hukukunda aynî hakka yönelik yapılan tasarruf işlemlerinde aynî sözleşme kabul edilirken İsviçre/Türk hukuk doktrininde aynî sözleşmenin varlığı tartışılmıştır.⁴⁹ Türk Medeni Kanunu'nda mülkiyetin devri gayri menkul mallarda tescil (TMK md. 705), menkul mallarda ise zilyedliğin devri (TMK md. 763) ile gerçekleşir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nda tasarruf işlemi için böyle bir ayırımdan bahsedilmemiştir.⁵⁰ Buna rağmen hem İsviçre hukukunda⁵¹ hem de Türk hukukunda⁵² aynî sözleşmenin varlığı net değildir. Bu konuda bir kısım hukukçu aynî sözleşmenin varlığını ileri sürerken bir kısım hukukçu ise böyle bir sözleşmenin bulunmadığını savunmaktadır.⁵³

Aynî sözleşmenin varlığını kabul edenlere göre tasarruf işleminin gerçekleşmesi için tarafların iradelerinin uyuşmaları ve menkul mallarda teslim, gayri menkul mallarda ise tescil gerekir. İsviçre/Türk hukukunda söz konusu tasarruf işlemi için aynî sözleşmenin gerekliliğini savunanlar borçlanma işleminin bir taahhüt niteliğinde olduğunu, bunun îfâsı niteliğindeki tasarruf işleminin gerçekleşmesinin de yine tarafların bu tasarruf işlemi gerçekleştirilmeye dönük iradelerinin uyuşmaları ile olacağını

⁴⁸ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I, s. 37; Tokat, *Aynî Akit*, s. 26.

⁴⁹ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 115.

⁵⁰ Özge Erbek, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8(Özel) (2013), s. 938; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 32.

⁵¹ Tokat, *Aynî Akit*, s. 136.

⁵² Demet (Çeliktas) Özdamar, "Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", *Yargı Dergisi* 26/3 (2000), s. 403.

⁵³ İsviçre ve Türk hukuklarında aynî sözleşmenin varlığı ve gerekli olup olmaması hakkında daha geniş bilgi için bkz. Doruk Utku, "Sınai Hakların Rehni" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s. 107-117; Tokat, *Aynî Akit*, s. 178-185.

belirtmişlerdir. Buna göre her ne kadar tarafların iradesi borçlanma işleminde ortaya konmuş olsa da tasarruf işlemi ayrı bir hukukî işlemdir. Bu nedenle tasarruf işlemi için tarafların uyuşmasını ifade eden aynî sözleşme gereklidir.⁵⁴

Aynî sözleşmenin İsviçre/Türk hukukunda bulunmadığını savunanlar ise böyle bir sözleşmenin yalnızca mülkiyetin intikalinde tasarruf işleminin soyutluğunu benimseyen hukuk sistemlerinde mevcut olduğunu, tasarruf işleminin sebebe bağıllığını benimseyen hukuk sistemleri için bu kavramın yapay bir kavram olduğunu öne sürmüşlerdir. Buna göre tasarruf işlemi borçlanma işleminin îfâsından ibarettir. Borçlanma işlemi ise zaten tasarruf işleminin gerçekleşmesi için gerekli olan irade uyuşmasını ihtiva etmektedir. O yüzden tasarruf işlemi esnasında ayrıca bir sözleşmeye gerek yoktur.⁵⁵

1.1.3.2. Tasarruf İşleminde İrade İlkesi ve Zilyedliğin Devri/Tescil İlkesi

Tasarruf işleminde aynî sözleşmenin varlığını ve gerekliliğini benimseyen hukuk sistemlerine göre aynî hakkın hangi aşamada devredileceği gündeme gelmiştir. Buna göre bazı hukuk sistemleri tasarruf işlemine konu edilen malvarlığı hakkının devri için tarafların iradelerinin uyuşmasını (aynî sözleşme) yeterli görmüşlerdir. Bazı hukuk sistemleri ise malvarlığı üzerindeki aynî hakkın devri için aynî sözleşmeyi yeterli görmeyip buna ilave olarak menkul mallarda zilyedliğin devrini, gayri menkul mallarda ise tescili gerekli görmüşlerdir.⁵⁶ Söz konusu irade ilkesi ve teslim/tescil ilkesi ayrımı borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birliği veya ayrılığını ifade eden birlik ve ayrılık ilkeleri ayrımından farklıdır.⁵⁷ İrade ve zilyedliğin devri/tescil ilkeleri tasarruf işlemi ile gerçekleştirilen aynî hakkın devrinde aynî sözleşmenin yeterli olup olmamasıyla ilgilidir.⁵⁸

⁵⁴ Özdamar, “Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, s. 403.

⁵⁵ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I, s. 37; Özdamar, “Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, s. 403.

⁵⁶ Utku, “Sınai Hakların Rehni”, s. 87-88; Tokat, *Aynî Akit*, s. 75-80.

⁵⁷ Tokat, *Aynî Akit*, s. 80.

⁵⁸ Utku, “Sınai Hakların Rehni” s. 87, 96-97; Birlik ve ayrılık ilkeleri tezin birinci bölümünün 1.3.1. ve 1.3.2. no’lu başlıklarında incelenmiştir.

1.1.4. Borçlanma ve Tasarruf İşlemi Arasındaki Farklar

Borçlanma ve tasarruf işlemleri birer hukukî işlem olmaları bakımından aralarında bazı farklılıklar taşımaktadırlar. Bu farklılıklar işlemlerin gerçekleştirilmesi, malvarlığına olan etkileri ve gerçekleştirilmelerinin akabinde ortaya çıkardıkları sonuçlar açısından önemlidir. Satım akdinde mülkiyetin devri konusunda hukuk sistemleri tarafından benimsenen farklı ilkelerin bu işlemler üzerinde yoğunlaşması da söz konusu işlemlerin aralarındaki farkı ortaya koymayı gerekli kılmaktadır. Aşağıda maddeler halinde bu farkları ana hatlarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

a) Borçlanma işlemi her zaman sözleşme şeklinde gerçekleşmektedir. Bu da daima iki taraflı bir işlem olduğu anlamına gelir. Buna mukabil tasarruf işlemi iki taraflı bir sözleşme şeklinde meydana gelebileceği gibi tek taraflı bir hukukî işlem şeklinde de meydana gelebilir.

b) Tasarruf işlemi, genellikle borçlanma işleminin ifâsı şeklinde olup borçlanma işleminden sonra gelir. Fakat her tasarruf işleminin bir borçlanma işlemine ihtiyaç duyması konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre araya vade girmeden tarafların peşin olarak yaptıkları alım-satım işleminde olduğu gibi elden hukukî işlemlerde borçlanma işlemine ihtiyaç yoktur. Burada sadece tasarruf işleminin varlığından bahsedilebilir. Hamamcıoğlu, bu görüşün aksine her tasarruf işleminin bir borçlanma işlemine ihtiyaç duyduğunu belirtmektedir.⁵⁹ Bu görüşü destekler niteliğinde bazı yazarlar elden yapılan satım sözleşmesine dikkatlice bakıldığında en azından mantıkî açıdan tasarruf işleminden önce bir borçlanma işleminin varlığından söz etmişlerdir.⁶⁰

c) Borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ikisi de işlemi gerçekleştiren tarafların malvarlığına etki eder. Ancak borçlanma işlemi malvarlığına dolaylı yoldan etki ederken tasarruf işlemi doğrudan etki eder. Borçlanma işlemi, borçlanan kişinin malvarlığındaki pasifi arttırır. Beraberinde karşı tarafa bir alacak hakkı kazandırır. Dolayısıyla malvarlığına etkisi dolaylı yolla olur. Tasarruf işlemi ise işlemi gerçekleştiren kişinin malvarlığının aktifinde bir azalmaya, karşı tarafın aktifinde ise artmaya sebep olur. Satım

⁵⁹ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 62.

⁶⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 187.

sözleşmesinin ifâsı niteliğindeki tasarruf işlemi örneğinde olduğu gibi karşı tarafa aynî bir hak kazandırır.⁶¹ Bu sebeple malvarlığına etkisi doğrudandır.

d) Kişi aynı malı birden fazla borçlanma işlemine konu edebilir. Ayrıca bu borçlanma işlemlerinin birinin diğerine önceliği veya üstünlüğü söz konusu değildir. Fakat aynı mal üzerinde yalnızca bir tasarruf işlemi gerçekleştirilebilir. Şayet aynı mal üzerinde birden fazla tasarruf işlemi gerçekleştirilmişse öncelik ilkesi gereğince bunlardan ilki geçerli diğerleri geçersizdir.⁶²

e) Borçlanma işlemi borçlunun mülkiyetindeki malın mülkiyetini devredip tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Bu nedenle borçlu aynı mal üzerinde yaptığı diğer borçlanma işlemlerinden birini tercih edip mülkiyeti istediğine devredebilir. Borçlunun ilk borçlandığı kişi borçlanma işlemi sebebiyle nisbî bir hak olan alacak hakkı elde ettiği için TBK md. 112'ye göre söz konusu alacak hakkını elde etmek üzere, uğramış olduğu zarar sebebiyle borçluya karşı tazminat davası açabilir. Ayrıca bu ilkeye göre borçlu, aynı mal üzerinde birden fazla borçlanma işlemi yapabildiği gibi henüz mülkiyetinde bulunmayan bir malı da borçlanma işlemine konu edebilir. Tasarruf işleminde ise kişi aynı mal üzerinde birden fazla tasarruf işlemi yapamaz. Çünkü tasarruf işlemi mülkiyeti devreder ve karşı tarafa mutlak bir aynî hak tesis eder. Neticede işlemi yapan kişinin mal üzerindeki ikinci bir tasarruf yetkisi ortadan kalkmış olur. Borçlanma işleminin aksine tasarruf işlemine konu edilecek malın işlem esnasında mevcudiyeti şarttır. Ayrıca tasarruf işlemlerinde belirlilik ilkesi gereğince tasarruf işlemine neyin konu edildiği somut olarak belirtilmelidir.⁶³

f) Hukukî işlemler, genellikle sebebe bağlı hukukî işlemler ve sebepten soyut hukukî işlemler şeklinde iki kısma ayrılarak incelenir. Bu ayırım daha çok borçlanma ve tasarruf işlemlerinde kendini gösterir.⁶⁴ Borçlanma ve tasarruf işlemlerinin her ikisi de kazandırıcı işlem olmasının yanında bazı kazandırıcı işlemlerde sebep, hukukî işlemin içeriğine dahil bazılarında ise hukukî işlemin dışında bulunur. Borçlanma işleminde hukukî sebep borçlanma işleminin bir unsuru olarak kendi içerisinde bulunur.⁶⁵ Örneğin borçlanma işlemi bir satım sözleşmesini konu alıyorsa buradaki hukukî sebep satım

⁶¹ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 60-61.

⁶² Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 63.

⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 180-185.

⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 188.

⁶⁵ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 119.

işleminden doğan borçtur. Zira satım sözleşmesinde sebep, alacak sebebi (causa credendi)dir. Bu tür borçlanmalarda sebep, bizzat borçlanma işleminin kendisinde vardır. Borçlanma işleminin aksine tasarruf işleminde hukukî sebep işlemin içerisinde değil dışında bulunur. Prensip olarak tasarruf işlemlerinde hukukî sebep, tasarruf işlemi öncesinde yapılan borçlanma işlemidir. Zira tasarruf işlemleri genellikle borçlanma işlemlerinin îfâsı niteliğindedir.⁶⁶ İleride inceleneceği için borçlanma ve tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ve sebepten soyutluğuna dair ayrıntıya bu bölümde girilmemiştir.

1.2. HUKUKÎ İŞLEMLERDE SEBEP

Bir önceki bölümde hukukî işlemlerin genellikle sebebe bağlı ve sebepten soyut işlemler şeklinde iki kısma ayrıldığı ve bu ayırımın daha çok borçlanma ve tasarruf işlemleri ile alakalı olduğuna kısmen temas edilmişti. Bunun yanında bazı hukukî işlemlerde sebebe bağlılık veya sebepten soyutluk söz konusu değildir. Örneğin borçlanma ve tasarruf işlemleri dışında kalan vasiyetnâme oluşturma, bir dernek kurma veya derneğe üye olma gibi bazı hukukî işlemlerde sebebe bağlılık söz konusu değildir. Dolayısıyla bu işlemler için sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk gibi bir ayırımın önemi de yoktur.⁶⁷

Hukukî işleme karakteristik özelliğini veren ve bu işlemle doğrudan doğruya ulaşılmak istenen amaca hukukta, “sebeb” (causa) denir. Sebeb, kişiden kişiye zamandan zamana göre değişiklik göstermez. Aynı tür hukukî işlemlerde sebep daima aynıdır. Bu bakımdan sebep sâikten ayrılır.⁶⁸ Hukukî işlemlerde esas alınan ve üzerine hüküm bina edilen sâikler değil, sebeptir.

Kişi, iradesini kullanarak gerçekleştirdiği hukukî işlemleri bir amaca mebni olarak gerçekleştirir. Bu hukukî işlemleri kendi dünyasında farklı duygu, düşünce ve güdülerle yapmış olabilir. Kişiden kişiye göre değişen arka plandaki bu yönelimlere sâik denir.⁶⁹ Hukukî işlemlerde sâiklerin esas kabul edilmesi hukukî işlemlerin güvenliğini zedeler. Çünkü sâik kişiden kişiye, olaydan olaya göre değişebilir. İki taraflı hukukî işlemlerde

⁶⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 196.

⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 188.

⁶⁸ von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım 1-2*, s. 198; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 118.

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 192.

tarafların bu işlemi gerçekleştirmeye yönelik farklı sâikleri bulunabilir. Hatta aynı hukukî işlemde kişiyi buna yönlendiren birden fazla sâik olabilir. Bu sebeplerden ötürü sâikleri hukukî işlemlerin bir unsuru olarak kabul etmek elverişli değildir.

Roma hukukundan beri kazandırıcı hukukî işlemlerdeki hukukî sebep temelde üçe ayrılarak incelenmiştir. Bunlar; alacak (iktisap, kazanma) sebebi (causa credendi), îfâ sebebi (causa solvendi) ve bağışlama sebebi (causa donandi)dir. Bu tasnifin yetersizliğinden hareketle modern hukuk doktrininde ilave hukukî sebeplerin varlığı ileri sürülmüştür.⁷⁰ Teminat sebebi, karma sebepler⁷¹ ve yenileme sebebi (causa novandi)⁷² bunlara örnek olarak sayılabilir.

Alacak sebebi, hukukî işleme yönelen taraf veya tarafların bir alacak hakkı elde etme amacıyla yaptıkları işlemlerde bulunur. Taraflar bu işlem sonucunda amaçladıkları alacak hakkına sahip olurlar. Buna örnek olarak satım sözleşmesi gösterilebilir. Taraflar, satım sözleşmesi ile karşı taraftan bir alacak hakkı kazanmayı amaçlar. Bu, bütün alım-satım işlemlerinde aynıdır, değişmez. Buna mukabil tarafları satım sözleşmesine yönelten farklı şahsi sâikler olabilir. Bu sâikler zamana ve kişiye göre değişebilir. Satım sözleşmesinin varlığını oluşturan temel unsur farklı sâikler değil, alacak hakkı kazanma amacıyla ortaya çıkan alacak sebebidir. Dolayısıyla sâikler alacak sebebi olarak görülemezler.⁷³

Bir diğer sebep, îfâ sebebidir. Bu ise daha çok tasarruf işlemi ile ilgilidir. Nitekim borçlanma ve tasarruf işleminin ayrılığı ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde tasarruf işlemi, borçlanma işleminin îfâsı kabul edilmiştir. Bunun bir neticesi olarak borçlanma işlemi, taraflara alacak hakkı kazandırdığı için alacak sebebiyle ilgiliyken borçlanma işleminin îfâsı olan tasarruf işlemi de îfâ sebebiyle ilgilidir. Örneğin satım sözleşmesinde borçlanma işlemi alacak sebebi ile gerçekleştirilirken borçlanılan edim îfâ sebebi ile yapılır.⁷⁴

Bağışlama sebebine gelince, herhangi bir kazanım elde etme veya bir borcun îfâsı söz konusu olmadan karşı tarafa bir kazandırmada bulunma, bağışlama sebebini ifade eder. Hibe gibi yalnızca bir tarafın karşılıksız kazandırmayı amaçladığı hukukî işlemler

⁷⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 193.

⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 195.

⁷² Kocayusufoşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 118.

⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 193.

⁷⁴ Kocayusufoşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 117.

bağışlama sebebinin tipik örneklerini oluşturur.⁷⁵ Bağışlama sebebinde karşı taraf ile ivazlı bir karşılıklı kazandırma işlemi söz konusu değildir. Bu işlemle yalnızca lehine kazandırma yapılan tarafın malvarlığının aktifinde artma meydana gelir.

1.2.1. Borçlanma ve Tasarruf İşlemlerinde Sebep

Her hukukî işlem bir hukukî sebep ile varlık kazanır. Hukukî işlemlerin hukukî sebep ile varlık kazanmasını yukarıda “hukukî işlemlerde sebep” bölümünde anlattık. Hemen belirtelim ki hukukî işlemlerin bir sebep ile varlık kazanmaları ile sebebe bağlı olmaları birbirinden farklıdır. Bu ikisi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bu bölümde sebebe bağlılıktan kastedilen, tasarruf işleminin geçerliliğinin onun sebebi olan borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olup olmamasıdır.

Borçlanma ve tasarruf işlemleri birer hukukî işlem olmaları nedeniyle hukukî bir sebep ile varlık kazanırlar. Borçlanma işleminin hukukî sebebi kendi içerisinde bulunur. Buna “iç sebep (causa)” denir. Borçlanma işleminin iç sebebi, alacak hakkı kazanma amacıyla gerçekleşen alacak sebebidir. İki taraflı hukukî işlemlerde gerçekleştirilen borçlanma işleminde tarafların yöneldikleri hukukî sebep aynı olmalıdır. Farklı hukukî sebeplerle aynı borçlanma işlemi gerçekleştirilemez. Örneğin bir satım sözleşmesinde taraflardan birisi satım sözleşmesini kasteder, diğeri işlemi bağış olarak kabul ederse sözleşme gerçekleşmiş olmaz. Nitekim birinin yöneldiği sebep alacak sebebi, diğerinin yöneldiği sebep ise bağışlama sebebidir.⁷⁶

Tasarruf işleminin hukukî sebebi borçlanma işlemi gibi kendi bünyesinde bulunmaz. Hukukî sebep işlemin dışındadır. Tasarruf işleminde hukukî sebebin işlemin dışında olmasına “dış sebep (causa)” denir.⁷⁷ Genellikle tasarruf işlemlerinde işlemin hukukî sebebi, kendinden önce yapılan borçlanma işlemidir.⁷⁸ Önceden yapılan bir borçlanma işleminin îfâsı olarak gerçekleştirilmesi dolayısıyla tasarruf işlemine varlık kazandıran hukukî sebep de îfâ sebebidir. Söz konusu îfâ önceden yapılmış bir borçlanma sebebinin îfâsıdır.

⁷⁵ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 117.

⁷⁶ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 338.

⁷⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 338.

⁷⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 186.

Yapılan her bir borçlanma işleminde hukukî sebep mutlaka vardır. Ancak taraflar, borçlanma işlemindeki “iç sebep” olarak isimlendirilen hukukî sebebi gizlemek istediklerinde hukukî sebep, taraflarca borçlanma işleminin dışına çıkarılabilir. Bu durumda da yine borçlanma işleminin sebepsizliğinden değil, tarafların bu sebebi belli bir amaç uğruna, borçlanma işleminin dışarısına çıkarıp gizlemelerinden bahsedilebilir.⁷⁹

1.2.2. Borçlanma ve Tasarruf İşlemlerinde Sebebe Bağlılık ve Sebepten Soyutluk İlkeleri

Tasarruf işleminin geçerliliğinin kendinden önce gerçekleşen borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olması veya bundan bağımsız olması hukuk sistemleri tarafından tartışma konusu edilmiştir. Tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olmasına tasarruf işleminin sebebe bağlılığı (illilik) ilkesi, tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlanma işleminin geçerliliğinden bağımsız olmasına ise tasarruf işleminin sebepten soyutluğu (mücerretlik) ilkesi denir. Tasarruf işleminin geçerliliğinin sebebe bağlı olduğu kabul edildiğinde, borçlanma işleminin hükümsüzlüğü tasarruf işlemine de sirayet eder. Bu durumda tasarruf işlemi, usulüne uygun yapılmış olsa bile hükümsüz olur. Eğer tasarruf işleminin sebepten soyutluğu ilkesi kabul edilirse, borçlanma işleminin hükümsüzlüğü tasarruf işlemi etkilemez. Borçlanma işlemi geçersiz olsa dahi, tasarruf işlemi usulüne uygun olarak yapılmışsa hüküm doğurur.⁸⁰

Her ne kadar tasarruf işleminin sebebe bağlılığı ilkesi, borçlanma ve tasarruf işlemlerini tek bir işlem şeklinde kabul eden birlik ilkesini zorunlu kılmasa da sebebe bağlılık ilkesinde borçlanma işlemi, adeta tasarruf işleminin bir parçası gibi olmuştur. Nitekim borçlanma işleminin geçersizliği tasarruf işleminin geçersizliğini gerektirmesi, aralarındaki sıkı irtibatı göstermektedir.

Hukuk sistemleri borçlanma işlemlerinin sebebe bağlılığı ve sebepten soyutluğu hakkında farklı yaklaşımlar ortaya koymuştur. Alman hukukunda hem taşınır malların

⁷⁹ “Causa” kavramı ve borçlanma işleminin “iç causa”nın taraflarca işlemin dışarısına çıkarılması ve gizlenmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 338-339.

⁸⁰ von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım 1-2*, s. 199; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 196; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 186.

satımında hem de taşınmaz malların satımında benimsenen ilke, soyutluk ilkesidir.⁸¹ Buna göre taşınır ve taşınmaz malların satımında sözleşme (borçlanma işlemi) geçersiz olsa bile tasarruf işlemi usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmişse geçerli kabul edilir. Mülkiyetin devri böylece sebepten yoksun fakat usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilen tasarruf işlemiyle gerçekleşir.

İsviçre ve Türk hukuk sistemleri ise taşınmazların satımında sebebe bağlılık ilkesini benimsemişlerdir. Türk Medeni Kanunu, hukukî işleme dayanan ve hukukî sebepten yoksun olan tescil işleminin geçersizliğini açıkça belirtmiştir (TMK md. 1024). İsviçre Medeni Kanunu da taşınmazların sebebe bağlılığını kabul etmiştir (İMK md. 974-975).⁸² Bununla birlikte taşınır ve taşınmazların sebebe bağlılığı hem İsviçre hukukunda hem de Türk hukukunda tartışmalıdır.⁸³ İsviçre hukukunda 1929 yılına kadar taşınır mülkiyetinin devrinde soyutluk prensibi benimsenmiş, sonrasında İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1929 yılında almış olduğu bir kararla sebebe bağlılık prensibi kabul edilmiştir.⁸⁴ Buradan hareketle taşınır mülkiyetinin devrinde, sebebe bağlılık her ne kadar tartışmalı olsa da hakim görüş olarak taşınırlarda da sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiği söylenebilir. Fransız hukukunda da sebebe bağlılık ilkesi benimsenmiştir. Zaten borçlanma ve tasarruf işlemlerinde birlik ilkesini benimseyen bir hukuk sistemi bunun doğal sonucu olarak sebebe bağlılık ilkesini kabul etmek durumundadır.⁸⁵

Görüldüğü gibi hukuk sistemleri sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk hususunda ihtilaf ettikleri gibi bu ihtilafı taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devri hususuna da taşımışlardır. Öyle ki sebebe bağlılık konusunda aynı tarafta yer alan hukuk sistemleri veya hukukçular, taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devrinde farklı görüş ortaya koyabilmişlerdir.

⁸¹ Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, s. 946.

⁸² von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi Kısım 1-2*, s. 199; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 39; Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, s. 446.

⁸³ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 189; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2018, s. 98.

⁸⁴ Seyfullah Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyet Meselesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (1957), s. 291.

⁸⁵ İpek Sevda Söğüt, “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69/2 (2020), s. 779-780; Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 149. Ayrıca sebebe bağlılık ve birlik ilkeleri arasındaki zorunluluk ilişkisi için bkz. 1.3.2. no'lu başlık.

Esasen taşınır ve taşınmaz malların devri amacıyla gerçekleştirilen satım sözleşmesi gibi mülkiyeti devredici iki taraflı sözleşmelerde, tarafların hukukî işleme hangi amaçla yöneldikleri önemlidir. -Burada tarafların amacıyla kastettiğimiz hukukî işlemin sebebidir.- Taraflardan birisi aynı amacı taşımayıp farklı bir sebeple söz konusu işleme yönelmiş olabilir. Söz gelimi taraflardan birisi tasarruf işlemini satım sözleşmesinin îfâsı amacıyla yaparken diğeri bağışlama sebebi ile bu işleme yönelmiş olabilir. Bu da hukukî birtakım problemler doğuracaktır. En azından tarafların kastettikleri hukukî sebep gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla taraf iradelerini dikkate almadan yalnızca tasarruf işlemi ile mülkiyetin devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmek hukukî açıdan problemlili gözükmemektedir. Anlaşılan o ki, tasarruf işleminin hukukî sebepten soyutluğunu kabul eden Alman hukuk sistemi, tasarruf işlemi için aynî sözleşmeyi bahsedilen bu problemi aşma adına kabul etmiştir. Zira aynî sözleşme, tarafların tasarruf işleminde teslim veya tescil için uyuşmasını zorunlu hale getirmiştir.⁸⁶

1.2.3. Sebebe Bağlılık ve Soyutluk İlkelerinin Sonuçları

1.2.4. Sebebe Bağlılık İlkesinin Sonuçları

Bir önceki başlık altında hukukî işlemin sebebe bağlılığından maksadın tasarruf işleminin geçerliğinin borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olduğu ifade edilmişti. Sebebe bağlı hukukî işlemlerde tasarruf işlemi geçerli bir şekilde gerçekleştirildiğinde borçlanma işlemi geçerli değilse, zilyedlik karşı tarafa devredilmiş olsa dahi mülkiyet karşı tarafa geçmez. Dolayısıyla borçlanma işleminin geçersizliği satıcının mülkiyet hakkını devam ettirir. Bunun sonucunda mülkiyet hakkını elinde bulunduran satıcı, zilyedliğin devri halinde malı elinde bulunduran alıcıya karşı istihkak davası açabilir.⁸⁷ Satıcı bu hakkı sadece alıcıya karşı değil daha sonradan bir şekilde malın zilyedliğini elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir. Nitekim satıcının elinde bulunan hak, aynî haktır. Aynî hak da herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır.⁸⁸ Satıcının mülkiyet hakkını devam ettirmesinden hareketle, sebebe bağlılık ilkesinin satıcıyı daha fazla himaye ettiği

⁸⁶ Aynî sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 1.3.1.'nolu başlık.

⁸⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 198.

⁸⁸ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 162.

söylenebilir. Satıcının himaye edilmesine yönelik istisna kabilinden şunu belirtmemiz gerekir ki, satıcıdan geçersiz bir borçlanma işlemiyle malı satın alıp zilyedliği devralan alıcı, malı geçerli bir işlemle üçüncü bir kişiye satıp devrederse üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumunda birinci satıcı iyiniyetli üçüncü kişiden istihkak davası yoluyla malı alamaz. Fakat burada istihkak davasına muhatap olmaması için üçüncü kişinin gerekli araştırmayı yapması yani malın daha önceden geçersiz bir borçlanma işlemine konu edildiğini bilmiyor olması gerekir. Bu durumda sebebe bağlılık ilkesi iyiniyetli üçüncü kişileri de korumuş olur.⁸⁹

Sebebe bağlılık ilkesini satım sözleşmesi üzerinden bir örnekle açıklayabiliriz. Ahmet, sahip olduğu bir malı arkadaşı Ali'ye satmış, Ali de malın zilyedliğini devraldıktan sonra üçüncü bir kişi olan Furkan'a satmıştır. Ahmet'in Ali ile Ali'nin de Furkan ile yaptığı borçlanma işlemlerinin geçersiz olduğu varsayıldığında Ahmet'in mal üzerindeki mülkiyeti hala devam etmektedir. Ahmet, sahip olduğu aynı hak sebebiyle malın zilyedliği kimdeyse ona karşı istihkak davası açabilmektedir. Çünkü sebebe bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak, yapılan borçlanma işlemlerindeki geçersizlik, zilyedlik devredilmiş olsa dahi Ahmet'in mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamıştır. Bu hakkı dolayısıyla sebebe bağlılık ilkesi, Ahmet'i hukukî işlemin diğer taraflarına göre daha fazla himaye etmektedir. Ancak Furkan, iyice araştırmasına rağmen Ahmet ile Ali arasındaki borçlanma işleminin geçersizliğini bilemiyorsa zilyedliğin de Ali'de bulunması mülkiyet karinesi kabul edileceğinden,⁹⁰ satın alıp zilyedliğini devraldığı mala üçüncü iyiniyetli kişi olarak mâlik olur. Ahmet, Furkan'a karşı istihkak davası açamaz. Böylece sebebe bağlılık ilkesinin satıcıyı koruduğu gibi iyiniyetli üçüncü kişiyi de himaye ettiği söylenebilir.

⁸⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 199; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 341-342.

⁹⁰ Taşınır mallarda ve tapuya kaydı zorunlu olmayan taşınmazlarda zilyedlik mülkiyet karinesi kabul edilir. TMK md. 985'de "*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. Önceki zilyedler de zilyedlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar*" şeklinde zilyedliğin mülkiyet karinesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Zilyedlik ve mülkiyet arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır. Zira zilyedin mâlik olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur. İspat yükümlülüğü aksini iddia eden için gereklidir. Bkz. Akipek ve diğer., *Eşya Hukuku*, s. 165-166.

1.2.5. Soyutluk İlkesinin Sonuçları

Soyutluk ilkesinde tasarruf işleminin geçerliliği, borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı değildir. Borçlanma işlemi geçersiz olsa bile gerekli unsurları taşıdığı takdirde tasarruf işlemi geçerlilik kazanır. Soyutluk ilkesinin benimsendiği bir hukuk sisteminde gerçekleştirilen satım sözleşmesinde borçlanma işlemi geçersiz olsa bile mülkiyet, tasarruf işlemi ile alıcıya geçer. Satıcı tasarruf işlemi öncesinde elinde bulundurduğu mülkiyet hakkını tasarruf işlemiyle kaybetmiş olur. Bunun sonucunda eğer borçlanma işlemi geçersiz ise satıcı borçlanma işleminin geçersizliği sebebiyle alıcıya sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Çünkü alıcının tasarruf işlemiyle kazandığı mülkiyet hakkı sebepten yoksundur. Burada sebepten yoksunluğu ortaya çıkaran, borçlanma işleminin geçersizliğidir. Bunun yanı sıra alıcı sebepsiz olarak elde ettiği malı üçüncü bir kişiye satıp zilyedliğini de devretmişse, satıcı üçüncü kişilere karşı sebepsiz zenginleşme davası açamaz. Çünkü satıcının açacağı sebepsiz zenginleşme davası, şahsi nitelikte olması itibarıyla herkese karşı değil, yalnızca sebepsiz iktisapta bulunana karşı açılabilir. Bu durumda satıcı açısından sebepsiz zenginleşen kişi de borçlanma işlemi yaptığı alıcıdır, üçüncü kişiler değildir. Soyutluk ilkesindeki bu durumun aksine yukarıda da temas edildiği üzere sebebe bağlılık ilkesinde satıcı üçüncü kişilere karşı istihkak davası açabilmekteydi. Çünkü sebebe bağlılık ilkesinde borçlanma işlemi geçersiz ise tasarruf işlemi de geçersiz kabul edileceği için satıcının mülkiyeti devam eder. Ancak soyutluk ilkesinde satıcının mülkiyeti ortadan kalktığı için kimseye istihkak davası açamadığı gibi sebepsiz zenginleşme davasını da yalnızca alıcıya karşı açabilir üçüncü kişilere karşı açamaz. Bu da sebebe bağlılık ilkesinin satıcıyı, soyutluk ilkesinin ise alıcıyı ve üçüncü kişileri daha fazla koruduğunu göstermektedir.⁹¹

Soyutluk ilkesinde tasarruf işlemi neticesinde mülkiyet hakkını elde eden alıcının, satıcının daha önceden yaptığı hukukî işlemlerin geçerliliğini araştırmasına gerek yoktur. Çünkü tasarruf işlemi, mülkiyetin alıcıya geçmesi için yeterlidir. Bunun yanı sıra satıcının, satıma konu ettiği malı daha önceden geçerli bir sebebe bağlı olarak yaptığı bir işlemle elde etmiş olma şartı da aranmaz. Satıcı, daha önceden söz konusu malı sebepsiz bir hukukî işlemle elde edip sonradan alıcıya satmış olsa bile alıcı satıcının malı daha

⁹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 198.

önceden geçersiz bir işlemle elde etmesinden sorumlu değildir. Bu işlemde ötürü dava edilemez. Bu durumda, yalnızca satıcı dava edilebilir. Bu dava da sebepsiz zenginleşme davasıdır. Soyutluk ilkesi bu durumda aynî hak kazanan kişiler için bir teminat sağlamaktadır. Bu gerekçeyle sebepten soyutluk ilkesinin sebebe bağlılık ilkesine göre hukukî istikrar ve güveni sağlamaya daha yakın olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bazı yazarlar soyutluk ilkesinin hukukî açıdan güveni sağlamaya dönük üstün tutulması gerektiği kanaatini isabetsiz bulmuşlardır. Buna gerekçe olarak sebebe bağlılık ilkesinde iyiniyeti koruma prensibiyle bu güvenin sağlanabileceğini öne sürmüşlerdir. Buna göre iyiniyetli kişi satın aldığı malın gerçekten satın aldığı kişiye ait olduğunu veya satın aldığı kişinin geçersiz bir hukukî işlemle mala sahip olduğunu bilmiyor olsa da kendisine istihkak davası açılıp elde ettiği mal geri istenemez.⁹²

Soyutluk ilkesinde, tasarruf işlemiyle mülkiyetin devredilmiş olmasından ötürü satıcının, alıcıya ve üçüncü şahıslara istihkak davası açamayacağını yukarıda belirttik. Bunun yanında satıcı, bir gruba karşı daha dezavantajlı konumdadır. Bu grup iflas masası ve alacaklılardır. Malın satımından sonra alıcı malın mülkiyeti kendisindeyken iflas etse iflas masası ve alacaklılar mal üzerinde satıcıya karşı hak iddia etme bakımından daha avantajlı konumdadırlar. Netice itibariyle soyutluk ilkesi alıcı ve iyiniyetli üçüncü kişilerde olduğu gibi iflas masası ve alacaklıları da satıcıya göre daha fazla himaye etmektedir. Soyutluk ilkesinin benimsenmesi neticesinde alıcı, üçüncü şahıslar, iflas masası ve alacaklıların satıcıya göre daha fazla himaye edilmiş olmasını aşağıda maddeler halinde biraz daha netleştirmeye çalışacağız.

1) Alıcının korunması: Soyutluk ilkesinde satıcı ile alıcı arasında tasarruf işlemi gerçekleştiği takdirde mülkiyet alıcıya intikal eder. Tasarruf işlemi öncesindeki borçlanma işleminin geçersizliği mülkiyete tesir etmez. Mülkiyetin devriyle birlikte satıcı alıcıya istihkak davası açamaz, yalnızca borçlanma işleminin geçersizliği nedeniyle sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Sebepsiz zenginleşme davası istihkak davasına göre daha zayıf olduğu için burada alıcının korunduğu rahatlıkla söylenebilir.⁹³

2) Üçüncü şahısların korunması: Soyutluk ilkesinde satıcı alıcıya geçerli bir sebebe dayanmadan malı devretse, sonra alıcı da üçüncü bir kişiye malı devretmiş olsa,

⁹² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 199.

⁹³ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 280.

satıcı üçüncü kişiye bu kişi iyiniyetli olmasa bile sebepsiz zenginleşme davası açamaz. Çünkü sebepsiz zenginleşme davası şahsidir. Ayrıca burada sebepsiz iktisapta bulunan birinci alıcıdır. Üçüncü kişi bu davaya muhatap edilemez.

Prensip olarak soyutluk ilkesini benimseyen Alman Medeni Kanunu, soyutluk ilkesinin bu olumsuz neticesini bertaraf etmek için bazı istisnalar getirmiştir. Buna göre iki durumda üçüncü kişilere karşı dava açılamaz ilkesini rafa kaldırmıştır.⁹⁴

Birincisi doğrudan satım sözleşmesi ile ilgili olmayıp malın ivazsız temlik ile alakalıdır. Bir kişi başkasının mülkiyetinde bulunup zilyedliğini kendi elinde tuttuğu bir malı üçüncü bir kişiye ivazsız olarak temlik etse normal şartlarda asıl mülkin ivazsız olarak zenginleşen kişiye sebepsiz zenginleşme davası açma imkanı bulunmamaktaydı. Fakat bu durumda bir istisna kabul edilerek asıl mülkin sebepsiz zenginleşen üçüncü kişiye sebepsiz zenginleşme davası açabilmesinin önü açılmıştır.⁹⁵

İkincisi ise geçerli sebepten yoksun bir şekilde bir malı satın alan alıcı zilyedliği elde ettikten sonra üçüncü bir şahsa malı ivazsız temlik etmesi durumunda ortaya çıkar. Bu durumda birinci satıcı birinci alıcıya sebepsiz zenginleşme davası açamaz. Çünkü alıcı malı üçüncü kişiye ivazsız olarak temlik etmiştir. Malın ivazsız temlik neticesinde temlik eden birinci alıcının başta elde ettiği zenginleşme ortadan kalkmıştır. Bu da sebepsiz zenginleşme davasına engeldir. Ancak bu durumda, nihayetinde satıcı zarar göreceği için satıcıya üçüncü şahsa karşı şahsın iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın sebepsiz zenginleşme davası açabilme imkanı tanınmıştır.⁹⁶

Neticede bu iki durumda da normal şartlarda sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olmayan üçüncü kişilerin, satıcının soyutluk ilkesi dolayısıyla uğrayacağı zararı engellemek amacıyla sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olabilmelerinin önü açılmıştır.

3) İflas masasının ve alacaklıların korunması: Yine soyutluk ilkesinde satıcı malı geçerli sebepten yoksun bir şekilde satıp zilyedliğini devrettikten sonra, alıcı iflas etse veya alacaklılar tarafından icra takibine tabi tutulsa, satıcı bu durumda ancak zayıf bir hakla hak iddia edebilir. Çünkü tasarruf işlemiyle mülkiyet alıcıya intikal etmiştir. Alıcının mülkiyetinde bulunan bir mal üzerinde iflas masası veya alacaklıların hak

⁹⁴ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 280.

⁹⁵ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 280.

⁹⁶ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 280-281.

iddiası, satıcının nisbî hak niteliğindeki sebepsiz zenginleşme davası açma hakkından önceliklidir. Dolayısıyla bu durumda iflas masası ve alacaklılar satıcıya karşı daha fazla korunmaktadır.⁹⁷ Şayet sebebe bağlılık ilkesi benimsenmiş olsaydı satıcı istihkak davasıyla malı iflas masasından ayırabilecekti. Dolayısıyla diğer alacaklılar ve iflas masasına karşı öncelikli bir hakka sahip olacaktı. Soyutluk ilkesinde ise istihkak davası açma imkanı olmadığı için satıcının iflas masası ve alacaklılara karşı malı ayırma hakkı bulunmamaktadır.⁹⁸

1.3. MÜLKİYETİN DEVRİNDE BORÇLANMA VE TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİĞİ VE AYRILIĞI İLKELERİ

Borçlanma ve tasarruf işlemi arasında birtakım farkların bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Bunun yanında bu iki hukukî işlem arasında önemli bir irtibat söz konusudur. Genellikle borçlanma işlemi, tasarruf işleminin sebebinin oluşturur. Bunun yanı sıra tasarruf işlemi borçlanma işleminin ifâsı niteliğindedir. Ayrıca bir satım sözleşmesindeki borçlanma ve tasarruf işlemi ele alındığında burada her iki işlemde de tarafların yöneldikleri esas gayenin alıcının mala satıcının da paraya mâlik olma gayesi olduğu görülecektir. Zira burada borçlanma işlemi, amaçlanan hukukî işlemi gerçekleştirmeye dönük tarafların birbirine uygun irade beyanlarını, tasarruf işlemi ise karşılıklı ortaya konan bu irade beyanlarının gereğini ifâ etmeye dönük zilyedliğin devri veya tescil işlemini ifade eder.

Hukuk sistemleri içerisinde malvarlığındaki hakkın kazanılması konusunda birlik ilkesi ve ayrılık ilkesi şeklinde iki temel ayırım mevcuttur. Bu ayırım ile kastedilen borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birliği ve ayrılığıdır. Belirtmeliyiz ki borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılığı başka, tasarruf işleminin borçlanma işleminden soyutluğu başkadır.⁹⁹ Bu ikisi birbiri ile karıştırılmamalıdır. Birisi aynî hakkın kazanılması ile ilgili olup birlik ve ayrılık ilkesi şeklinde ortaya çıkar. Diğeri ise tasarruf işleminin geçerliliği ile ilgilidir. Tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olup olmamasına göre işlemin soyutluğu veya sebebe bağlılığından bahsedilir.

⁹⁷ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 281.

⁹⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 200.

⁹⁹ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 135.

1.3.1. Birlik İlkesi

Malvarlığındaki hakkın devredilmesi için tarafların iradelerinin uyduğu tek bir hukukî işlemi gerekli ve yeterli gören ilke birlik ilkesidir. Birlik ilkesine göre tasarruf işlemi ve borçlanma işlemi şeklinde birbirinden ayrılmış iki aşamalı bir işleme gerek yoktur. Mülkiyetin devri için gerekli olan irade uyuşması sözleşmenin içerisinde zaten mevcuttur.¹⁰⁰ Birlik ilkesinde tek bir hukukî işlem hem borçlanma hem de tasarruf işleminin birlikte meydana getirdiği etkiyi ortaya çıkarmaktadır. Bunun sonucu olarak birlik ilkesinde sözleşmenin malvarlığına etkisi ayrılık ilkesinden farklıdır. Borçlanma ve tasarruf işleminin birbirinden ayrılığı ilkesinde, sözleşme malvarlığına dolaylı yolla etki gösterirken birlik ilkesinde hukukî işlem ile malvarlığı dolaylı yolla değil doğrudan etkilenir.¹⁰¹ Söz gelimi birlik ilkesini benimseyen bir hukuk sisteminde yapılan bir satım sözleşmesinde sözleşmenin konusu mal sözleşme ile satıcının mülkiyetinden çıkar, alıcının mülkiyetine geçer. Buna ilave bir başka işleme ihtiyaç duyulmaz. Dolayısıyla satıcının malvarlığı da alıcının malvarlığı da bu işlemten doğrudan etkilenmiştir.

Sözleşmenin malvarlığına doğrudan etki etmesinin en önemli sonucu aynı hakkın devridir. Sözleşme öncesinde malın mülkiyeti satıcıda olduğu için mal üzerindeki aynı hak da doğal olarak satıcıya aittir. Sözleşme sonrasında malın mülkiyeti satıcıdan alıcıya geçtiği için mal üzerindeki aynı hak sahibi, malın yeni sahibi olan alıcı olmuştur.¹⁰² Dolayısıyla malın satıcının mülkiyetinden çıkması ve alıcının mülkiyetine girmesi ile her iki tarafın da malvarlığı doğrudan etkilenir. Birinin malvarlığının aktif azalırken diğerinin malvarlığının aktif ise artar.

Birlik ilkesi ile sebebe bağlılık ilkesi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Öyle ki her iki ilke de tarafların iradesini oluşturan borçlanma işlemine büyük önem atfetmiştir. Birlik ilkesi mülkiyetin intikali için sözleşmeyi, dolayısıyla borçlanma işlemini yeterli görürken, sebebe bağlılık ilkesi de mülkiyetin intikali için sözleşmenin geçerli olmasını şart koşturmuştur. Buna göre her iki ilkede de mülkiyetin intikali için borçlanma işlemi

¹⁰⁰ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 36; Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 68.

¹⁰¹ Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 144; Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 68.

¹⁰² Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 38.

büyük öneme sahiptir. Hamamcıoğlu, tasarruf işleminin geçerliliğini borçlanma işleminin geçerliliğine bağlayan sebebe bağlılık ilkesinin birlik ilkesinde zorunlu olarak bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre borçlanma ve tasarruf işlemlerinin tek bir hukukî işlem içerisinde yer almasının tasarruf işleminin borçlanma işleminden soyutlanmasına engel olduğunu ileri sürmektedir. Bunun bir istisnası olarak tarafların kendi aralarında bu iki işlemi birbirinden ayırmak suretiyle soyutlayabileceklerinden fakat bunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden bahsetmektedir.¹⁰³

Birlik ilkesinde mülkiyetin intikali için özellikle de taşınır mülkiyetinin intikalinde zilyedliğin devrine ihtiyaç yoktur. Bu ilkeyi benimseyen hukuk sistemlerinde bu husus açıkça görülmektedir. Nitekim birlik ilkesini benimseyen Fransız Medenî Kanununda (FMK md. 1138) taşınır mülkiyetinin intikali için sözleşme yeterli görülmüş, teslim şart koşulmamıştır.¹⁰⁴ Ayrıca mülkiyetin geçişinde taşınır ve taşınmaz mallar arasında fark gözetilmemiştir. Sözleşme, akdedildiği andan itibaren mülkiyetin geçişi için mutlak surette yeterli kabul edilmiştir.¹⁰⁵ Bu hukuk sisteminde teslim, sözleşmenin tesis ettiği mülkiyete ilave olarak mâliki zilyed kılmaktadır. Ancak nevi itibariyle muayyen hale getirilmiş parça borçlarında mülkiyet teslimine bağlanmıştır.¹⁰⁶ Birlik ilkesinde genel durum böyle olmakla birlikte birlik ilkesi de tek bir şekilde karşımıza çıkmaz. Söz konusu ilke bünyesinde mülkiyetin geçişi için salt sözleşmenin yeterli olduğu görüşünün yanında sözleşmeyle birlikte teslimi gerekli gören bir yaklaşım daha mevcuttur. Buna göre birlik ilkesi, “saf sözleşme ilkesi” ve “birlik ilkesinin teslim esası ile birleşmesi” olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁷

Çalışmamız açısından bu ayırım önemlidir. Zira mülkiyetin intikali hususunda iki önemli husus vardır. Birincisi satım sözleşmesinde yalnızca sözleşmenin mülkiyetin intikali için yeterli olup olmaması, diğeri ise zilyedliğin devrinin mülkiyetin intikaline ne derece etki ettiğidir. Söz konusu ayırım bu iki hususu daha da anlaşılır hale getirmektedir.

¹⁰³ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 68-69.

¹⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 187; Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 69.

¹⁰⁵ Tokat, *Aynî Akit*, s. 123.

¹⁰⁶ Andreas von Tuhr, “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli”, trc. Kudret Ayiter, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (1946): 635.

¹⁰⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 37.

1.3.1.1. Saf Sözleşme İlkesi

Birlik ilkesinde mülkiyetin devri için yalnızca sözleşme yeterli görülüp haricinde bir işleme ihtiyaç duyulmuyorsa saf sözleşme ilkesinden bahsedilir. Saf sözleşme ilkesinde tarafların irade beyanları ile kurulan sözleşme, malvarlığına doğrudan etki eder. Bunun haricinde bir teslim veya tescil işlemi gerekli görülmez. Saf sözleşme ilkesine Fransız hukukunda, Latin ve İskandinav ülkeleri hukukunda rastlanmaktadır. Ayrıca taşınır mallar için düşünüldüğünde bu ilkenin İngiliz hukukunda da benimsendiği görülür.¹⁰⁸

1.3.1.2. Birlik İlkesinin Teslim Esası ile Birleşmesi

Birlik ilkesini benimsemiş olmanın yanı sıra mülkiyetin intikali için sözleşmeyi yeterli görmeyip ancak teslimle birlikte yapılırsa sözleşmenin mülkiyeti devrettiğini ileri süren bir görüş daha bulunmaktadır. Bu görüşe göre her ne kadar sözleşmenin yapılması mülkiyeti devretmek için esas unsur olsa da bunun yanında bir aynî icra fiili daha gerekmektedir. Bu da sözleşmeye konu olan malı teslim fiilidir. Birlik ilkesindeki bu görüş eski Ortak hukuk doktrini ve 1794 tarihli Prusya Genel Kanunu tarafından benimsenmiştir.¹⁰⁹

Utku, Prusya hukukunun benimsediği ilkeyi “birlik + sınırlandırılmış teslim ilkesi” olarak nitelendirmektedir. Buna göre sözleşme sonrasında teslimden önce mülkiyet henüz tam manasıyla geçmese de alıcı, üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Bu da sözleşmeye ayrılık ilkesinde olduğundan daha fazla önem kazandırmaktadır.¹¹⁰

Söz konusu ilke, teslimin sözleşmeye ilave bir gereklilik olması bakımından ayrılık ilkesiyle benzerlik taşımaktadır. Çünkü ayrılık ilkesi borçlanma işlemi ile teslim/tescil fiillerini içeren tasarruf işlemi birbirinden ayırmış, tasarruf işlemi mülkiyetin devri için ilave bir gereklilik olarak görmüştür. Ancak teslim esasını gerekli gören bu ilkenin birlik ilkesi içerisinde yer alıp ayrılık ilkesinden ayrıldığı en önemli fark, sözleşme sonrası gerekli görülen teslimin bir hukukî işlem şeklinde olmayıp kendinden

¹⁰⁸ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 36-37.

¹⁰⁹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 36-37.

¹¹⁰ Utku, “Sinai Hakların Rehni”, s. 107.

önce gerçekleştirilen hukukî işlemi tamamlayıcı bir fiil olmasıdır.¹¹¹ Böylece başta yapılan sözleşme mülkiyetin devri için gerekli bir hukukî işlem iken teslim fiili de bu hukukî işlemi tamamlayan fiildir.

1.3.2. Ayrılık İlkesi

Ayrılık ilkesi borçlanma işlemi ve borçlanma işleminin îfâsı niteliğinde olan tasarruf işleminin birbirinden ayrılığını ifade eder. Mülkiyetin devri için tarafların sözleşme yapmaya dönük iradelerini ortaya koyup borçlanma işlemi yapmaları yeterli değildir. Borçlanma işleminden sonra bu işlemin îfâsı olan tasarruf işlemini de gerçekleştirmeleri gerekir.¹¹² Ayrılık ilkesini hukuk sistemleri arasında Alman hukuku ve İsviçre/Türk hukuk sistemleri benimsemiştir. Bu hukuk sistemleri temelde ayrılık ilkesini benimsemiş olmakla birlikte bazı önemli hususlarda birbirlerinden ayrılmışlardır.¹¹³ Bu ayırım yukarıda da belirtildiği gibi bazı hukuk sistemlerinin ayrılık ilkesi ile birlikte soyutluk ilkesini, bazılarının ise ayrılık ilkesi ile birlikte sebebe bağlılık ilkesini benimsemeleri şeklinde tezâhür etmiştir.

Hamamcıoğlu'na göre birlik ilkesi, tasarruf işleminin sebebe bağlılığını zorunlu olarak gerekli kıldığı gibi tasarruf işleminin sebepten soyutluğu da ayrılık ilkesini zorunlu olarak gerekli kılmaktadır.¹¹⁴ Buna göre birlik ilkesi ile sebebe bağlılık arasında, soyutluk ilkesi ile de ayrılık ilkesi arasında tam girişimlilik olduğu söylenebilir. Şöyle ki, birlik ilkesi daima sebebe bağlılık ilkesiyle birlikte bulunur. Fakat sebebe bağlılık ilkesi daima birlik ilkesi ile birlikte bulunmak zorunda değildir. Bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi sebebe bağlılık ilkesi ayrılık ilkesi ile birlikte de bulunabilmektedir. Nitekim İsviçre/Türk hukukunda ayrılık ilkesi ve sebebe bağlılık ilkeleri bir arada bulunur.

Soyutluk ilkesine gelince bu ilke de daima ayrılık ilkesi ile birlikte bulunur. Yani soyutluğun benimsendiği bir hukuk sisteminde ayrılık ilkesinin benimsenmesi zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin Alman hukuku soyutluk ilkesini benimsemiştir. O halde ayrılık ilkesinin varlığı Alman hukuku için zaruridir. Fakat ayrılık ilkesinin daima

¹¹¹ Utku, “Sınai Hakların Rehni” s. 107.

¹¹² Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 64; Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 144.

¹¹³ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 38.

¹¹⁴ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 73.

soyutluk ilkesi ile bulunma zorunluluğu yoktur. Zira ayrılık ilkesi hem sebebe bağlılık hem de soyutluk ilkesi ile birlikte bulunabilir.¹¹⁵

Türk ve İsviçre hukuklarında her ne kadar ayrılık ilkesinin benimsendiğine dair temel bir kural yoksa da taşınmazlarda sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiği hem Türk Medeni Kanununda (TMK md. 1024) hem de İsviçre Medeni Kanununda (İMK md. 974-975) net bir şekilde belirtilmiştir.¹¹⁶ Ayrıca çeşitli hükümlerden hareketle kimi hukukçular hem İsviçre hukukunda hem de Türk hukukunda ayrılık ilkesinin benimsendiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre söz konusu hukuk sistemlerinde borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrı işlemler olarak kurgulanmış olması ve borçlanma işleminin tasarrufi bir etki göstermeyip tarafları borçlandırıcı bir nitelikte olması her iki hukuk sisteminde de belirgin bir şekilde görülmektedir.¹¹⁷ Bu görüşün aksine bazı yazarlar Türk hukukunda ayrılık ilkesinin savunulmasının Alman hukukundan etkilenilmesi sebebiyle gerçekleştiğini¹¹⁸ TMK md. 705 ve md. 763'ün ayrılık ilkesine değil birlik ilkesi ile birlikte teslim/tescil esasının benimsendiğine işaret ettiğini savunmaktadırlar.¹¹⁹

Türk hukukunda ayrılık ilkesinin benimsendiğine dair işaretler Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunundaki satım sözleşmesi ile ilgili hükümlere bakıldığında görülmektedir. Nitekim Türk hukukunda satım sözleşmesinin borç doğurucu bir sözleşme olduğu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. İlgili madde şu şekildedir: “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” (TBK md. 207) Görüldüğü gibi kanunda satım sözleşmesinin zilyetlik ve mülkiyeti devretme borcu doğurduğu ifade edilmiş, sözleşmenin bizzat mülkiyeti intikal ettirdiğinden bahsedilmemiştir. Bu da borçlanma işleminin aynî hakkın devrinde doğrudan bir etki doğurmadığını, borçlanma işlemine ilave bir tasarruf işleminin gerekliliğini göstermektedir. Dolayısıyla ilgili

¹¹⁵ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 73.

¹¹⁶ Bkz. 1.2.3. no'lu başlık.

¹¹⁷ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 66-67, 73; Söğüt, “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, s. 783.

¹¹⁸ Utku, “Sınai Hakların Rehni” s. 111.

¹¹⁹ Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 145; Türk ve İsviçre hukukunda ayrılık ilkesinin yerine teslim esası ile birlikte birlik ilkesinin benimsenmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Utku, “Sınai Hakların Rehni” s. 104-109, 111.

madde, borçlanma işlemi ve tasarruf işleminin birbirinden ayrılığının kabul edildiğine işaret etmektedir.

Borçlanma işlemi ile ilgili hükümlerin TBK’da yer almasının yanı sıra borçlanma işlemi sonucunda doğan borcun ifâsı ile ilgili hükümler ise Türk Medeni Kanununa bırakılmıştır. İlgili kanun “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*” (TMK md. 705) hükmüyle taşınmaz satışında mülkiyetin devrini tescile bağlamış, taşınır satışında ise “*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.*” (TMK md. 763) şeklindeki hükümle zilyedliğin devrini şart koşturmuştur. Bu hükümler borçlanma işlemi sonrası mülkiyetin devri için gerekli ilave bir işleme ihtiyaç olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu da ayrılık ilkesinin bir sonucudur.

1.3.3. İlkelerin Aşılması

Birlik ve ayrılık ilkelerinden bahsedilirken değinilmesi gereken önemli hususlardan birisi de elden yapılan hukukî işlemlerin durumudur. Benimsenen ilkeler neticesinde vazedilen hükümler teoride sorun çıkarmayabilir. Ancak pratikte, elden yapılan işlemler gibi bazı işlemlerde birtakım problemlerle karşılaşılabilir. Hemen belirtelim ki burada elden yapılan işlemlerden kastedilen borçlanma ve tasarruf işlemlerinin aynı anda tek bir mecliste yapılmasıdır.¹²⁰ Örneğin bir satım akdinde sözleşme ile onun ifâsı aynı mecliste araya belli bir girmeden yapılıyorsa orada elden işlemde bahsedilir.

Borçlanma ve tasarruf işleminin birliği ilkesi benimsendiğinde elden yapılan işlemlerin durumu kolayca anlaşılabilir. Nitekim borçlanma ve tasarruf işlemi aynı mecliste tek bir işlem halindedir. Mülkiyetin devri için zilyedliğe veya tescile ihtiyaç olmadığından, sözleşme ile mülkiyet intikal eder. Dolayısıyla teslim veya tescilin akid meclisinde yapılması veya sonradan araya belli bir vade konularak yapılması, mülkiyetin devri için sorun oluşturmamaktadır.

Borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılığı ilkesi benimsendiğinde, durum yukarıda bahsedilenden farklıdır. Şayet borçlanma ve tasarruf işlemleri arasında belli bir vade varsa ayırımın anlaşılması kolaydır. Ancak borçlanma işlemi ve tasarruf işleminin aynı mecliste gerçekleştirildiği elden işlemlerde ayrılık ilkesinin hukukî açıdan

¹²⁰ Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 143.

anlaşılması oldukça zordur. Çünkü taraflar zaten aynı meclistedir. İfâ da bu mecliste gerçekleşmektedir. Dolayısıyla borçlanma ve ifâ arasında çok kısa bir zaman vardır. Önce ifâyâ dönük taahhütte bulunmak ardından da ifâyâ yönelmek ve bu iki işlemi birbirinden ayırmak gereksiz gibi görülmektedir. Bu durumu bir misalle açıklamak gerekirse, halka açık bir pazarda gerçekleştirilen satım sözleşmesinde müşteri almak istediği malı tezgahıtan alıp malın bedelini satıcıya verdiğinde satım işlemi gerçekleşmiş ve bitmiştir. Burada alıcı ve satıcı arasında önce sözleşme yapılmış, ardından da bu sözleşmenin ifâsı gerçekleştirilmiştir diyerek borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayrılığını ileri sürmek tahayyülü oldukça zor bir iştir.¹²¹ Bu sebeple bazı yazarlar elden işlemlerde tasarruf işleminden önce bir borçlanma işleminin gerekli olmadığını ileri sürmüşlerdir. Buna mukabil bir kısım yazar, elden satımda her ne kadar arada zaman bulunmasa da işlemin mantikî açıdan bir borçlanma ve akabinde yapılan tasarruf işlemi şeklinde sırasıyla gerçekleştiğini ve bu iki işlemin ayırımının mümkün olduğunu belirtmektedir.¹²²

1.3.4. Birlik ve Ayrılık İlkelerinin Hukukî Sonuçları

Yukarıda birlik ve ayrılık ilkelerinin borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılması veya tek bir işlem gibi kabul edilmesi şeklinde ortaya çıktığını belirttik. Bunun yanında bu ayırımın borçlanma ve tasarruf işlemlerinin sebebe bağıllığı ve sebepten soyutluğu şeklinde ortaya çıkan ayırımdan farklı olduğunu, bu iki ayırımın birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini ifade ettik. Ancak bu iki ayırım esas itibarıyla birbirinden farklı olsa da her ikisi de neticede mülkiyetin intikaline etki ettikleri için benzer sonuçlar doğurabilmektedirler. Örneğin birlik ilkesinde yalnızca sözleşme ile mülkiyet intikal ederken soyutluk ilkesinde geçerliliği bir sebebe bağlı olmayan tasarruf işlemiyle mülkiyetin intikali gerçekleşmektedir. Dolayısıyla her iki ilkede de himaye edilen taraflar ve tarafların açabilecekleri davalar açısından benzerliklerin ortaya çıktığı görülmektedir.

¹²¹ Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, s. 74-77.

¹²² Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 25; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 187.

1.3.4.1. Birlik İlkesinin Sonuçları

Birlik ilkesi kendi içerisinde “saf sözleşme ilkesi” ve “teslim ile birlikte sözleşme esas”ı gibi farklı yaklaşımları barındırmakla birlikte, birlik ilkesinde esas itibarıyla borçlanma ve tasarruf işlemleri tek bir işlem şeklinde kabul edilmiş, başta yapılan sözleşme mülkiyetin karşı tarafa intikali için yeterli görülmüştür. Bunun haricinde mülkiyetin intikali için ilave bir zilyedliğin devri işlemine ihtiyaç duyulmamıştır. Dolayısıyla birlik ilkesinin kabul edilmesinin getireceği sorunlar veya avantajlar şu iki husus bağlamında düşünülmelidir. Bunlardan birincisi salt sözleşme ile mülkiyetin devrinin yeterli olması diğeri ise sözleşmeye ilave bir zilyedliğe gerek duyulmamasıdır. Birlik ilkesinin olumlu veya olumsuz sonuçları bu hususlar neticesinde ortaya çıkacaktır. Ancak şunu belirtmeliyiz ki zilyedliğe gerek duyulmaması hususu “birlik ilkesinin teslim esası ile birleşmesi” kısmına uymamaktadır. Çünkü birlik ilkesi bünyesinde bulunan bu esasa göre teslim gereklidir. Dolayısıyla birlik ilkesinde başta da belirtildiği üzere tek bir görüş yoktur. Öyleyse birlik ilkesini değerlendirirken saf sözleşme ilkesi ve sözleşme ile birlikte teslim esası ayırımını göz önünde bulundurmak gerekir.

a) Saf sözleşme ilkesinde sözleşme ile mülkiyet intikal etmiş alıcı aynî hakka sahip olmuştur. Bakıldığında, bu sistemin aynî hakkı elde etmesi bakımından, alıcıyı daha fazla himaye ettiği düşünülebilir. Ancak Tunçomağ gibi bazı yazarlar saf sözleşme ilkesinin alıcıyı değil satıcıyı daha fazla himaye ettiğini ileri sürmüşlerdir. Buna gerekçe olarak aynî hak alıcıya geçmiş olsa da sözleşmenin bătıl olması veya alıcının temerrüde düşmesi halinde mal teslim edilmiş olsa dahi sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle mal satıcıya geri döner.¹²³ Ancak burada mutlak bir şekilde satıcının himaye edildiğini söylemek zordur. Zira sözleşmenin, butlan veya alıcının temerrüdü ile ortadan kalkması haricinde düşünüldüğünde, aynî hak elde etmiş olması dolayısıyla genellikle alıcı himaye edilmektedir. Özellikle de ayrılık ilkesi ile mukayese edildiğinde bu himaye daha belirgin olarak görülmektedir. Buna göre satıcının malı başkasına satma, satımdan doğan borcu ifâ etmeme ve satıcının iflası vb. durumlarda iflas masasından ya da alacaklılardan öncelikli olmak suretiyle mala sahip olma hakkı gibi hususlar alıcının lehinedir.

¹²³ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 40.

b) Satım sözleşmesinde alıcı açısından sözleşmenin esas amacı ve faydası da malın zilyedliğini elde etmek, ondan faydalanmak ve istediği zaman üzerinde tasarruf edebileceği şekilde mal üzerinde hakimiyet kurmaktır. Satıcı için de esas amaç malın bedelini elde etmektir. Ancak saf sözleşme ilkesinde sözleşme yeterli olup zilyedlik şart koşulmadığı için zilyedliğin elde edilmesinden önce alıcı lehine esas amaç ve fayda henüz ortaya çıkmamıştır. Çünkü alıcı, zilyedliğinde bulunmayan bir maldan maddi anlamda faydalanamaz. Üstelik malın mülkiyeti kendisinde olduğu için hasar sorumluluğu vb. sorumluluklar da alıcıya aittir.¹²⁴ Bu sebeple saf sözleşme ilkesi belli açılardan alıcının aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir.

c) Saf sözleşme ilkesinde sözleşme ile mülkiyet intikal ettiği için aynî hakkı devreden satıcı prensipte artık bu malı başka bir satım işlemine konu edemez. Çünkü malın mâliki değildir. Dolayısıyla satıcının sözleşme ile mal üzerindeki tasarruf hakkı sınırlandırılmıştır. Bu da alıcının lehinedir. Ancak bunun istisnası sadedinde Fransız hukuku satıcının malı üçüncü kişiye satıp teslim ettiği durumda birinci alıcının ikinci alıcıya istihkak davası açamayacağını kabul etmiştir. Bunun nedeni ise Fransız hukukunun zilyedliği mülkiyet karinesi kabul etmesidir. Nitekim zilyedlik, ikinci alıcıdadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkı da ondadır.¹²⁵

d) Ayrılık ilkesinin aksine birlik ilkesinde satıcının sözleşme esnasında malın mâliki olması gerekir.¹²⁶ Çünkü malın mülkiyetinin devri ileride gerçekleşecek bir tasarruf işlemine değil bizzat sözleşmeye bağlanmıştır. Sözleşme konusu mevcut olmayınca mülkiyetin devri de gerçekleşmez. Ancak birlik sistemini benimseyen Fransız hukukunda bu konuda bir esneklik gösterilmiştir. Bu hukuk sisteminde henüz benzerlerinden ayırt edilmemiş olan mislî mallar için benzerlerinden ayırt edilmesi akabinde, gelecekte mevcut olacak mallar için de malların mevcut hale getirilmesinden sonra mülkiyetin intikal edeceği benimsenmiştir.¹²⁷

¹²⁴ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 40.

¹²⁵ Sabri Şakir Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hususunda Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1-4 (1953), s. 452.

¹²⁶ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 282.

¹²⁷ Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi”, s. 82-83; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 37; Utku, “Sınai Hakların Rehni” s. 89.

1.3.4.2. Ayrılık İlkesinin Sonuçları

Ayrılık ilkesinin getirdiği sorun ve avantajlar borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılması ve mülkiyetin intikali için borçlanma işleminin yeterli olmayıp tasarruf işleminin şart koşulması neticesinde ortaya çıkmaktadır. Zira ayrılık ilkesinde mülkiyetin devri tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir. Belirtmeliyiz ki ayrılık ilkesini benimseyenler de mülkiyetin devri konusunda tek bir görüş üzere değildirlere. Ayrılık ilkesiyle birlikte sebebe bağıllık ilkesini benimseyen hukuk sistemleri mülkiyetin devri için borçlanma işleminin geçerliliğini gerekli görürken, ayrılık ilkesiyle birlikte soyutluk ilkesini benimseyen hukuk sistemleri bunu gerekli görmemiştir. Sebebe bağıllık ve sebepten soyutluk ilkelerinin sonuçlarına yukarıda değindiğimiz için burada ayrıntıya girmeyip yalnızca ayrılık ilkesinin sonuçlarından bahsedeceğiz.

a) Ayrılık ilkesinde borçlanma ve tasarruf işleminin birbirinden ayrılığı kabul edilmiş, mülkiyetin devri de ancak tasarruf işleminin gerçekleştirilmesine bağlanmıştır. Buna göre borçlanma işlemi müşteri lehine yalnızca alacak hakkı kazandırır. Alacak hakkının nisbî bir hak olması münasebetiyle satıcı teslimden önce malı ikinci bir müşteriye satıp teslim etse veya üçüncü bir kişi malı satıcıdan cebren alsa birinci müşteri ne ikinci müşteriye ne de malı cebren alan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açabilir. Birinci müşteri ancak satıcıya borçlanma işleminden doğan borcun ifâsı için dava açabilir. Bu da istihkak davasına göre daha zayıf bir hak talebidir. Ayrıca kişi iyiniyetli olarak bir mal satın alıp zilyedliğini de ele geçirse sonradan o malın başka birisine ait olduğu ortaya çıksa dahi alıcı iyiniyeti ve zilyedliği elinde bulundurması sebebiyle o mala mâlik olur. Çünkü zilyedlik mülkiyet karinesi kabul edilmiştir. Zilyedliği iyiniyetle elde eden kişi de hukuken himaye edilmektedir.¹²⁸

b) Ayrılık ilkesinin gereği olan borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılığını kimi hukukçular önemli bir ayırım olarak görmüştür. Tunçomağ bu konuda borçlanma ve tasarruf işleminin ayrılığı ilkesini hukuk biliminin önemli bir buluşu ve sistematik bir basitleştirme olarak nitelendirmiştir. Buna göre bu ayırım satıcı ile alıcı arasında gerçekleştirilen borçlanma işlemini borçlar hukukundaki borç ilişkileri ile ilgili

¹²⁸ Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hususunda Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, s. 451-452.

vazedilmiş kurallara göre düzenlerken, malın teslimi ve mülkiyetin devri gibi tasarruf işlemine dahil olan hususları eşya hukukuna göre düzenlemiştir. Pratikte, alışveriş yapan kişiler için böyle bir ayırım günlük hayatta pek bir şey ifade etmese de hukuk bilimi açısından bu ayırım önemli bir buluş olarak nitelendirilmiştir.¹²⁹

c) Ayrılık ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde borçlanma işlemi aynî hakkı devretmediği için satıcının aynı mal üzerinde başka bir borçlanma işlemi yapmasını engelleyen bir durum yoktur. Satıcı alıcıyla yaptığı satım sözleşmesi haricinde bir başkasıyla satım sözleşmesi yapabilir veya satım sözleşmesinden sonra satıcı daha iyi bir fiyat veren ikinci bir alıcıya malı satabilir. Bu durumda satıcı himaye edilmiş alıcının aleyhine bir durum ortaya çıkmış olur.¹³⁰ Dolayısıyla ayrılık ilkesinde tasarruf işlemi öncesinde sadece borçlanma işlemi yapılmışsa bunun satıcıyı sınırlamayıp aksine satıcının başka sözleşmeler yapma hakkının devam etmesi gibi geniş yetkilere sahip olması nedeniyle neticede satıcının korunduğu söylenebilir.

d) Borçlanma işleminin aynî hakkı tesis etmemesi sebebiyle alıcı malı tasarruf işlemiyle teslim alıp henüz mülkiyetine geçirmeden, satıcı iflas etmiş ya da haciz sebebiyle kovuşturmaya tabi tutulmuş olabilir. Bu durumda alıcı sözleşme yapmış olmasına rağmen aynî haktan yoksun olduğu için mal üzerinde mülkiyet hakkı iddia edemez. Yalnızca satıcıya karşı alacak hakkı ileri sürebilir. Bu hakkın nisbî olması sebebiyle üçüncü kişilere karşı bir etkisi yoktur. Dolayısıyla satıcı iflas etmişse alıcı malı iflas masasından kurtaramaz. Veya satıcı haciz kovuşturmasına tabi tutulmuşsa alıcı mala yönelik icra kovuşturmasını engelleyemez. Bu nedenle ortaya çıkan durum alıcının zararına sebep olur.¹³¹

e) Ayrılık ilkesi kabul edildiği takdirde bazı durumlarda satıcı da zarar görebilmektedir. Satıcı bir malı sözleşmeye konu edip teslim ettiğinde satım sözleşmesi bir sebebe bağlı olarak geçersiz bulunabilir. Satıcı bu durumda malı geri almak isteyebilir. Fakat tasarruf işlemi gerçekleştiği için malın mülkiyeti alıcıya intikal etmiştir. Hemen belirtelim ki bu işlem ayrılık ilkesi yanında soyutluk prensibini de benimseyen Alman hukukuna göredir. Zira soyutluk ilkesinde sözleşmenin geçersizliği tasarruf işlemi etkilemez. Mülkiyet salt tasarruf işlemiyle alıcıya geçer. Bu durumda satıcı malı istihkak

¹²⁹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 34.

¹³⁰ Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 134.

¹³¹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 35; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 134.

davasıyla geri isteyemez, ancak sebepsiz zenginleşme davasıyla isteyebilir ve malın bedelini de yine sebepsiz zenginleşme sebebiyle alıcıya iletir. Ancak alıcı malı bir başkasına satmışsa ve bu üçüncü kişi malı iyiniyetle yani malı birinci alıcının sanarak satın almışsa, birinci satıcı ikinci müşteriden herhangi bir suretle malı talep edemez. Dolayısıyla satıcı başlangıçta bir sebebe bağlı olarak geçersiz olan sözleşmeyle mülkiyetini devrettiği malı daha sonradan geri alamayacaktır. Bu da satıcının aleyhine gerçekleşen durumlar arasında sayılmaktadır.¹³²

1.4. ANGLO-SAKSON (COMMON LAW) HUKUKUNDA SATIM SÖZLEŞMESİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALI

Anglo-Sakson (Common Law) hukuk sistemi, İngiltere’de doğmuş ve gelişmiş ABD, Kanada, Avusturalya, Güney Afrika ve Hindistan gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Bu hukuk sistemi mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan içtihadî bir nitelik taşımakta, hukuku büyük oranda hakimlerin içtihatları oluşturmaktadır. 19’uncu yüzyılın sonlarından itibaren bahsedilen hukuk çevresinde kanunlaştırmaya gidilse de Kara Avrupası hukukuna göre kanunlaştırma faaliyeti oldukça sınırlı kalmıştır. Ayrıca bu hukuk sisteminde “kamu hukuku” – “özel hukuk” ayırımı mevcut değildir. Bu özellikleriyle Anglo-Sakson hukuk sistemi Kara Avrupası hukuk sisteminden önemli ölçüde ayrılmaktadır.¹³³

İngiliz hukukunda taşınır malların mülkiyetinin devri, satıcı ve alıcının iradelerine dayanmaktadır. Taraflar mülkiyetin ne zaman geçeceğini irade beyanlarının uyuşması ile belirlemektedirler. Tarafların bu belirlemelerinden mülkiyetin ne zaman geçeceği net olarak anlaşılamıyorsa ve bu durumda satım sözleşmesinin konusunu ferden muayyen hale getirilmiş bir mal oluşturuyorsa, mülkiyet satım sözleşmesinin yapıldığı anda alıcıya intikal eder.¹³⁴ Sözleşmenin konusunu muayyen hale getirilmemiş olan cins borçlarından bir mal veya gelecekte elde edilecek bir mal oluşturuyorsa bu durumda da mülkiyet malın muayyen hale getirilmesi ya da teslim edilebilir olmasıyla alıcıya intikal eder.¹³⁵ İngiliz

¹³² Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 36.

¹³³ Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 253-257; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 153-156.

¹³⁴ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 37.

¹³⁵ Utku, “Sinai Hakların Rehni”, s. 89.

hukukunun gelenekçi uygulaması olan ve bünyesinde nispeten katı kuralları barındıran “müşterek hukuk”ta (common law) henüz mevcut olmayıp gelecekte elde edilecek malların satım sözleşmesine konu edilmesi olası görülmemiştir. Bu şekildeki bir sözleşme bir taahhüt olarak nitelendirilmiş aynî hakkın devri buna bağlanmamıştır.¹³⁶ Satım sözleşmesinde mülkiyetin devri için birlik ilkesini benimseyen bir hukuk sisteminde sözleşme konusunun mevcut olmasının şart koşulması yadırganacak bir durum değildir. Zira böyle bir hukuk sistemi sözleşmeye tasarrufi bir etki yükleyip aynî hakkın devri gücünü vermektedir. Mevcut olmayan bir mala ilişkin aynî hakkın devri zaten hukukî açıdan problemli gözükmemektedir.

Anglo-Sakson hukuk çevresinde taşınmaz satışıyla ilgili benimsenen görüş ise ayrılık ilkesinin benimsenmesi şeklinde olmuştur. ABD hukukunda taşınır malların satımında birlik ilkesi benimsenmişken taşınmaz bir malın satımı için yapılan sözleşme alıcıya mülkiyeti devretmez.¹³⁷ Böyle bir sözleşme, ayrılık ilkesinde olduğu gibi yalnızca satıcıyı mülkiyetin devri borcunu yükleyip, alıcıya da buna mukabil olarak alacak hakkı kazandırır.¹³⁸

1.5. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere hem birlik ve ayrılık ilkesi hem de sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkesi ayırımında lehte ve aleyhte görüşler mevcuttur. Bu ilkelere bir kısmı satıcıyı daha fazla himaye ederken bir kısmı da alıcı ve üçüncü kişileri daha fazla korumaktadır. Fakat neticede hangi ilke benimsenirse benimsensin ilkelerin, tarafların hakları ve hukuk güvenliğini temin etmeye yöneldiğini söylemek mümkündür.

Genel itibarıyla bakıldığında birlik ilkesinde alıcının korunduğu söylenebilir. Nitekim akid ile mülkiyet devredilmiş, alıcı aynî bir hakka kavuşmuştur. Aynî hakkın verdiği yetkiler de oldukça geniştir. Ancak birlik ilkesinin saf sözleşme ilkesi ve birlik ilkesinin teslim esası ile birleşmesi şeklinde iki kısma ayrıldığını göz önünde bulundurarak değerlendirmek gerekir. Saf sözleşme ilkesinde sözleşmenin butlanı durumunda satıcıya satım sözleşmesi vasıtasıyla devretmiş olduğu aynî hak iade

¹³⁶ Utku, “Sınai Hakların Rehni”, s. 2013.

¹³⁷ Utku, “Sınai Hakların Rehni”, s. 104; Tokat, *Aynî Akit*, s. 121.

¹³⁸ Utku, “Sınai Hakların Rehni”, s. 91.

edilmektedir. Sözleşme ile birlikte teslim esaslı kabul edildiği takdirde alıcı aynî hak ile beraber zilyedliğe de sahip olmaktadır. Böylece alıcı satım işlemiyle amaçladığına tam manasıyla kavuşmaktadır. Dolayısıyla birlik ilkesinde her ne kadar sözleşmenin kendisi doğrudan mülkiyeti devretse de zilyedliğin önemi azımsanmayacak şekilde büyüktür. Zira henüz zilyedliğe sahip olmadan edinilen mülkiyet üçüncü iyiniyetli kişilerin mülkiyeti kazanabilmesi yüzünden varlığı tehlikede bulunan bir mülkiyettir.¹³⁹ Ayrıca birlik ilkesini benimseyen Fransız hukuku, sözleşme sonrası satıcının malı alıcı dışında üçüncü bir kişiye satıp teslim etmesi durumunda birinci alıcı bu kişiden malı talep edememektedir. Çünkü üçüncü kişi malın zilyedliğini elinde bulundurana mâlik olarak kabul edip satın almıştır. Zilyedlik de bu hukuk sisteminde mülkiyet karanesi kabul edildiği için zilyedliği bulunmayan birinci alıcı burada himayesiz kalmaktadır. Netice itibarıyla birlik ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde de tam himaye, zilyedliğe kavuşunca ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁰

Ayrılık ilkesinde durum soyutluk ve sebebe bağlılık ilkelerinin benimsenmesine göre değişmektedir. Ayrılık ilkesi ile birlikte bulunan sebebe bağlılık ilkesi hem tasarruf işlemi öncesi mülkiyetin intikal etmemesi hem de tasarruf işleminin geçerliliğini borçlanma işlemine bağlaması dolayısıyla satıcıyı korumaktadır. Alışverişte satıcıyı bu denli koruma bazı eleştirilere muhatap olmuştur. Serozan, satıcıyı korumaya yönelik hem borçlanma ve tasarruf işlemlerini birbirinden ayırma, hem de bu işlemlerin geçerliliğini birbirine bağımlı kılmayı ölçüyü kaçırma olarak nitelemiştir.¹⁴¹ Ayrılık ilkesi ile korunan satıcı sebebe bağlılık ilkesi ile bir kez daha koruma altına alınmaktadır. Zira bu iki durumda da mülkiyet satıcıdan alıcıya intikal etmemekte, aynî hak satıcıda kalmaktadır. Aynî hakkın varlığı da satıcının korunmasını güçlendirmektedir.

Soyutluk ilkesine gelince tasarruf işleminin yapılmış olup olmamasına göre durum değişmektedir. Soyutluk ilkesi de tasarruf işlemi öncesinde sebebe bağlılık ilkesinde olduğu gibi satıcıyı himaye eder. Çünkü borçlanma işlemi tek başına aynî hakkı devretmez. Borçlanma işlemi yapılmış olsa bile aynî hak satıcıdadır. Fakat tasarruf işlemi gerçekleşmişse bu kez soyutluk ilkesi belirgin bir şekilde alıcıyı korur. Çünkü mülkiyet

¹³⁹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 40.

¹⁴⁰ Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hususunda Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, 452; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 38, 42.

¹⁴¹ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 342.

alıcıya geçmiştir. Borçlanma işleminin geçersiz olmasının da bu işleme bir etkisi yoktur. Zira soyutluk ilkesinin esası sebebe bağlı olmamaktır. Bu suretle alıcıyı koruyan soyutluk ilkesi, tasarruf işlemi gerçekleşmişse üçüncü şahısları, iflas masasını ve alacaklıları satıcıya göre daha fazla himaye etmektedir.

Hukuk sistemleri farklı ilkeleri benimsemiş olmakla birlikte temelde alıcı, satıcı veya üçüncü kişileri korumaya yönelmişlerdir. Bu yönelimler neticesinde hukuk politikası, hukukî istikrar ve güvenin sağlanması veya mülkiyeti elinde bulunduranın himaye edilmesi gibi çeşitli sebeplerden dolayı ilkeler arasında tercihte bulunmuşlardır. Bu tercihler sebebiyle kimi zaman taraflardan birisi diğerine göre daha fazla veya daha az korunmuştur. Bunun sonucunda ortaya çıkabilecek problemleri de ilkelere getirilen bazı istisnalarla tarafların karşılaşılabilecekleri olumsuzlukları bertaraf etmeye çalışmışlardır.¹⁴²

¹⁴² Sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkelerinin farklı gerekçelerle tercih edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 199; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 341-342; Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, s. 946; Edis, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyet Meselesi”, s. 283-284.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNA GÖRE SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ

2.1. SATIM AKDİNİN HÜKMÜ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

Fıkıh literatüründe satım akdinin sonuçlarını belirtmek için genellikle “hüküm” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Akdin taraflara yüklediği borçlar ve kazandırdığı haklar Hanefî hukukçular tarafından teknik bir ayırıma tabi tutularak “hüküm” kavramı ile irtibatlı bir şekilde “aslî hüküm” ve “tâbi hüküm” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴³ Aslî hüküm, bedellerin mülkiyetinin taraflara intikalini ifade ederken, aslî hükme tâbi olan hükümler, bedellerin kabz ve teslimi, akid konusundaki bir ayıp veya istihkak sebebiyle satıcıyı dava etme hakkı ve şüf’a hakkının sabit olması gibi aslî hüküm olan mülkiyetin intikalinin gerçekleşmesini destekleyen ve pekiştiren ikinci dereceden hak ve borçlardır. Akdin aslî hükmü akid ile elde edilmek istenen asıl netice, tâbi hüküm şeklinde de ifade edilen “akdin hukuku” ise bu asıl neticenin elde edilmesi için gerekli olan vasıtalarlardır.¹⁴⁴

Satım akdinde akdin kendisi ve akid kurulduktan sonra tarafların yerine getirmeleri gereken borçlar, mülkiyetin intikali ve mahiyeti açısından önem arz eder. Çalışmamızda bizzat akdin kendisinin ve akid sonrasında yerine getirilmesi gereken borçların mülkiyetin intikaline ve mahiyetine olan etkisini ortaya koymaya çalışacağız.

2.1.1. Hüküm Kavramı ve Akdin Hükmünün İfade Ettiği Anlamlar

İslam hukuku literatüründe hüküm kavramı geniş bir kullanım alanına sahiptir. Bu kavram kamu hukuku, muhakeme usul hukuku, fıkıh usulü ve fûrû-i fıkıh alanlarında farklı terim anlamları kazanarak literatürde önemli bir yer edinmiştir.¹⁴⁵ Bununla birlikte

¹⁴³ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 233, 243, 256; Zeynüddin b. İbrâhim İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, V, 282; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülazîz İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut: Dârü'l-fikr, 1966, IV, 506.

¹⁴⁴ Ekrem Muhammed Hüseyin el-Bedüv, “Hükmü'l-akd – dirâsetün mukârene –”, *Mecelletü râfidîn li'l-hukûk* 10/55, (t.y.): 8.

¹⁴⁵ Muhammed Ebü'l-Feth el-Beyânûnî, “Hüküm”, *DİA*, XVIII, 466.

hüküm kavramı ile ilgili ayrıntılı tanım ve tartışmalara ekseriyetle fıkıh usulü literatüründe rastlanmaktadır.

Usul literatüründe hüküm,¹⁴⁶ genellikle teklifi hüküm ve vaz'î hüküm şeklinde bir ayırıma tabi tutularak incelenmiştir. Teklifi hükümde şâriin mükelleften bir şeyi yapma, yapmama veya yapıp yapmama hususunda serbest bırakması söz konusu iken, vaz'î hükümde bir şeyin başka bir şeye karşı konumu söz konusudur.¹⁴⁷ Teklifi hüküm fukaha metodunu benimseyen usulcüler tarafından, mükellefin fiillerinin sonucu (eseri) veya bu fiillerin sıfatı (vasfı) şeklinde tarif edilmiştir. Türcan, tarifteki mükelleflerin fiillerinin sonucu ve sıfatı şeklindeki bu ayırımın Sadruşşerîa'dan (ö. 747/1347) itibaren başladığı tespitini yapmaktadır.¹⁴⁸

Fukaha metodunu benimseyen usulcülerin teklifi hüküm ile ilgili yaptıkları tarifte mükellefin fiillerinin sonucu (eseri) şeklindeki kullanım için satım akdinin hukukî sonucu olan mülkiyetin intikali örnek olarak verilmektedir.¹⁴⁹ Bu örnekte satım akdini gerçekleştiren taraflardan alıcı akde konu edilen mala, satıcı ise malın karşılığı olan bedele mâlik olmaktadır. Mülkiyetin intikali ise tarafların gerçekleştirdiği bu hukukî işlemin aslî sonucudur. Hüküm kavramının bu anlamı, çalışmamızın odak noktasıdır. Mükellefin fiillerinin sıfatı (vasfı) şeklindeki kullanım ise dünyevî ve uhrevî maksatlı fiiller ile ilişkili olarak iki kısımda ele alınmıştır. Dünyevî maksatlı olanlar bir hukukî işlemin sahih, bâtıl, fâsid, münakid veya gayri münakid, nâfiz veya gayri nâfiz, lâzım veya gayri lâzım olması şeklindedir. Uhrevî maksatlı olanlar ise azîmet ve ruhsat şeklinde bir ayırıma tabi tutulmuştur. Azîmet kavramı içerisinde farz, vâcip, sünnet, nâfile, mekruh

¹⁴⁶ Fıkıh usulü literatüründe hüküm kavramının tanımında fukaha ekolündeki usulcülerle kelamcı metodu benimseyen usulcüler arasında farklı yaklaşım söz konusudur. Fukaha metodunu benimseyen usulcülere göre hüküm, “şâriin kulların fiillerine ilişkin hitabı ile sabit olan şey” veya “şâriin kulların fiillerine ilişkin hitabının eseri” şeklinde tanımlanmaktadır. Kelamcı metodu benimseyen usulcüler ise hükmü, “şâriin, mükelleflerin fiillerine ilişkin hitabı” şeklinde tanımlamaktadırlar. Bkz. Beyânûnî, “Hüküm”, s. 466. Tanımdaki bu farklılık, ekollerin hükmün kaynağına ya da mahalline odaklanmaları neticesinde meydana gelmiştir. Nitekim mütekellim metodu benimseyen usulcüler tanımında, hükmün sadır olduğu kaynak olan şâri' ve onun fiillerinden, fukaha metodunu benimseyen usulcüler ise hükmün bağlandığı mahalden yani mükelleflerin fiillerinden hareket etmişlerdir. Bkz. Zekiyyüddin Şa'bân, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2015, s. 226.

¹⁴⁷ Beyânûnî, “Hüküm”, s. 467.

¹⁴⁸ Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2016, s. 76.

¹⁴⁹ Mükellefin fiillerinin sonucu (eseri) olarak ifade edilen hukukî sonucu belirtmek üzere “ثبوت الملك” ifadesi kullanılmaktadır. Burada kastedilen akdin konusunun akid sonrasında alıcının mülkiyetine geçmesidir. Bkz. Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, Beyrut: Dâru sâder, 2011, s. 371.

ve haram ele alınmış ruhsat kavramı ise hakikat ve mecaz ayırımı yapılarak incelenmiştir.¹⁵⁰

Hüküm kavramının usul literatüründe kazanmış olduğu bu farklı anlamlar neticesinde akdin hükmü ifadesinin fukaha tarafından üç farklı anlamda kullanıldığını söyleyebiliriz. Birincisi, bir hukukî işlemin yapılıp yapılmamasına göre farz, mendup veya haram gibi uhrevî müeyyidesini belirtmek üzere kullanılan anlamdır. Buna göre hukukî işlem, yapılması veya yapılmamasına göre farz, vâcip, mubah veya haram gibi vasıflar kazanır. İkinci anlam yine bir hukukî işlemin, gerekli unsur ve şartlarını taşıyıp taşınamamasına göre, hukukî açıdan varlık kazanması veya geçerliliğine ilişkin dünyevî müeyyideyi belirtmek için kullanılır. Buna göre hukukî işlem kendisine varlık kazandıran rükünlerindeki bir eksiklikten dolayı varlık kazanamamışsa bâtil, vasıf veya şartlarındaki bir eksiklikten dolayı fâsid, ya da taraflar açısından bağlayıcı bir hukukî işlem ise lâzım gibi dünyevî hükümler kazanır. Üçüncü olarak da mükelleflerin gerçekleştirdikleri hukukî işlemlerin hukukî sonuçlarını belirtmek için kullanılır. Örneğin satım akdinin bir temlik akdi olması münasebetiyle taraflar, akdin gerçekleştirilmesinin bir sonucu olarak akid konusu mal ve bedeline mâlik olurlar.¹⁵¹ Kira (icâre) akdinde ise akdin kurulmasıyla kiracı (müstecir) akid konusu malın menfaatine, kiralayan (mûcir) ise üzerinde anlaşılan kira bedeline (ücret) malik olur.¹⁵²

2.1.2. Satım Akdinin Hükümünün Mülkiyetin İntikali Olması

İslam hukukunda satım akdi, mülkiyeti nakleden, ivazlı, her iki taraf için de bağlayıcı, rızâî bir akiddir.¹⁵³ Satım akdi kurulduğu andan itibaren akdin tarafları olan satıcı ve alıcı için bazı hukukî sonuçlar doğurur. Bu hukukî sonuçlar yukarıda da temas ettiğimiz üzere akdin mahiyeti ve tarafların akdi gerçekleştirmeye dönük asıl amaçları doğrultusunda gerçekleşen aslî hüküm ve tâbi hükümler şeklinde iki kısımdır. Aslî hüküm tarafların akdi gerçekleştirmelerindeki temel sebep, yani mülkiyetin intikalidir. Tâbi hükümler ise aslî

¹⁵⁰ Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, s. 370-377.

¹⁵¹ Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, s. 370-377; Muhammed Yûsuf Mûsâ, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, y.y.: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1987, s. 272; Hafif, *Ahkamü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*, s. 328.

¹⁵² Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, IV, 201.

¹⁵³ Bardakoğlu, "Bey", 14.

hükümün gerçekleşmesini sağlayan ikincil hak ve borçlardır. Bazı eserlerde yer alan “tâbi hüküm” ifadesi fıkıh literatüründe genellikle “akdin hukuku” şeklinde ifade edilir.¹⁵⁴

Tarafların akdi gerçekleştirmek için yöneldikleri hukukî sebep akdin mahiyetini ortaya koyar. Örneğin taraflar bir malın kullanımı ve bu kullanım karşılığında bir bedel almak için bir akde yönelmişler ayrıca akdin gerekli unsurları da yerine getirilmişse akid bir icâre akdi olarak doğar. Aynı şekilde taraflar bir malı bağışlama amacıyla hukukî işleme yönelmişler, akdin gerekli unsurlarını da yerine getirmişlerse hibe akdi meydana gelir. Örnekleri verilen bu akidlerin hukukî sonuçları da tarafların akdi gerçekleştirmeye dönük asıl gayeleri doğrultusunda gerçekleşir. Söz gelimi icâre akdinde bir taraf malın menfaatine mâlik olur, diğer taraf ise bunun bedeline mâlik olur.¹⁵⁵ Hibe akdinde mal, bağışlayanın mülkiyetinden çıkar bedelsiz olarak kendisine hibe edilenin mülkiyetine girer.¹⁵⁶

Satım akdine gelince bu akidde tarafların esas amacı alıcının akde konu edilen mala, satıcının ise bu malın bedeline mâlik olmasıdır. Akdin ne tür bir akid olacağını belirleyen hukukî sebep budur. Akdin gerekli unsur ve şartları gerçekleştiğinde akdin hukukî sonucu, tarafların gayelerine uygun olarak malın mülkiyetinin satıcıdan alıcıya, malın karşılığında ödenen bedelin mülkiyeti ise alıcıdan satıcıya intikali şeklinde gerçekleşir.

İslam hukukunda satım akdinde akid ile mülkiyetin intikal ettiği görüşü hakimdir. Akid kurulduğu andan itibaren mebiin mülkiyeti alıcıya, semenin mülkiyeti ise satıcıya derhal intikal eder.¹⁵⁷ Mülkiyetin intikali akdin konusunun kabzına bağlı değildir. Ayrıca akdin vadeli olması veya akid konusu malın menkul ya da gayri menkul gibi farklı türden mallardan olması bu durumu değiştirmez.¹⁵⁸ Bu sebeple satım akdi, akdin tamamlanmasının akid konusunun kabz edilmesine bağlanan âriyet, vedâ, rehin gibi aynî

¹⁵⁴ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 233, 243, 256; İbn Nüceym, *el-Bahrü 'r-râik şerhu Kenzi 'd-dekâik*, V, 282; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi 'l-muhtâr ale 'd-Dürri 'l-muhtâr*, IV, 506.

¹⁵⁵ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, IV, 201.

¹⁵⁶ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, VI, 127.

¹⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 65; Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 233; Mâverdi, *el-Hâvi 'l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvaz - Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994, V, 47-48; İbn Kudâme, *el-Muğnî*; Şehâbeddin Karâfi, *ez-Zehîre*, thk. Muhammed Bûhubze, Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1994, VII, 339; İbnü'r-Rif'a, *Kifâyetü 'n-nebîh fi şerhi 't-Tenbîh*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009, VIII, 407-408.

¹⁵⁸ Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî, *Mesâdiru 'l-hak fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1997, VI, 40-41.

akidler arasında sayılmamıştır.¹⁵⁹ Mülkiyetin intikalinin, akdin bizzat kendisi ile gerçekleşip ilave bir işleme ihtiyaç duyulmadığı, İslam hukukçularının ittifakla kabul ettiği bir husustur.¹⁶⁰ Bu durum fûrû meselelerinde açıkça görülmektedir. Hanbelî hukukçulardan İbn Kudâme'nin (ö. 620/1223) eserinde yer verdiği bir meseleyle bunu örneklendirebiliriz. Mesela bir kişi satın alıp henüz kabz etmediği bir malı ertesi gün kabz etmek üzere akid meclisinden ayrılrsa, teslim zamanı gelmeden önce satıcı müflis olarak öldüğünde, alıcı mebî' üzerinde satıcının alacaklılarına göre daha öncelikli olarak hak sahibidir. Zira alıcı henüz kabz etmemiş olsa da akid ile malın mülkiyetini elde etmiştir. Alıcının aynî hakkı, satıcının alacaklılarının haklarından daha önceliklidir.¹⁶¹

Şeybânî konu ile ilgili olarak aktardığı bir örnekte kişinin bir arazi ve içerisindeki ağaçları satın henüz alıcıya teslim etmeden arazi içerisindeki ağaçlarda satım sonrasında yetişen meyvelerden yemesi durumunda, alıcının başta anlaşılan fiyattan satıcının tükettiği meyvelerin kıymeti oranında eksilterek ödeme yapacağını belirtmektedir.¹⁶² Buradan anlaşılmaktadır ki, her ne kadar teslim ve kabz gerçekleşmemiş olsa da başta yapılan akid ile alıcı arazi ve ağaçların mülkiyetini elde etmiştir. Bunlardan elde edilen ürünler de mülkiyeti elde eden alıcıya aittir.

Konuyu destekleyen benzer bir izahı Hanefilerden Kâsânî yapmaktadır. Müellifin aktardığına göre bir kişi satın alıp kabz etmediği malı bir başkasına vasiyet etse ve henüz kabz gerçekleşmeden ölse, kabzdan önce yaptığı bu vasiyet geçerlidir. Aynı şekilde kişi satın aldığı bir malı henüz kabz etmeden ölse, bu malın mülkiyeti alıcının vârislerine intikal eder.¹⁶³ Bu örneklerden açıkça anlaşılmaktadır ki satın alınan mal kabz edilmemiş olsa dahi mülkiyet alıcıya intikal etmiştir.

Yukarıdaki anlatımdan farklı olarak kabzın satım akdinde önemini vurgulayan örnekler de mevcuttur. Nezîh Hammâd, satım akdinde alıcının semeni ödemedi ve henüz mebîi kabz etmeden önce iflas etmesi durumunda satıcının mebîi alıcı ve alıcının alacaklılarına karşı hapsetme hakkının bulunduğu konusunda ittifak ettiklerini aktarmaktadır. Alıcının semeni ödemedi fakat mebîi kabz ettikten sonra iflas etmesi

¹⁵⁹ Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebi'l-hukûkiyye, 1998, I, 116.

¹⁶⁰ Muhammed ez-Zühaylî, *el-Ukûdü'l-müsemmat*, Dımaşk: Matbaatü dâri'l-kitâb, 1990, s. 214.

¹⁶¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 565.

¹⁶² Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012, II, 549.

¹⁶³ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 180.

durumunda ise fukahanın ihtilaf ettiğini belirtmektedir. Aktardığına göre bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Hanefiler, İbn Şübrüme, Sevrî ve İbn Sîrîn'in içerisinde bulunduğu birinci grubun görüşüne göre alıcının mebîi kabz etmesi durumunda satıcının mebîi hapsedme hakkı ortadan kalkar. Alıcı semeni ödememiş olsa dahi alıcının iflası durumunda alacaklılar kabz etmiş olduğu mebîe el koyarak alacaklarını tahsil ederler. Zira satım akdi ile satıcının mülkiyeti ortadan kalkmıştır. Alıcının kabzı ile de satıcının mebîi hapsedme hakkı ortadan kalkmıştır. Bu görüşün karşısında yer alan Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîlerin bulunduğu gruba göre ise alıcı mebîi kabz etmiş olsa dahi satıcının hapis hakkı ortadan kalkmaz.¹⁶⁴

Satım akdinde taraflar her ne kadar akde akdin konusunun mülkiyetini elde etmek için yönelmiş olsalar da tarafların asıl gayeleri sahip oldukları mülkiyetin kendilerine sağladığı maddi yarar ile ortaya çıkmaktadır. Bu maddi yarar ancak akdin konusu malın ve bedelinin fiilî hakimiyetine sahip olmalarıyla meydana gelir. Bu fiilî hakimiyet ise mebî ve semenin kabzıdır. Bu sebeple kabz, taraflara ulaşmak istedikleri maddi yararı sağlayan bir işlem olması bakımından oldukça önemlidir.

Satım akdinde temelde iki ayrı safha karşımıza çıkmaktadır. Birincisi mülkiyetin intikalini sağlayan akid, diğeri ise akdin konusunun kabzıdır.¹⁶⁵ İslam hukuku eserlerinde satım akdinde kabzın gerçekleşip gerçekleşmemiş olmasına göre elde edilen mülkiyetin niteliğine yönelik önemli ayrımlar mevcuttur. Bu ayrımlar dikkatle incelendiğinde İslam hukuk sisteminde satım akdinin ne zaman tamamlandığı ve salt akid ile elde edilen mülkiyetin mahiyeti belirgin hale gelmektedir.

2.1.3. Satım Akdi ile İntikal Eden Mülkiyetin Mahiyeti

İslam hukukunda eşya üzerinde kurulan hak ve yetkiler bu yetkilerin gücüne göre milk, hukuk ve ibâha şeklinde tasnif edilmiştir. Milk kavramı eşya üzerinde sahibine verilen en güçlü yetkiyi ifade ederken, ibâha kavramı en zayıf yetkiyi ifade eder.¹⁶⁶ Milk, fıkıh

¹⁶⁴ Nezîh Hammâd, *el-Hiyâze fi 'l-ukûd fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, Dımaşk: Mektebetü dâri'l-beyân, 1978, s. 243-244. Mezheplerin konu ile ilgili görüşleri için ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 252; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 188, 286; Hatîb Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc ilâ ma 'rifeti meâni elfâzi 'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994, II, 473-474.

¹⁶⁵ Bardakoğlu, "Bey", s. 18.

¹⁶⁶ Hasan Hacak, "Milk", *DİA*, XXX, 62.

literatüründe malvarlığı haklarının yanı sıra nikâh ve ceza hukuku gibi fıkıhın diğer alanlarında da yer alan bir kavramdır.¹⁶⁷ Ancak bu kavram üzerinde ayrıntılı tasnif ve incelemeler daha çok malvarlığı hakları üzerinde yoğunlaşmıştır.¹⁶⁸

Satım akdi bir temlik işlemi olması sebebiyle nihayetinde mülkiyetin devrini konu edinir. Bu işlem neticesinde eşya üzerinde tesis edilmiş olan milk türündeki yetki, satıcıdan alıcıya intikal eder. Akid konusunun tesliminin bu yetkinin mahiyeti ve niteliğine olan etkisi çalışmamızda tespit edilmeye çalışılmıştır. Fıkıh literatüründe milk kavramı üzerinde yapılan tasnifler, söz konusu akidde intikal eden milkin mahiyetini belirlemek amacıyla ayrıntılı bir şekilde incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Milk terimi fıkıh literatüründe kapsam veya sahibine verdiği yetkinin gücüne göre iki farklı ayırıma tabi tutularak incelenmiştir. Kapsam bakımından yapılan tasnife göre milk, tam ve nâkıs milk şeklinde, sahibine verdiği yetkinin gücüne göre ise tam ve zayıf milk şeklinde tasnif edilmiştir. Buna göre kapsam bakımından tam milk, nâkıs milkin karşıtı olarak kullanılırken, sahibine verdiği yetkinin gücüne göre yapılan tasnife göre tam milk, zayıf milkin mukabili olarak kullanılmıştır.

2.1.3.1. Milk Teriminin Kapsam Bakımından Ayırımı

Fıkıh literatüründe milk, ağırlıklı olarak ayn ve menfaat ayırımı üzerinden incelenmiştir. Bu ayırım milkin kapsamına yönelik yapılmış bir ayırımdır. Buna göre milk bir ayn üzerinde veya bir menfaat üzerinde tesis edilen yetkiyi ifade eder.¹⁶⁹ Milkin kapsamına göre yapılan bu ayırimda kişinin bir malın hem ayn (maddi varlığı) hem de menfaatine mâlik olması “milkü’l-ayn ve’l-menfaa” şeklinde ifade edilmiştir. Bu şekildeki ayn ve menfaati birlikte bünyesinde barındıran milk türü, eşya üzerinde milkin en kuvvetli hali olan mülkiyet hakkını belirtir. Bu hakka sahip olan kişi, eşyanın hem aynına hem de menfaatine mâlik olur. Mülkiyet hakkının niteliği açısından bakıldığında bu milk türü milk-i tâmdır.¹⁷⁰ Milkin menfaat olmaksızın yalnızca ayn üzerinde tesis edilmesi

¹⁶⁷ Milk kavramının aile hukuku ve ceza hukuku ile ilgili “milkü’n-nikâh” ve “milkü’l-kisâs” kavramlarının kullanımı için bkz. İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadir*, III, 394, IV, 429.

¹⁶⁸ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 219.

¹⁶⁹ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s.188.

¹⁷⁰ Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân ilâ ma’rifeti ahvâli’l-insân fi’l-mu’âmelâti’s-şer’iyye*, nşr. Muhammed Ahmed Serrâc - Ahmed Câbir Bedrân, Kahire: Dârü’s-Selâm, 2011, md. 11; Hacak, “Milk”, s. 63; Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 190.

“milkü’l-ayn bilâ menfaa”, yalnızca menfaat üzerinde tesis edilip aynına mâlik olmadan tesis edilen milk ise “milkü’l-menfaa bilâ ayn” şeklinde isimlendirilir. Yalnızca menfaat üzerinde tesis edilen milkin belli kısıtlamalar neticesinde tasarruf yetkisi bulunmayıp salt yararlanmadan ibaret olan kısmı ise “milkü’l-intifâi’l-mücerred” şeklindedir. Bu şekilde ayn ve menfaat ikilisi üzerinde tesis edilen milk niteliğindeki hakların dörtlü bir tasnife tabi tutulması daha çok Hanefî mezhebi dışındaki hukukçuların benimsediği bir tasniftir.¹⁷¹ Hanefî mezhebinde ise milkin yalnızca ayn (milkü’l-ayn bilâ menfaa) veya yalnızca menfaat (milkü’l-menfaa bilâ ayn) ya da her ikisi üzerinde bulunan milk (milkü’l-ayn ve’l-menfaa) türü kabul edilmekte, “milkü’l-intifâi’l-mücerred” şeklindeki dördüncü bir ayırım ise milk olarak nitelendirilmemektedir.¹⁷²

Kapsam açısından yapılan bu ayırımlarda milkin yalnızca ayn üzerinde veya yalnızca menfaat üzerinde olması milkin sahibine verdiği yetkiyi sınırlamaz. Söz gelimi milk, yalnızca ayn üzerinde tesis edilmiş bir yetkiyse, kişi söz konusu ayn üzerinde milk hakkının verdiği bütün yetkilere sahiptir. Aynı şekilde milk, bir menfaat üzerinde tesis edilmişse milk hakkına sahip olan kişi o menfaat üzerinde milkin verdiği bütün yetkilere sahiptir.¹⁷³

Klasik fûrû-i fıkıh eserlerinde ayn ve menfaat mülkiyeti üzerinde tesis edilen mülkiyetin tam veya nâkıs olmasına ilişkin kategorik bir tasnif çok net olarak işlenmemiştir. Bunun yerine özellikle kavâid türü eserlerde milkin kapsamına yönelik ayırım olan ayn veya menfaat ya da ayn ve menfaatin birlikte bulunduğu durumları belirten tasnifler söz konusudur. Bu tasniflere ilişkin bir üst sınıflama olan tam ve nâkıs mülkiyet şeklindeki ayırım ve isimlendirmeye daha çok çağdaş İslam hukuku eserlerinde rastlanmaktadır.

Milkin kapsamı bakımından ayn ve menfaat temelli yapılan bahsi geçen tasnif, çağdaş İslam hukukçularının çoğu tarafından iki kısma ayrılarak incelenmiştir. Buna göre milk hem ayn hem de menfaat üzerinde tesis edilmiş ise “tam milk”, yalnızca ayn veya yalnızca menfaat üzerinde tesis edilmişse “nâkıs milk” şeklinde nitelendirilmiştir.¹⁷⁴

¹⁷¹ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 188-219; Zeynuddîn Abdurrahman b. Ahmed İbn Receb, *el-Kavâ'id*, y.y: Dârü'l-fikr, t.y, II, 283.,

¹⁷² Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 212; Zeynuddin b. İbrâhim İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999, s. 303.

¹⁷³ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 188.

¹⁷⁴ Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal li dirâseti'sherî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-risâle nâşirûn, 2005, s. 213-214; Ali el-Hafîf, *el-Milkiyye fi'sherî'ati'l-İslâmiyye*, y.y.: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1996, s. 53-

2.1.3.1.1. Tam Milk

Milk teriminin kapsamına göre yapılan tasnifte tam milk, eşyanın hem ayn hem de menfaatine (milkü'l-ayn ve'l-menfaa) mâlik olmayı ifade eder. Eşyanın yalnızca aynına malik olmak çıplak mülkiyet şeklinde ifade edilmiştir. Klasik fıkıh eserlerinde kullanılan rakabe mülkiyeti de ayn üzerinde tesis edilen mülkiyeti ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁷⁵

2.1.3.1.2. Nâkıs Milk

Nâkıs milk, milk kavramının kapsamı bakımından yapılan ayırma göre eşyanın yalnızca ayn (milkü'l-ayn bilâ menfaa) veya sadece menfaati (milkü'l-menfaa bilâ ayn) üzerinde milkin tesis edilmesini ifade eder. Eşyanın yalnızca aynına mâlik olan kişi eşya üzerinde “rakabe mülkiyeti” şeklinde de ifade edilen çıplak mülkiyete sahiptir. Eşyanın yalnızca menfaatine mâlik olan kişinin eşya üzerindeki milk yetkisi ise eşyanın kullanım ve yararlanmasıyla sınırlı olup rakabe mülkiyetinin verdiği yetkilerden mahrumdur.¹⁷⁶

Rakabe mülkiyeti, çoğunlukla menfaat mülkiyeti ile birlikte bulunur. Menfaat mülkiyeti olmaksızın eşya üzerinde yalnızca ayn mülkiyetinin varlığı ile tesis edilen milk türü sık görülen bir mülkiyet türü değildir. Rakabe mülkiyetinin menfaat mülkiyetinden ayrı olması vasiyet işleminde görülür. Kişinin mülkiyeti altında bulunan malının menfaatini bir başkasına vasiyet etmesi durumunda, vasiyette bulunan kişi ölürse vasiyet edilen kişi malın menfaatine, mirasçılar ise malın rakabesine mâlik olur. Ayrıca kişi terekesindeki malın aynını birisine menfaatini de bir başkasına vasiyet ettiğinde yine ayn ve menfaat mülkiyeti ayrılmış, birisi yalnızca ayna diğeri ise yalnızca menfaate mâlik olmuş olur.¹⁷⁷

Sadece ayn menfaatine mâlik olmak sadece menfaat mülkiyetine malik olmaya nispetle daha nadir görülmektedir. Bu durum tarafların karşılıklı bir hukukî işlem

55; Mûsâ, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 34; Muhammed Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1996, 67-68; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, Dimaşk: Dârü'l-kalem, 2004, I, 339.

¹⁷⁵ Hafif, *el-Milkiyye fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, s. 51; Hafif, *Ahkamü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*, s. 45.

¹⁷⁶ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, s. 67-68.

¹⁷⁷ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 208.

gerçekleştirmesi ile ortaya çıkabildiği gibi tek taraflı hukukî işlemlerle de meydana gelebilmektedir. Sahibine menfaat mülkiyeti kazandıran hukukî işlemler kira, vasiyet, vakıf, ariyet, iktâ ve irtifak sözleşmesi gibi işlemlerdir.¹⁷⁸

Hanefî mezhebi dışındaki hukukçuların milk olarak nitelendirdiği milkü'l-intifâi'l-mücerred türü milkte hak sahibi, yalnızca eşyanın menfaatinden yararlanma yetkisine sahiptir. Bu yetki hak sahibine özgüdür. Hak sahibi, bu yetki üzerinde tasarrufta bulunup başkasına devredemez. Literatürde bu milk türünün kapsamına dahil olan hukukî işlemlerin neler olduğuna ilişkin farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, genellikle âriyet akdinde âriyet alan kişinin milki, nikah akdinde kocanın sahip olduğu “milkü'l-intifâi'l-bud” veya “milkü'l-menfaati'l-bud” şeklinde ifade edilen “milkü'l-bud” gibi haklar sayılmıştır.¹⁷⁹

2.1.3.2. Milk Teriminin Sahibine Verdiği Yetkinin Gücü Bakımından Ayırımı

Milk terimini kapsamı bakımından ele alan çoğunluk çağdaş İslam hukukçusu, milkin sahibine verdiği yetkinin gücüne göre yapılan bir ayırıma gitmeyip bu hususa “tam milk” ve “nâkıs milk” milk ayırımı içerisinde kısaca yer vermişlerdir.¹⁸⁰ Milkin sahibine verdiği yetkinin gücüne göre ayrıca bir tasnife tabi tutulmasına pek rastlanmamaktadır. Öte yandan dikkatle bakıldığında klasik fıkıh kaynaklarında, milkin kapsam bakımından ayırımının yanı sıra, sahibine verdiği yetkinin gücüne ilişkin yapılan bir ayırımın varlığı da dikkat çekmektedir.¹⁸¹ Bu ayırım kişinin sahip olduğu milki tam mânasıyla kullanıp kullanamamasına göre “tam milk” veya “zayıf milk” şeklinde ortaya çıkar. Tam milk, eşyanın kullanılması, tüketilmesi, hukukî işlemlere konu edilebilmesi gibi her türlü tasarrufu mümkün kılarken aynı zamanda üçüncü kişilere karşı da bu hakkın ileri sürülebilmesi bakımından oldukça geniş yetkiler verir. Öte yandan zayıf milk bütün bu yetkilerin tamamını vermeyip belli açılardan hak sahibinin yetkilerini sınırlar.

¹⁷⁸ Menfaat mülkiyeti kazandıran hukukî işlemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 201-207; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, s. 71.

¹⁷⁹ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 215-216.

¹⁸⁰ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, s. 67-68; Hafif, *el-Milkiyye fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, s. 51-55.

¹⁸¹ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 227-232.

Yukarıda milkin kapsamına göre yapılan ayırimda milkin tam milk ve nâkıs milk şeklinde iki kısma ayrıldığından bahsetmiştik. Milkin sahibine verdiği yetkinin gücü bakımından yapılan ayırimda ise milk, “tam milk” ve “zayıf milk” şeklinde iki kısma ayrılmaktadır.

2.1.3.2.1. Tam Milk

Milkin sahibine verdiği yetkinin gücü bakımından tam milk, iç ve dış muhtevası bakımından tüm unsurlarını taşıyan bir milk türünü ifade eder. Milkin iç muhtevası, hak sahibine eşya üzerinde kullanma, yararlanma, tüketme, zilyedliğinde bulundurma ve hukukî işlemlere konu etme gibi mutlak bir tasarruf yekisi verir. Dış muhtevası ise sahip olduğu hakkın üçüncü kişilere karşı durumunu ifade eder. Milk sahibi, milkin iç muhtevası ile sahip olduğu bütün hakları milkin dış muhtevası vasıtasıyla koruma altına alıp söz konusu hakları ihlal edenlere karşı dış muhtevasına ilişkin bu hakkı ileri sürebilmektedir.¹⁸² Bu tür bir milke sahip olan kişi, eşya üzerinde tam bir aynî hakka sahip olur. Bu bakımdan tam milk, modern hukuk sistemlerinde eşyayı kullanma, tüketme ve başkasına devretme gibi sahibine en geniş yetkileri veren “mülkiyet hakkı”na karşılık gelir.¹⁸³

2.1.3.2.2. Zayıf Milk

Tam milk, sahibine kullanma, tüketme, yararlanma ve hukukî işlemlere konu etme gibi en geniş yetkileri verirken,¹⁸⁴ zayıf milk güçsüz ve tam mânasıyla oluşumunu tamamlamamış olması sebebiyle sahibine bu geniş yetkileri vermez. Sahibine verdiği yetkinin gücüne göre yapılan bu ayırimda kişi eşyanın ayn ve menfaatinden yalnızca birine mâlik olsa da sahip olduğu milk tam milk olarak nitelendirilebilir. Çünkü bu ayırimda milkin kapsamının ayn mı yoksa menfaat mi olduğu önemli değildir. Burada önemli olan milkin kapsadığı ayn veya menfaatin ya da her ikisinin üzerindeki yetkinin

¹⁸² Hacak, “Milk”, s. 62-63.

¹⁸³ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 227; Hacak, “Milk”, s. 63; Akipek ve diğer., *Eşya Hukuku*, s. 19.

¹⁸⁴ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân fi'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*, md. 11.

gücü ve mahiyetidir. Bu açıdan bakıldığında tam milk sahibi, bu yetkiyle eşya üzerinde en geniş yetkileri kullanabilir. Ancak milk, oluşumunu tamamlamamış ve zayıf bir milk ise ayn ve menfaatin her ikisini kapsıyor olsa bile sahibinin tasarrufları kısıtlıdır. Bu durum mâlikin sahip olduğu yetkinin mahiyetiyle alakalıdır.

Hemen belirtmeliyiz ki, fıkıh eserlerinde zayıf milk ve nâkıs milk bazen birbirinin yerine kullanılabilmektedir. Kimi zaman zayıf milki ifade etmek üzere nâkıs milk ifadesinin kullanıldığına rastlanmaktadır.¹⁸⁵

Klasik fıkıh literatüründe milkin sahibine verdiği yetkinin gücüne göre yapılan tasnif, milkin kapsamına göre yapılan tasnife göre daha az ele alınmakla birlikte bazı kavâid eserlerinde buna ilişkin farklı tasniflere rastlanmaktadır. Şâfiî hukukçu Zerkeşî (ö. 494/1392) milk terimini önce “tam milk” ve “zayıf milk” şeklinde bir ayırma tabi tutup ardından “müstakir milk” ve “gayri müstakir milk” şeklinde ikinci bir ayırma daha tabi tutmuştur. Birinci ayırma göre tam milk, sahibine her türlü tasarruf imkanı veren geniş bir yetkiyi ifade ediyorken, zayıf milk tam milkin aksine sahibine her türlü tasarruf imkanını vermez. Müellif zayıf milke, satım akdinde akid konusu mebûin kabzedilmeden önceki durumunu örnek göstermektedir. Mebûin henüz kabzedilmeden, başka bir satım akdine konu edilemiyor olması, milkin zayıflığı sebebiyledir.¹⁸⁶ “Müstakir milk” ve “gayri müstakir milk” şeklindeki ikinci ayırmada ise müstakir milke, satım akdinde mebûin kabzından sonra semenin mülkiyetinin durumunu, gayri müstakir milke ise yine satım akdinde mebûin kabzından önce semenin durumunu örnek gösterir. Öyle ki mebû kabz edilmeden semen satıcıya teslim edilmiş olsa ve üzerinden de bir yıl geçmiş olsa semenin mülkiyetinin gayri müstakir olması sebebiyle satıcı zekât sorumluluğu altında değildir.¹⁸⁷ Zira alıcı mebûi henüz kabz etmediği için satıcının semen üzerindeki milki gayri müstakir milktir. Milk kavramının müstakir ve gayri müstakir şeklindeki ayırımını Suyûtî (ö. 911/1505) de yapmaktadır. Milkin müstakir olmasında teslim fiiline vurgu yapan müellif, milkin müstakir olması için satım akdinde mebû, selem akdinde müslemün fih, sulhte musâleh aleyh ve nikâh akdinde muayyen hale getirilen mehir için teslim fiilinin gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Satım akdinde semen

¹⁸⁵ Örnek kullanım için bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 287.

¹⁸⁶ Bedreddîn ez-Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâ'id il-fikhiyye*, b.y.: Vizâratü'l-Evkâfi'l-Kuveytiyye, 1985, III, 238.

¹⁸⁷ Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâ'id il-fikhiyye*, III, 240.

teslim edilmiş olsa bile mebî‘ üzerinde alıcının mülkiyetinin kabzdan önce gayri müstakir olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁸ Satım akdinde kabzdan önce alıcının mebî‘ üzerindeki milkinin gayri müstakir olduğunu Hanefî hukukçulardan İbn Nüceym (ö. 970/1563) de belirtmiştir. Müellif ayrıca milkin kabz ile müstakir olması için akidde muhayyerliğin söz konusu olmaması gerektiğini ilave etmiştir.¹⁸⁹

İslam hukukunda milk kavramının sahibine verdiği yetki açısından ayırımının varlığına vurgu yapan Hacak, zayıf milkin satım akdinde kabz öncesi alıcının mebî‘ üzerindeki hakkı ve tam olarak milk niteliğinde olmayan yarı aynî hak türlerini belirtmek üzere iki şekilde kullanıldığı tespiti yapmaktadır.¹⁹⁰ Bu iki durumun yanı sıra literatürde muhayyerliğin de milkin tam bir milk olmasına yönelik bir engel olduğu ve muhayyerlik söz konusu olduğunda milkin zayıf milk olacağı belirtilmiştir.¹⁹¹ Milkin zayıf milk olarak nitelenmesini gerektiren husus özellikle satıcının muhayyerliğinde söz konusu olur. Muhayyerlik ile olan ilgisine ileride daha ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Milk teriminin kapsamı ve sahibine verdiği yetkinin gücüne ilişkin yapılan her iki tasnif de göz önünde bulundurulduğunda, milk bir açıdan tam milk olsa da diğer açıdan tam milk olarak nitelenmeyebilir. Örneğin kapsam bakımından milk hem ayn hem de menfaat mülkiyetini haiz olup tam milk niteliği kazanmasına rağmen sahibine verdiği yetkinin gücü bakımından zayıf milk olabilir. Bu durumda milkin sahibine verdiği yetkiler kısıtlı olur. Ayrıca milk kapsam bakımından ayn veya menfaatin yalnızca biri üzerinde tesis edilmiş nâkıs milk olduğu halde sahibine verdiği yetkinin gücü bakımından tam milk olabilir. Ancak her iki açıdan da milk, tam milk olma özelliğini kazanmışsa hem iç muhtevası hem de dış muhtevası bakımından modern hukukta mülkiyet hakkının verdiği yetkileri sahibine bahşeder. Buna göre kişi eşya üzerinde milkin iç muhtevası bakımından her türlü tasarrufta bulunabilir. Eşyayı kullanabilir, tüketebilir, semerelerinden faydalanabilir ve hukukî işlemlere konu edebilir. Ayrıca sahip olduğu bu hakkı milkin dış muhtevası bakımından üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir.

¹⁸⁸ Celâleddin Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1983, s. 326.

¹⁸⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 302.

¹⁹⁰ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 228-230.

¹⁹¹ İbnü'r-Rif'a, *Kifâyetü'n-nebih fi şerhi't-Tenbih*, 8, 411-413; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 301-302.

2.2. SATIM AKDİNDE KABZIN MÜLKİYETİN İNTİKALİNE ETKİSİ

İslam hukukunda satım akdinde akdın konusu mebî‘ ve semenin kabzı, tarafların akdi gerçekleştirmekle ulaşmak istedikleri faydayı temin eden işlemdir.¹⁹² Fıkıh literatüründe satım akdinin aslî hükmü mülkiyetin intikali, akdın hukuku şeklinde de ifade edilen akdın aslî hükmüne tabi olan hükümler ise mebî‘ ve semenin teslimi, semen ödenene kadar satıcının mebîi hapsedme hakkı gibi aslî hükmün gerçekleşmesini sağlayan hak ve borçlardır.¹⁹³ Akdın hukuku, akdın hükmü ile birlikte doğar ve akdın hükmünün gerçekleşmesini destekler.¹⁹⁴ Akdın hukuku içerisinde akid konusunun kabz ve teslimi birinci önceliğe sahiptir. Bu sebeple akdın hukuku içerisinde akid konusunun kabz ve teslimi daima ilk sırada sayılmıştır.

Mutlak satım akdinde akdın kurulması ve geçerliliği için kabzın gerçekleşmiş olması şart değildir.¹⁹⁵ Ancak kabz, akdın tamamlanmasına ve istikrar kazanmasına çeşitli derecelerde etki etmektedir.

2.2.1. Satım Akdinde Kabzdan Önce Mebî‘ Üzerindeki Mülkiyetin Durumunu Belirten Kavramlar

Fıkıh literatüründe mebîin kabzından önce, alıcının mebî‘ üzerindeki mülkiyetinin mahiyetini ifade etmek üzere farklı kavramlar kullanılmıştır. Bu kavramlar mülkiyetin kapsamına yönelik bir değerlendirmeden ziyade mülkiyetin niteliğini belirtmektedir.

¹⁹² Şevket Topal, *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet*, Ankara: STS Yayınları, 2014, s. 114.

¹⁹³ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi*’, V, 243, 249. Ali Haydar Efendi, Mecelle şerhinde akdın hukukunun “1. İştirâ olunan malı kabz, 2. bunun parasını te’diye, 3. bey’olunan malın semenini kabz, 4. bunun semenini kabz için bir kimesneyi tevkil, 5. bey’olunan malın semenini te’cîl, 6. bunun semenini müşteriye hibe, 7. bunun semeninden müşteriye ibra, 8. mebî’in ayıbı mukâbilinde semen-i mebî’i hatt, 9. satılan malı hıyâr-ı ayb ile redd, 10. ayıbını ikrâr eylemek gibi şeylerdir.” şeklinde olduğunu aktarmıştır. Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerü ‘l-hükkâm şerhu Mecelleti ‘l-Ahkâm*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017, III, 2346 (md. 1377).

¹⁹⁴ Hasan Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 40.

¹⁹⁵ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi*’, V, 216.

2.2.1.1. Kabzdan Önce Mülkiyetin Zayıf Olması

Satım akdinde icap ve kabulün ardından akid kurulmuş olsa da mebiin kabz ve tesliminin henüz gerçekleşmemiş olması, alıcının akid ile elde ettiği aynî hakkın henüz kamil mânada gerçekleşmemiş olması sonucunu doğurur. Yukarıda da temas ettiğimiz üzere bazı Şâfiî hukukçular kabz öncesi mebî‘ üzerindeki milkin, zayıf bir milk olduğunu belirtmişlerdir.¹⁹⁶ Ayrıca kabzdan önce satım yasağı da, söz konusu milkin zayıflığı ile ilişkilendirilmişlerdir.¹⁹⁷ Yukarıda da kısaca temas edildiği gibi bu durumu belirtmek üzere özellikle kavâid eserlerinde “gayri müstakir milk” ve “zayıf milk” şeklinde nitelendirmeler mevcuttur.¹⁹⁸ Satım akdinde kabzdan önce bu şekilde zayıf olarak nitelendirilen bir milk, henüz tamamlanmamış bir milktir. Söz konusu milk tam olabilmesi için kabza ihtiyaç duymakta ve ancak kabz ile “müteekkid” hale gelmektedir.¹⁹⁹

Kabzdan önce mebî‘ üzerinde tesis edilen mülkiyetin zayıf olduğu gibi satıcının henüz kabz etmediği semen üzerindeki milk de zayıf bir milk olarak nitelendirilmiştir. Gerekçe olarak ivazlı akidlerde tarafların eşitliğinin sağlanması gerektiği, bunun da semenin kabzı ile gerçekleşeceği belirtilmiştir.²⁰⁰

2.2.1.2. Mülkiyetin Kabz ile Müteekkid Olması

Fıkıh literatüründe satım akdinde kabzdan önce mebî‘ üzerinde tesis edilen mülkiyetin durumunu ifade etmek için kullanılan kavramlardan birisi de “teekküd” kavramıdır. Kabzdan önce aynî hakkın tam mânasıyla gerçekleşmemiş olması ve alıcının mebîi henüz kabz etmeden mebîe ilişkin birtakım tasarruflarının kısıtlanmış veya engellenmiş olduğunu belirtmek için “teekküd” kavramı kullanılmıştır. Ayn üzerinde mülkiyetin tesisi akid ile olur, ancak mülkiyetin sahibine en geniş yetkileri veren bir mülkiyet olması için mebiin kabz ile teekküd etmesi gerekir.²⁰¹

¹⁹⁶ Zerkeşi, *el-Mensûr fî'l-kavâ'id il-fikhiyye*, III, 238.

¹⁹⁷ Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe*, IX, 266.

¹⁹⁸ Bkz. 2.1.3.2.2. no'lu başlık.

¹⁹⁹ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 229-231.

²⁰⁰ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 152.

²⁰¹ Milkin kabz ile teekküd edeceğini, kabzdan önce milkin “gayri müteekkid” olduğunu Kâsânî, "الثابت", *Bedâiu's-sanâi*, V. "بنفس البيع ملك غير متأكد وإنما التأكد بالقبض

2.2.1.3. Mülkiyetin Kabz ile İstikrar Kazanması

Satım akdinde mebîin kabzından önce mebî' üzerindeki mülkiyetin durumunu belirten kavramlardan birisi de "istikrar" kavramıdır. Daha önce de temas edildiği üzere Zerkeşî milk kavramının tasnifini yaparken milki, tam ve zayıf milk şeklindeki ayırımın yanı sıra "müstakir" ve "gayri müstakir" şeklinde bir ayırıma daha tabi tutmuştur. Müstakir milke satım akdinde mebîin kabzından sonra semen üzerindeki mülkiyeti, nikâhta ise zifâf sonrası mehrin durumunu örnek vermiştir. Buna göre mebî' kabz edildikten sonra helâk olsa da semen sakıt olmaz. Ayrıca kadın zifâf sonrası kesin olarak mehre hak kazanır.²⁰² Zerkeşî'nin net bir şekilde ayırımını yaptığı tasnif gibi çoğu İslam hukukçusu bu şekilde net bir ayırım yapmasa da kabzdan önce müşterinin mebî' üzerindeki mülkiyetinin müstakir olmadığını, ancak kabz ile müstakir olacağını belirtmişlerdir.²⁰³

Kabzdan önce alıcının mebî' üzerindeki mülkiyetinin, mebîi kullanma, tüketme ve hukukî işlemlere konu edebilme imkanı gibi sahibine en geniş yetkileri veren bir mülkiyet olmayıp, bilakis zayıf ve eksik bir mülkiyet olduğu İslam hukukunda ağırlıkla kabul edilen bir görüş olduğu görülmektedir. Buna göre kabzdan önce akid ile ayn üzerinde tesis edilen mülkiyet, dış muhtevası bakımından bir aynî hak olup iç muhtevası bakımından gerekli yetkileri veren bir aynî hak değildir.²⁰⁴

Kabzdan önce milkin niteliğine ilişkin zayıf, müteakkid ve müstakir şeklindeki nitelendirmeler esasında birbirinden mahiyet itibariyle farklı kavramlar olmayıp kabz öncesi mülkiyetin kabzdan sonraki mülkiyete göre zayıf bir mülkiyet olduğunu belirtmek üzere kullanılmıştır. Zira bu kavramların izahı sadedinde kullanılan örnekler çoğunlukla aynıdır.²⁰⁵

264. Ayrıca benzer kullanımlar için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 9-67; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 287; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 462.

²⁰² Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâ'id il-fikhiyye*, III, 240.

²⁰³ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, III, 176; Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Muhezzeb*, IX, 264; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 325; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 302; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 274.

²⁰⁴ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 230.

²⁰⁵ Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 231; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 325; Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Muhezzeb*, IX, 264, 266.

2.2.2. Satım Akdinde Kabzın Mülkiyeti Tamamlayıcı Unsur Olması

Satım akdi gerekli unsur ve şartları yerine getirilerek kurulup akdin hükmünü geciktiren veya engelleyen bir durum bulunmadığı sürece akdin konusu ve bedeli üzerinde taraflara mutlak milk kazandırır.²⁰⁶ Bu bakımdan satım akdi, hüküm doğurması akid konusunun teslim ve tesellümüne bağlı olan hibe, âriyet, vedâ, karz ve rehin gibi akidlerden ayrılır. Zira bu akidlerin hüküm doğurması akdin konusunun kabzına bağlıdır. Akdin hüküm doğurması bir aynın kabzına bağlı olması sebebiyle de “aynî akidler” olarak isimlendirilirler.²⁰⁷ Satım akdi ise hüküm doğurması için kabzın şart koşulmadığı bir akiddir.²⁰⁸ Ancak satım akdinde henüz kabz ve teslim gerçekleşmemişse bu durum salt akid ile mutlak milkin elde edilmesine karşı bir engeldir. Bu durumu Hanefî hukukçulardan Kâsânî, akdin konusu kabz edilmeden önce akdin tamamlanmamış olduğunu,²⁰⁹ kabz öncesi milkin akdin infisâhı ihtimali sebebiyle güçlendirilmiş bir milk vasfı kazanmadığını, bunun ancak akdin konusunun teslim ve tesellümü ile gerçekleşeceğini belirtir. Kabz öncesi alıcının akid ile elde ettiği milkte mevcut olan eksiklik, akid açısından da bir eksiklik meydana getirir.²¹⁰ Benzer bir değerlendirmeyi yine Hanefî hukukçulardan Serahsî de yapmaktadır. Akid konusu üzerinde milkin tesis edilmesine dönük sebebin akdin kendisi olduğunu belirten Serahsî, akdin tamamlanmasının da kabz ile gerçekleşeceğini ifade etmektedir.²¹¹

2.2.3. Satım Akdinde Kabzdan Önce Tasarruf

Satım akdinde kabzdan önce tasarrufun iki veçhesi vardır. Birincisi mebû ile ilgilidir. Satım akdinin konusu olması bakımından mebû üzerinde tasarruf ile ilgili görüşler, mebûin ne tür mallardan olduğuna göre çeşitlilik arz etmekte, bu sebeple detaylı bir

²⁰⁶ Zeylaî, *Tebyînü 'l-hakâik*, V, 232.

²⁰⁷ Zerkâ, *el-Medhalü 'l-fikhiyyü 'l-'âm*, I, 419.

²⁰⁸ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 216.

²⁰⁹ Kâsânî kabz ile akdin tamamlanmasına ilişkin “ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة؛ لأن “الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وإنما التأكد بالقبض” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 264. Müellif yine satım akdi ile ilişkili olarak “أن الصفقة ليست بتمامة قبل القبض” ifadesiyle bu hususu benzer bir şekilde ifade etmiştir. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 287.

²¹⁰ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 287.

²¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 72. Akdin tamamlanmasının kabz ile olacağına dair ayrıca bkz. Zeylaî, *Tebyînü 'l-hakâik*, IV, 29-30.

incelemeyi gerektirmektedir. Diğeri ise semen üzerinde tasarruftur. Aşağıda ayrı başlıklar halinde bu konuyu inceleyeceğiz.

2.2.3.1. Satım Akdinde Kabzdan Önce Mebûde Tasarruf

Satım akdinin kurulmasının akabinde kabzdan önce alıcının akdin konusu üzerindeki yetkileri kabzdan sonraki yetkileri ile aynı derecede değildir. Alıcının kabz öncesi yetkileri kabz sonrasında elde ettiği tam mülkiyet hakkı gibi geniş olmayıp özellikle alıcının akdin konusu üzerindeki birtakım tasarrufları kısıtlanmaktadır.

Eşyaya herhangi bir şekilde mâlik olup tam mülkiyet hakkına sahip olan bir kişi mülkiyet hakkının iç ve dış muhtevası kapsamı içerisinde, eşyayı kullanabilir, tüketebilir veya hukukî işlemlere konu etmek suretiyle eşyanın aynını veya menfaatini bir başkasına ivazlı veya ivazsız olarak temlik edebilir. Mâlikin eşyayı kullanması veya tüketmesi eşya üzerinde gerçekleşen birtakım fiilî eylemler kapsamında olduğu için daha çok eşyanın zilyedliğini elinde bulundurmasıyla ilişkilidir. Kişi sadece zilyedliğinde bulunan bir malı tüketebilir veya kullanabilir, zilyedliğinde bulunmayan malı kullanması veya tüketmesi söz konusu değildir. Mâlikin eşyayı hukukî işlemlere konu etmesi ise doğrudan zilyedlikle alakalı değildir. Nitekim kişi bir malın mâliki olduğu halde zilyedliğini elinde bulundurmuyor olabilir. Dolayısıyla malın zilyedliğini elinde bulundurmadan birtakım hukukî işlemlere konu etmesi mümkündür. Malın tüketimi ve kullanımı zilyedliğinin elde bulundurulması ile alakalı olduğuna göre kabz öncesi akdin konusu üzerinde tasarruf, daha çok hukukî işlemlere konu edilebilmesi ile alakalı olup mal üzerindeki fiilî işlemlerle alakalı değildir. Satım akdinde alıcının mebû' üzerindeki zilyedliği ancak kabz ile sağlandığına göre kabzdan önce alıcının mebû' üzerinde fiilî eylemlerde bulunması doğal olarak mümkün değildir. Ancak bir malın hukukî işlemlere konu edilmesi doğrudan malın zilyedliğini elinde bulundurmayla alakalı değildir. Bu noktada satım akdinde mebûin hukukî işlemlere konu edilmesi ihtilaflıdır. Bu ihtilaf özellikle eşyanın menkul-gayri menkul, ölçülebilir olması veya gıda maddesi olup olmaması bakımından kendini göstermektedir.

Satım akdinde akdin konusu malın kabzdan önce satımına ilişkin önemli bir ayırım menkul ve gayri menkul ayırımıdır. Bu ayırım genellikle Hanefî hukukçular

tarafından benimsenmiştir.²¹² Kabzdan önce tasarrufun cevazına ilişkin değerlendirmeleri bu ayırım üzerinden inceleyeceğiz.

2.2.3.1.1. Menkul Mallarda Kabzdan Önce Tasarruf

“Menkul mallar” bir mekandan başka bir mekana nakledilmesi ve taşınması mümkün olan mallara denir.²¹³ Türk hukukunda menkul mallar, “taşınır” mallar olarak isimlendirilmiştir.²¹⁴ Hukukî işlemin konusunu menkul malın oluşturduğu bir satım akdinde alıcının henüz kabz etmediği menkul malı hukukî işlemlere konu edebilmesi, özellikle de satım akdine konu edip bir başkasına satabilmesi İslam hukukunda tartışma konusu edilmiştir.

İslam hukukçuları satım akdi sonrasında henüz kabz edilmemiş olan mal üzerindeki hukukî tasarruflar hakkında konu ile ilgili rivayetlerle de bağlantılı olarak ayrıntılı inceleme ve değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Söz konusu malın menkul ve gayri menkul şeklinde ayırımının yanı sıra gıda maddesi olup olmaması veya ölçüm gerektirip gerektirmemesi şeklinde farklı ayırımlarla bu farklılıklar çeşitlenmiştir.²¹⁵

Hanefî hukukçular satım akdinde alıcının kabzdan önce tasarrufunu çoğunlukla menkul ve gayri menkul mal ayırımı üzerinden incelemişlerdir. Menkul malların kabzdan önce satımı Hanefîler’de caiz görülmemiştir.²¹⁶ Bunun yanı sıra alıcının kabzdan önce gerçekleştirdiği bütün tasarrufları, caiz olup olmaması bakımından aynı derecede görmemişlerdir. Kabzdan önce menkul mallar üzerinde birtakım tasarruflar caiz kabul edilirken bazı tasarruflar ise caiz görülmemiştir.²¹⁷ Kabz öncesi tasarrufun cevazı ile ilgili temel gerekçe malın bu aşamada helâki dolayısıyla akdin infisahına yol açıp açmamasıyla ilgilidir. Buna göre malın kabzdan önce helâk olmasının akdin infisâhına yol açtığı durumlarda kabz öncesi tasarruf caiz görülmezken, söz konusu helâkin akdin infisâhına yol açmadığı durumlarda kabzdan önce tasarruf caiz görülmüştür.²¹⁸

²¹² Mustafa Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi" (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), s. 155.

²¹³ Mûsâ, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 18.

²¹⁴ Akipek ve diğer., *Eşya Hukuku*, s. 32.

²¹⁵ Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", s. 143-183.

²¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 8; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 180, 234.

²¹⁷ Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", s. 155.

²¹⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 181.

Şâfiî mezhebinde kabzdan önce tasarruf konusunda daha az müsamaha gösterilmiş, kabzdan önce menkul veya gayri menkul olmasına bakılmaksızın mutlak olarak malın satımı caiz görülmemiştir.²¹⁹ Şâfiîler’de kabzdan önce tasarruf ile ilgili temel kural kabzdan önce mebî‘ üzerinde gerçekleştirilen hukukî işlemin ivazlı olup olmamasına göre belirlenmiştir. Henüz mebî‘ kabzedilmeden, mebî‘ üzerinde gerçekleştirilen işlem ivazlı bir akid ise bu şekildeki bir tasarruf caiz görülmemiştir.²²⁰ Mâlikîler menkul malların kabzdan önce satımını malın gıda maddesi olup olmamasına göre değerlendirmişlerdir. Mâlikîlere göre gıda maddesi haricindeki menkul mallar kabzdan önce satılabilir. Ancak gıda maddeleri kabzdan önce satım akdine konu edilemez. Ayrıca gıda maddelerinde kabzın gerçekleşmesi için malın ölçülmesini de gerekli görmüşler, götürü usulü alınıp satılanlarda ise ölçümü şart koşmamışlardır.²²¹ Hanbelîler’de bu konuda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş kabz öncesi satılan malın Mâlikîler’de olduğu gibi gıda maddesi olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatini benimserken, diğer görüş kabz öncesi satımı malın ölçülebilir olmasına bağlamıştır. Buna göre ölçülebilir olan malların kabzdan önce satımı caiz görülmezken, ölçüm yapılmadan alınıp satılan malların kabzdan önce satımı caiz görülmüştür.²²²

2.2.3.1.2. Gayri Menkul Mallarda Kabzdan Önce Tasarruf

Gayri menkul malları ifade için fıkıh literatüründe çoğunlukla “akâr” kelimesi kullanılır.²²³ Menkul malların aksine gayri menkul mallar, bir mekandan başka bir mekana taşınması ve nakledilmesi mümkün olmayan mallardır.²²⁴ Türk hukukunda gayri menkul mallar “taşınmaz” mallar olarak isimlendirilmiştir.²²⁵

²¹⁹ Nevevî, *el-Mecmû‘ şerhu’l-Mühezzeb*, IX, 264.

²²⁰ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 223.

²²¹ Karâfî, *ez-Zehîre*, V, 132. Ayrıca menkul malların kabzdan önce satım akdine veya başka bir tasarruf işlemine konu edilebilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", s. 143-183.

²²² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 128.

²²³ Ali Şafak, “Akar”, *DİA*, II, 221.

²²⁴ Mûsâ, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-akd fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 18; Hafif, *Ahkamü’l-mu‘âmelâti’ş-şer‘iyye*, s. 36.

²²⁵ Akipek ve diğer., *Eşya Hukuku*, s. 32.

Hanefî hukukçular arasında gayri menkul malların kabzdan önce satımına dair ihtilaf mevcuttur. Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'ye göre menkullerde olduğu gibi akarda da kabzdan önce satım caiz değildir. Ancak Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre gayri menkul malların kabzdan önce satımı caizdir.²²⁶ Tahâvî, Ebû Yûsuf'un da başta İmam Muhammed gibi caiz olmayan görüşü benimsediğini fakat sonradan Ebû Hanîfe'nin görüşüne rücu ettiğini aktarmakta kendisinin de İmam Muhammed'in görüşünü tercih ettiğini belirtmektedir.²²⁷ Zira gayri menkullerin kabzdan önce helâk olma ihtimali düşüktür. Ancak deniz kıyısında bulunup taşkın sebebiyle arazinin helâk olma ihtimali bulunduğu, gayri menkulün de kabzdan önce satımı menkul mallar gibi değerlendirilmiştir. Ayrıca gayri menkulün kabzdan önce tasarrufunun cevazı mutlak olmayıp aynı malın satıcının tekrar kendisine satılması veya hibe edilmesi gibi işlemler caiz görülmemiştir.²²⁸ Görüldüğü kadarıyla gayri menkullerin kabzdan önce satımı konusunda satılabilir görüşü mezhepte kabul edilmiştir. Hanefî mezhebi dışındaki İslam hukukçuları menkul ve gayri menkul mal ayırımına Hanefiler kadar vurgu yapmasalar da genel itibariyle bahsetmek gerekirse; Şâfiîler menkul mallarda olduğu gibi gayri menkul mallarda da kabzdan önce satımı caiz görmemişler,²²⁹ Mâlikîler kabzdan önce satımın yasaklanması ve cevazını gıda maddesi olup olmamasına göre değerlendirdikleri için genel olarak gıda maddesi olmayan her türlü malın kabz öncesi tasarrufunu caiz görmüşlerdir. Dolayısıyla gayri menkullerde de kabz öncesi satımın cevazını benimsemişlerdir.²³⁰ Hanbelîler ise kabzdan önce tasarrufu ölçülebilir olmaya bağladıkları için ölçülebilir olduğu sürece gayri menkul malların satımı bu ilkeye göre caiz görülmektedir.²³¹

²²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 9; Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 181.

²²⁷ Ebû Ca'fer et-Tahâvî, *el-Muhtasar*, nşr. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Kahire: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1370, s. 84.

²²⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 370 (md. 253).

²²⁹ Nevevî, *el-Mecmû ' şerhu'l-Mühezzeb*, IX, 264; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma 'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc*, II, 461.

²³⁰ Karâfî, *ez-Zehîre*, V, 132; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Ravza Yayınları, 2013, VI, 44.

²³¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 128; Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 44.

2.2.3.2. Satım Akdinde Kabzdan Önce Semende Tasarruf

Satım akdi ivazlı bir akid olması sebebiyle satın alınan mal karşılığında mutlaka alıcı tarafından ödenen bir bedel bulunmaktadır. Satım akdinde mebîin mukabilinde verilen ve zimmette deyn olarak sabit olan bu bedel semen olarak isimlendirilir.²³² Semen, para cinsinden olan mallardan olabileceği gibi mislî mallardan da olabilir. Satım akdine konu edilen mal ve bedeli eşit mertebede kabul edilmemiştir. Bu sebeple Hanefiler satım akdinde mebîi “ma‘kûdün aleyh” olarak isimlendirirken semeni “ma‘kûdün bih” şeklinde isimlendirmişlerdir.²³³ Hanefiler satım akdinin konusu ile çoğunlukla mebîi kastederler.²³⁴ Semen ise akdin hükmü ya da gereği olarak görülür. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ise hem mebî‘ hem de semen akdin konusunu ve rûknünü oluşturur.²³⁵ Semen ve mebî‘ arasındaki bu farklılıkların bazı önemli sonuçları vardır. Örneğin bedellerin peşin olduğu bir satım akdinde teslim sırası söz konusu olduğunda, önce semenin teslim edilmesi, ardından mebîin teslim edilmesi gerekir.²³⁶ Alıcı malın bedeli olan semeni teslim etmeden mebîi kabz edemez.²³⁷ Ayrıca satım akdinde akid sonrasında kabzdan önce mebîin helâk olması sebebiyle akid infisâh ederken²³⁸ semenin helâk olması aynı sonucu doğurmaz.²³⁹

Hanefiler selem ve sarf akdini dışarıda tutarak genel itibariyle mutlak satım akdinde semen üzerinde kabzdan önce tasarrufu caiz görmüşlerdir. Ancak bu cevaz semenin muayyen hale getirilmesi durumunda böyledir. Semen eğer muayyen hale getirilmeyip zimmette sabit olan bir deyn olarak kalırsa o zaman semen üzerinde her türlü tasarruf caiz görülmez. Burada caiz görülen tasarruf sadece satıcının alıcıya henüz kabz etmediği semeni hibe etmesi veya bir ivaz mukabilinde temlik etmesi ile kısıtlıdır. Ancak semen nevi itibariyle belirlenebilir olan mislî mallardan ise kabz edilmeden semen

²³² İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, V, 152; Beşir Gözübenli, "İslamda Para ve Fonksiyonları" (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986), s. 70.

²³³ Beşir Gözübenli, "Semen", *DİA*, XXXVI, 466.

²³⁴ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, md. 150.

²³⁵ Bardakoğlu, "Bey", s. 15.

²³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 199; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 244.

²³⁷ Şeybânî, *el-Asl*, II, 573.

²³⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 238; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 415 (md. 292).

²³⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 519; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 354 (md. 243).

üzerinde tasarruf, prensip olarak caiz görülmüştür. Dolayısıyla semen, alıcıyla veya bir başkası ile yapılan satım, hibe veya vasiyet gibi hukukî işlemlere konu edilebilir.²⁴⁰

Netice itibarıyla satım akdi mebi‘ ve semen türünden iki ivazın mübadelesi olmakla birlikte bu iki ivaz mülkiyetin intikali, helâk durumunda akde olan etkileri ve kabz edilmeden önce üzerinde tasarruf edilebilmesi bakımından eşit kabul edilmemiştir. Fıkıh eserlerinde satım akdinin kurulması ile her iki bedelin de mülkiyetinin karşı tarafa intikal ettiği ifade edilmektedir.²⁴¹ Ancak burada semen üzerinde kurulan mülkiyetin, mebi‘ üzerinde tesis edilen mülkiyet ile aynı nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Alıcıya intikal eden semen üzerindeki mülkiyet burada deyn mülkiyeti şeklindedir. Zira İslam hukukçuları zimmette sabit olan bu türden deyni, milk olarak kabul etmektedirler. Ancak bu türden bir mülkiyetin istikrar kazanmış bir mülkiyet olup olmadığı tartışılmıştır. Dolayısıyla henüz tam mülkiyet vasfını kazanmadan ortadan kalkması ihtimaline göre üzerinde tasarruf etme yetkisi ihtilaf konusudur.²⁴²

2.2.3.3. Kabzdan Önce Tasarrufun Garar ile İlişkilendirilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere satım akdinde kabzdan önce mebi‘ üzerinde tasarruf mezhepsel farklılıkların bulunması bir yana bırakılırsa belli kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Semen üzerinde tasarruf ise genellikle caiz görülmüştür. Tespit edebildiğimiz kadarıyla akid konusu olan mebi‘ üzerinde kabzdan önce tasarrufun caiz olmaması garar ihtimaliyle ilişkilendirilmiştir.²⁴³ Kabzdan önce mebi‘in helâk olma ihtimali dolayısıyla menkul mallarda kabzdan önce tasarruf caiz görülmemiştir. Çünkü kabzdan önce mebi‘in helâk olması akdin infisâhına yol açar. Akdin kurulmasının akabinde mebi‘in kabz ve teslimine kadar geçen süre içerisinde mebi‘in mevcudiyetini koruyup koruyamaması belirsizlik (garar) arz etmektedir. Fıkıh literatüründe söz konusu akdin infisâhına ilişkin belirsizliği ifade etmek için “gararu’l-infisâh” terimi

²⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 369 (md. 252); Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, V, 234; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi’l-muhtâr ale’d-Dürri’l-muhtâr*, V, 152.

²⁴¹ Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V, 233; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *Akdü’l-bey*, Dimaşk: Dârü’l-kalem, 2012, s. 103.

²⁴² Nevevî, *el-Mecmû’ şerhu’l-Mühezzeb*, IX, 271-272; Zerkâ, *Akdü’l-bey*, s. 103.

²⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 9; Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V, 180-181; Nevevî, *el-Mecmû’ şerhu’l-Mühezzeb*, IX, 264.

kullanılmıştır.²⁴⁴ Ancak gayri menkul mallar için aynı durum geçerli değildir. Zira gayri menkul mallarda kabzın mahiyeti menkul mallarda olduğu gibi değildir. Ayrıca gayri menkullerin kabzdan önce helâk olması ihtimali de yok denecek kadar azdır. Bu sebeple gayri menkullerde kabzdan önce tasarrufun cevazı için “gararu’l-infisâh” gibi kısıtlayıcı bir gerekçe ileri sürülmemiştir.²⁴⁵ Ancak deniz kıyısında bulunan bir arazi gibi helâk ihtimali bulunan gayri menkuller için bu risk bulunmakta olup aynı gerekçeyle kabzdan önce satımın yasaklanması söz konusu olabilmektedir.²⁴⁶ Söz konusu belirsizlik durumu semen için de geçerli olmakla birlikte semenin helâki akdin infisâhına yol açmadığı için bu belirsizlik akde olumsuz bir etkide bulunmaz.²⁴⁷

Satım akdinde akid konusu malın esasen satıcıya değil de bir başkasına ait olması ihtimali daima mevcuttur. Bu ihtimal kabzdan önce bulunduğu gibi kabz sonrasında da mevcuttur. Nitekim satım akdi gerçekleşmiş, ayrıca kabz ve teslim de yapılmışsa mebûin başka birisine ait olması, akdin infisâhına yol açar. Bu şekilde mebûin başka birisine ait olması ihtimaline “gararu’l-istihkâk” denir.²⁴⁸ Söz konusu istihkak sebebiyle akdin infisâhı, kabz öncesi akid konusunun helâk olma ihtimaline (gararu’l-infisâh) göre akde etkisi bakımından çok daha zayıftır.²⁴⁹ Ayrıca istihkak ihtimali kabzdan önce bulunduğu gibi kabzdan sonra da bulunmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalden kaçış neredeyse mümkün değildir. Bu ihtimal sebebiyle tasarruftan imtina edilmesi alışveriş güvenliğini zedeleyebileceği gibi bu işlemlerin sorunsuz bir şekilde devamlılığının sağlanabilmesi için de bu riskin satım akdine etkisi pek itibara alınmamıştır.²⁵⁰

Hanefîler, akidlerde kabzdan önce tasarrufun cevazını akid konusunun helâki veya akde konu edilebilecek uygun bir mahal olmaktan çıkması dolayısıyla akdin infisâh edip etmemesine bağlamışlardır. Bu konudaki genel kural, akid konusunun helâki dolayısıyla infisâh eden akidlerde kabzdan önce tasarrufun caiz olmamasıdır. Akdin konusu helâk

²⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 9; Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V, 180-181; Nevevî, *el-Mecmû’ şerhu’l-Mühezzeb*, IX, 264; Bâbertî, *Şerhu’l-Înâye ale’l-Hidâye*, VI, 512.

²⁴⁵ Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V, 181; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 370 (md. 253).

²⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 370 (md. 253).

²⁴⁷ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadir*, VI, 519; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 369 (md. 252).

²⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 9; Abdurrahman Bulut, “İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması” (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, , 2021), s. 235-236.

²⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 372 (md. 253).

²⁵⁰ Bulut, *İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması*, s. 236.

olduğunda veya akde uygun bir mahal olmaktan çıktığında,²⁵¹ akid infisâh etmeyip yürürlükte kalıyorsa, kabzdan önce akid konusu üzerinde tasarruf edilebilir. Buna göre satım akdinde menkul olan mebûin kabzdan önce helâki akdin infisâhına sebep olduğu için söz konusu mebî‘ üzerinde kabzdan önce tasarruf caiz görülmemiştir. Bunun gibi, bedelleri muayyen olan icâre akdi ve deyn sebebiyle yapılan sulh gibi hukukî işlemlerde de söz konusu bedellerin helâkinin infisâha yol açması dolayısıyla kabzdan önce tasarruf caiz görülmemiştir. Ancak muayyen olan mehir bedeli ve kasten işlenen suçlardaki kan bedeli sebebiyle yapılan sulhte, kabzdan önce helâk dolayısıyla infisâh söz konusu olmadığı için kabz öncesi tasarruf caiz görülmüştür. Ayrıca miras veya vasiyet sebebiyle bir mala mâlik olan kimse de o malı kabz etmeden üzerinde tasarruf etmesi caiz kabul edilmiştir.²⁵²

2.3. SATIM AKDİNDE MÜLKİYETİN İNTİKALİNİ ENGELLEYEN DURUMLAR

Satım akdinde mülkiyetin intikali akdin kurulmasına müteakip sahih, nâfiz ve lâzım olması durumunda derhal gerçekleşir. Ancak bazı durumlarda akid kurulmuş olsa dahi akdin hükmünü engelleyen birtakım etkenler ortaya çıkabilmektedir.

Akdin hükmünün gerçekleşmesini engelleyen etkenler bazen akdin tarafları ile ilgili hususlardan, bazen de akdin şartları ile ilgili bir eksiklikten kaynaklanır. Akdin hükmüne akdin tarafları sebebiyle ortaya çıkan engel, akid kurulmuş olmasına rağmen tarafların akdi devam ettirmesi veya feshetmesi konusundaki muhayyerliğinde ya da tarafların fuzûlî (yetkisiz temsilci) veya mümeyyiz küçük olarak akdi yapıp akdin geçerliliğinin akdi geçerli kılmaya yetkili olan kişinin onayına bağlı olduğu durumlarda söz konusudur. Akdin şartları sebebiyle akdin hükmüne engel olan husus ise akdin şartlarında ortaya çıkan bir eksiklikten dolayı akdin fâsid olması durumunda meydana

²⁵¹ Akdin konusunun akde uygun bir mahal olmaktan çıkmasına, meyve suyunun esasen alım satımı caiz olmakla birlikte akde konu edilmesi caiz olmayan hamra dönüşmesi örnek olarak verilebilir. Ancak burada akdin bâtil olup infisâh etmesi görüşü İmam Muhammed’e göredir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre alıcı akdi devam ettirme konusunda muhayyerdir. Zira hamr sirkeye dönüştürülmek suretiyle akde uygun bir mahal yapılarak akid sahih hale getirilebilir. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 137.

²⁵² Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi’*, V, 181; İbnü’l-Hümâm, *Fethu ‘l-kadîr*, VI, 512; Ali Haydar Efendi, *Dürerü ‘l-hükkâm şerhu Mecelleti ‘l-Ahkâm*, I, 373 (md. 253).

gelir. Fâsîd akid, Hanefîlerde kurulumu tamamlanmış ancak henüz hüküm doğurmamış, hüküm doğurması akdin konusunun kabzına bağlanmış bir akiddir.²⁵³

Satım akdinde akdin in'ikadı ve sonuçlarını doğurması her zaman eş zamanlı gerçekleşmeyebilir. Bazen akid in'ikad etmiş olsa bile hüküm ve sonuçların doğması için ilave birtakım gerekliliklere ihtiyaç duyar. Bu konuda Hanefî mezhebi ve Şâfiî mezhebi arasında temel bir farklılık bulunmaktadır.²⁵⁴ Hanefîlerde akdin kurulup sonuçlarını meydana getirmesi için üç aşamanın da gerçekleşmesi gereklidir.²⁵⁵ Bunlar akdin kurulması (in'ikadı), sıhhati (geçerlilik) ve nefâzı (yürürlük) şeklindedir. Akdin kurulup bu aşamalardan geçmesi neticesinde ayrıca bir engel yoksa akid kesinlik kazanır ve sonuçlarını doğurur.²⁵⁶ Ancak akid in'ikad etmiş olduğu halde muhayyerlik gibi akdin hükmünün gerçekleşmesine yönelik bir engel varsa,²⁵⁷ veya mümeyyiz küçük, hacr altındaki köle veya fuzûlî (yetkisiz temsilci) gibi akdin taraflarında akdin nefâzının gerçekleşmesine engel olan yetkisizlik durumu söz konusuysa, akid hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.²⁵⁸ Şâfiîler ise akdin in'ikadı ile hükmü arasında bir ayırım gözetmeyip akdin in'ikadını hükmün doğup gerçekleşmesi için yeterli görmüşlerdir. Bu sebeple fuzûlînin ve mümeyyiz küçüğün yaptığı satım akdinin geçerliliği konusunda Hanefîler ile ihtilaf halindedirler.²⁵⁹ Zira Şâfiîler'de fuzûlînin satımı²⁶⁰ ve mümeyyiz küçüğün satımı²⁶¹ caiz görülmemiştir. Bu tür işlemlerde akid in'ikad etmediği gibi hüküm de doğurmaz.

2.3.1. Muhayyerlik

Muhayyerlik genel olarak muâmelât konuları için geçerli bir kavram olmakla birlikte klasik fıkıh doktrinde çoğunlukla satım akdi bağlamında ele alınmıştır. Muhayyerlik ile ilgili kavram ve kurallar da doğal olarak bu akidle irtibatlı olarak gelişmiştir. Tarafların anlaşmasına veya şer'î bir gerekçeye bağlı olarak taraflardan birinin ya da her ikisinin

²⁵³ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 243; Zeylaî, *Tebyînü 'l-hakâik*, IV, 43-44.

²⁵⁴ H. Yunus Apaydın, "In'ikad", *DİA*, XXII, 314.

²⁵⁵ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 135, vd.; H. Yunus Apaydın, "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (1989), 182.

²⁵⁶ H. Yunus Apaydın, "Mevkuf", *DİA*, XXIX, 438.

²⁵⁷ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 174.

²⁵⁸ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 135.

²⁵⁹ Apaydın, "In'ikad", s. 314.

²⁶⁰ Nevevî, *el-Mecmû 'şerhu 'l-Mühezzebe*, IX, 260.

²⁶¹ Nevevî, *el-Mecmû 'şerhu 'l-Mühezzebe*, IX, 158.

iradesiyle akdin geçerliliğinin devam ettirilmesi veya feshedilmesinin tercih edilmesi şeklinde tarif edilen muhayyerlik, satım akdi özelinde düşünüldüğünde, satıcı veya alıcının iradesine bağlı olarak kurulmuş olan akdi devam ettirme veya feshetme yetkisini ifade eder. Bu yetki, tarafların şart koşması ile olabileceği gibi akdin kendisinden (hükmi/şer'î muhayyerlik) kaynaklanan bir durumdan da doğabilir.²⁶²

Satım akdinde, “akdin hükmü” ve “akdin bağlayıcılığı (lüzûmu)” arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır. İslam hukukçuları satım akdinde akdin hükmü ile bağlayıcılığı arasındaki ilişkiyi çeşitli kavramlarla irtibatlandırarak incelemişlerdir. Hanefî hukukçulardan Kâsânî, satım akdinde bağlayıcılığı, akdin hükmünün vasfı (sıfatı) şeklinde nitelendirmiştir. Akdin hükmü ifadesi akdin hukukî sonucunu ifade eder. Buna göre satım akdinin aslî hükmü, akid konusu ve bedelinin mülkiyetinin intikalidir. Bağlayıcılık ise satım akdinin bu aslî hükmünün bir gereğidir.²⁶³ Böyle olmakla birlikte kimi zaman akdin hükmü ifadesi ile akdin bağlayıcılığı kastedilmiştir. Burada hükümden kasıt, genel mânada satım akdinin bağlayıcı bir akid olmasıdır.²⁶⁴ Zira akdin hükmü olan mülkiyetin intikali ancak akdin bağlayıcı olması durumunda tam mânasıyla gerçekleşir.

Esasen satım akdi icap ve kabul ile kurulur ve akdin kurulmasıyla her iki taraf açısından da bağlayıcılık arz eder.²⁶⁵ Muhayyerlik ise bu bağlayıcılığa engel teşkil etmesi bakımından akde ilişkin arızı bir durumdur.²⁶⁶ Satım akdinde aslolan akdin hükmünün hemen doğmasıdır. Ancak şart muhayyerliği gibi mülkiyetin intikalini etkileyen bazı muhayyerlikler, kıyasa aykırı olarak akdin hükmünün gerçekleşmesine engeldir. Söz konusu muhayyerliğin mevcut olduğu durumda akdin hükmü muhayyerliğin sona ermesine bağlı olarak akidden sonra gerçekleşir.²⁶⁷

Muhayyerlik satım akdinin hükmünün gerçekleşmesine, tamamlanmasına veya akdin bağlayıcılığına çeşitli düzeylerde engel olmaktadır.²⁶⁸ Muhayyerliğin akdin hükmünün gerçekleşmesine olan etkisi akid bedellerinin mülkiyetinin intikaline engel olması şeklindedir. Örneğin şart muhayyerliği bulunan bir satım akdinde mebûin mülkiyetinin durumu, bağlayıcı olan bir satım akdindeki gibi değildir. Şart muhayyerliği

²⁶² H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, XXXI, 25-26.

²⁶³ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 273-274.

²⁶⁴ Ceylan, “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı”, s. 51-52.

²⁶⁵ Zerkâ, *el-Medhalü 'l-fikhiyyü 'l- 'âm*, I, 521-522.

²⁶⁶ Ceylan, “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı”, s. 51-53.

²⁶⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu 'l-kadîr*, VI, 298.

²⁶⁸ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

burada mülkiyetin geçişine engel teşkil eder. Muhayyerliğin akdin hükmünün tamamlanmasına olan etkisi ise görme muhayyerliğinde ortaya çıkar. Görme muhayyerliğinin bulunduğu bir satım akdi, kurulmuş olsa da alıcının akdin konusunu görünce akdi devam ettirmeme yetkisi bulunmaktadır. Bu da arada geçen süre içerisinde akdin hükmünün tamamlanmamış olduğunu göstermektedir.²⁶⁹

Hanefî mezhebinde metot ve tertip açısından önemli bir konumda görülen Kâsânî'nin *Bedâiu's-sanâi* adlı eserinde satım akdinin hükmü iki kısma ayrılarak incelenmiştir.²⁷⁰ Buna göre aslî hüküm mülkiyetin intikali, bu hükmün vasfı ise akdin bağlayıcı olması ve mülkiyetin intikalinin hemen gerçekleşmesidir. Ancak akidde şart koşulmuş olan muhayyerlik, hem akdin aslî hükmünün gerçekleşmesine²⁷¹ hem de yine Kâsânî'nin akdin hükmü bünyesinde zikrettiği bu hükmün vasfının gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir.²⁷² Ayrıca Kâsânî akdin hükmünün hemen gerçekleşmesine engel olan şart muhayyerliğinin esasen akdin muktezâsına (gerektirdiklerine) aykırı olan fâsid bir şart olduğunu, ancak bunun cevazına yönelik mevcut nass sebebiyle istihsan yoluyla cevaz verildiğini belirtmektedir.²⁷³ Muhayyerliğin akdin hükmüne engel olmasını bir başka Hanefî hukukçusu Serahsî rızâ ile ilişkilendirmiştir.²⁷⁴ Muhayyerliğin bulunduğu bir satım akdinde akdin gayesinin tam mânasıyla gerçekleşip nihayete ermesi konusunda tarafların rızâları kesinleşmiş değildir. Bu sebeple muhayyerlik, akdin hükmüne yönelik bir engel olarak görülmüştür. Ancak muhayyerliğin akdin hükmünü engellediği görüşü İslam hukukçularının üzerinde ittifak ettikleri bir görüş değildir. Bazı İslam hukukçuları muhayyerliğin bulunması durumunda da akdin hükmünün gerçekleşeceği kanaatindedirler.²⁷⁵ Ancak anlaşıldığı kadarıyla bu kanaat, muhayyerlikler için belirtilen

²⁶⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 298; İbnü'r-Rif'a, *Kifâyetü'n-nebih fî şerhi't-Tenbîh*, VIII, 412.

²⁷⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 274. Hanefilerde akdin hükmünün "aslî hüküm" ve "tâbî hüküm" şeklinde iki kısma ayrımını Kâsânî haricinde diğer fakihlerin de benimsediği görülmektedir. Bu ayrımı benimseyen başka hukukçular için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, V, 282; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, IV, 506.

²⁷¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 274.

²⁷² Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 243; Ceylan, "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı", s. 52.

²⁷³ Konu ile ilgili Kâsânî'nin aktardığı pasaj için bkz. "الأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال" "فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد وإنه مفسد للعقد في الأصل وهو القياس إلا أنا عرفنا جوازه استحساناً بخلاف القياس بالنص" Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 174.

²⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 23. Muhayyerliğin akdin hükmüne engel olduğu hususunda benzer değerlendirmeler için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 10.

²⁷⁵ Bu konuda İslam hukukçularının farklı kanaatlerine yönelik değerlendirme için bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 20-21.

genel bir kabul değil, şart muhayyerliğinde mülkiyetin intikali ile ilgili ileri sürülen bir görüştür.

Muhayyerlik ve akdın hükmü arasındaki ilişkiyi ifade etmek için klasik fıkıh literatüründe rastlanan bir başka anlatım ise özellikle şart muhayyerliği durumunda akdın hükmünün akdın kurulmasından bir süre sonrasına ötelenmesidir. İslam hukukçuları bu durumu “terâhî” kavramıyla ifade etmişlerdir.²⁷⁶ Akid kurulup varlık kazandığı andan itibaren aslolan akdın hüküm doğurmasıdır. Ancak muhayyerlik, hükmün doğmasını bir süre geciktirebilir. Muhayyerlik süresi içerisinde lehine muhayyerlik hakkı olan taraf akdi feshetmeyip iradesini akdi geçerli kılma yönünde kullanırsa akid hüküm doğurur. Ancak bu süre içerisinde, muhayyerlik hakkı olan tarafın akdi devam ettirip ettirmeyeceği kesin olmadığı için, akid hemen hüküm doğurmaz.²⁷⁷

2.3.1.1. Muhayyerliğin Akdın Hükmünün Sübûtuna Etkisi

Muhayyerlikler, akdın taraflarına muhayyerlik ile elde edilmek istenen amaca göre akdın hükmü sabit olmadan önce tercih hakkı tanımaktadır. Muhayyerlik nihayete erince akdın hükmü sabit olur ve akid taraflar için artık bağlayıcı hale gelir. Hanefî fakihlerinden Alâeddîn es-Semerkandî (ö. 539/1144), satım akdinde mülkiyetin intikalinin, içerisinde muhayyerlik bulunmayan bağlayıcı satım akdi ile gerçekleştiğini vurgulamaktadır.²⁷⁸ Bu özelliğinden ötürü muhayyerliklerin akdın hükmünün sübûtuna doğrudan etki ettikleri rahatlıkla söylenebilir. Ancak muhayyerliklerin gayelerine ve niteliklerine göre akdın hükmüne etkileri farklı şekillerde olur. Muhayyerliklerin akdın hükmünün sabit olmasına doğrudan etki etmesi, klasik fıkıh eserlerindeki anlatımdan hareketle çoğunlukla şart

²⁷⁶ Şart muhayyerliği durumunda akdın hükmünü ifade eden mülkiyetin intikalinin hemen gerçekleşmeyip ötelendiğini Hanefî fakihlerinden İbn Hümam “إلى وقت سقوط الخيار فإن الملك فيه يتراخى” şeklinde ifade etmiştir. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, IX, 68. Benzer bir kullanımı yine Hanefilerden Bâbertî “والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار” ifadesini kullanarak akdın hükmünün şart muhayyerliğinde ötelenebileceğini belirtmiştir. Bâbertî, *Şerhu'l-İnâye ale'l-Hidâye*, III, 309. “Terâhî” kavramının şart muhayyerliğinde başka kullanımları için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 63; Muhyiddin Mehmed Efendi (Çivizâde), *el-İsâr li halli'l-Muhtâr*, nşr. İlyas Kaplan, İstanbul: Mektebetü'l-irşâd, 2016, I, 471.

²⁷⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 264.

²⁷⁸ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994, II, 37.

muhayyerliğinde görülmektedir.²⁷⁹ Şart muhayyerliğinin aksine görme muhayyerliği, ayıp muhayyerliği²⁸⁰ ve tayin muhayyerliği²⁸¹ gibi muhayyerlikler, akdin hükmünün sübûtuna engel olmaz, mülkiyetin intikaline de etki etmezler. Ancak bahsi geçen muhayyerlikler, akdin tamamlanmasına yönelik engel teşkil ederler.²⁸² Bazı Hanefî hukukçuları usul literatüründe illetin tahsisine ilişkin engelleri sıralarken satım akdinin in'ikadı, hükmü ve tamamlanması gibi hususlardan örnekler vermişlerdir. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik* adlı eserinde, “ehl-i usûl”ün²⁸³ akid ile ilgili beş engelden bahsettiğini aktarmaktadır.²⁸⁴ Aynı taksime birkaç farklı örnek ilavesiyle İbnü'l-Hümâm da eserinde yer vermiştir.²⁸⁵ Buna göre;

1. Hür kişinin satım akdine konu edilmesi gibi illetin (akdin) in'ikadına yönelik engel,

Burada hür kişi satım akdi için uygun bir mahal değildir. Zira hür kimse mal değildir. Bu sebeple akdin konusu olamaz.

2. Başkasının malını satmak gibi akdin tamamlanmasına yönelik engel,

3. Şart muhayyerliğinde olduğu gibi akdin baştan hükmünün sübûtuna yönelik engel,²⁸⁶

4. Müşterinin satım akdinde görme muhayyerliği hakkına sahip olması gibi satım akdinin hükmünün tamamlanmasına yönelik engel,

5. Ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi akdin hükmünün lüzûmuna yönelik engel.

İbn Nüceym, *Fethü'l-gaffâr fî şerhi'l-Menâr* adlı usul eserinde usul literatüründe illetin tahsisine yönelik bahsi geçen bu beşli taksimi eleştirmekte, ilk iki maddenin esasen bu sıralamaya alınmaması gerektiğini belirtmektedir.²⁸⁷ İsaetli olup olmaması tartışması bir kenara bırakılırsa söz konusu taksim, muhayyerliğin akdin tamamlanması,

²⁷⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 23,54; Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-burhânî*, thk. Abdülkerim Sami el-Cündî, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2004, VI, 589; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 298; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 10; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, VIII, 445.

²⁸⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 266.

²⁸¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 157.

²⁸² Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 288.

²⁸³ Müellifin usul eserinde aynı taksimi vermesi ve bu taksime ilişkin değerlendirmelerinden burada usul-i fıkıh bilginlerini kastettiği anlaşılmaktadır.

²⁸⁴ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 2.

²⁸⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 298.

²⁸⁶ “ومانع يمنع ابتداء الحكم” Müellif burada baştan hüküm doğurmasına yönelik engeli ifade etmek için “ibtidâü'l-hüküm” ifadesini kullanmıştır.

²⁸⁷ Zeynüddin b. İbrâhim İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffâr bi-şerhi'l-Menâr*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2001, s. 397-398.

bağlayıcılığı ve sonuç doğurmasına ilişkin çeşitli şekillerde engel olduğunu gösteren örnekleri barındırması bakımından önemlidir. Zira bahsi geçen taksim içerisinde yer alan şart muhayyerliğinin akdin hükmünün sübûtuna,²⁸⁸ görme muhayyerliğinin akdin hükmünün tamamlanmasına²⁸⁹ ve ayıp muhayyerliğinin akdin hükmünün lüzûmuna²⁹⁰ engel olduğu çeşitli fıkıh eserlerinde belirtilmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere şart muhayyerliği satım akdinde akdin hükmünün sübûtuna engel teşkil eder. Şart muhayyerliği, satım akdinde satıcının lehine ileri sürülebileceği gibi alıcı lehine de ileri sürülebilir. Bu iki farklı durumda akdin hükmünün sübûtuna ne şekilde etki edeceği İslam hukukçuları tarafından teknik bir tartışmaya konu edilmiştir.

Şart muhayyerliğinin satıcı lehine olduğu durumda, muhayyerlik akid konusunun satıcının mülkiyetinden çıkmasına engel olmakta, alıcının da söz konusu mebî‘ üzerindeki tasarrufları geçersiz kabul edilmektedir.²⁹¹ Zira satım akdi, alıcı ve satıcının rızâları ile mülkiyetin intikalini gerçekleştiren bir temlik akdidir. Mebîin satıcının mülkiyetinden çıkması ancak satıcının kesinleşmiş rızâsı ile olur. Satıcının muhayyer olması ise rızâsının henüz kesinleşmemiş olduğunu gösterir.²⁹² Muhayyerlik yalnızca alıcı lehine olduğunda satıcı için akid kesinleşmiş olmakla birlikte, muhayyerlik söz konusu olduğu durumda mebîin mülkiyetinin durumuna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hanefî kaynakların aktardığına göre bu konuda temelde iki farklı görüş bulunmaktadır. Ebû Hanîfe’ye nisbet edilen görüşe göre müşterinin muhayyer olduğu bir satım akdinde muhayyerlik, akid konusunun mülkiyetini satıcının mülkiyetinden çıkarır ancak mebî‘, muhayyerlik süresince henüz müşterinin mülkiyetine girmez. Ebû Yûsuf ve

²⁸⁸ Şart muhayyerliğinin akdin sübûtuna engel teşkil ettiğini belirten eserler için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 23, 54; Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, V, 264; Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu’l-burhânî*, VI, 589; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VI, 298; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 10.

²⁸⁹ Görme muhayyerliğinin akdin hükmünün tamamlanmasına engel olduğunu belirten eserler için bkz. Bâbertî, *Şerhu’l-Înâye ale’l-Hidâye*, VI, 299; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 72; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VI, 298; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 2.

²⁹⁰ Bâbertî, *Şerhu’l-Înâye ale’l-Hidâye*, VIII, 445; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 10.

²⁹¹ Hanefî hukukçular bu durumu “ خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالرضا ولا يتم مع الخيار ” şeklinde ifade etmişlerdir. Bkz. Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 30; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 9.

²⁹² Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecmau’l-enhur fi şerhi Mülteka’l-ebhur*, nşr. Muhammed Hasan Talu ve diğer. İstanbul: Tereke Yayıncılık, 2015, III, 36.

İmam Muhammed'e nisbet edilen ikinci görüşe göre ise müşterinin muhayyerliğinde mebûn mülkiyeti satıcının mülkiyetinden çıkıp müşterinin mülkiyetine geçmektedir.²⁹³

Semen üzerindeki mülkiyetin durumu ise yine mebûde olduğu gibi Ebû Hanîfe ve İmameyn (Ebû Yusuf ve İmam Muhammed) arasında ihtilaflıdır. Satıcının muhayyer olduğu durumda semenin mülkiyeti müşteriden çıkar. Ancak Ebû Hanîfe'ye göre satıcının mülkiyetine girmezken Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre satıcının mülkiyetine girer. Müşterinin muhayyerliği durumunda ise ittifakla semen müşterinin mülkiyetinden çıkmaz.²⁹⁴

Görüldüğü üzere Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen görüşte satıcının muhayyer olduğu durumda, mebû' satıcının mülkiyetinde iken semen müşterinin mülkiyetinden çıkar, ancak satıcının mülkiyetine girmez. Müşterinin muhayyerliğinde ise mebû' satıcının mülkiyetinden çıkar ancak müşterinin mülkiyetine girmez. Ebû Hanîfe'nin bu görüşü genellikle ivazlı akidlerde her iki bedelin aynı tarafta toplanmamasına dikkat edildiği şeklinde açıklanmıştır. Kasânî bu görüşün iki veçhesi olduğunu belirtir. Birincisi, bir mübadele esasına dayanan satım akdinde her iki bedelin aynı tarafta toplanmasının caiz olmaması, cevaza engel teşkil eden diğer sebep ise ivazlı bir akidde akdin tarafları arasında eşitsizliğin gerçekleşmesidir.²⁹⁵ Söz konusu eşitsizlik birinci veçhede olduğu gibi her iki bedelin tek tarafta toplanması sebebiyle gerçekleşmektedir.

İmameyn'in benimsemiş olduğu görüş ise mülkiyetin, Ebû Hanîfe'nin benimsediği gibi asılı kalamayacağı, bu sebeple satıcının muhayyerliğinde semenin müşteriden çıkıp satıcıya, müşterinin muhayyerliğinde ise mebûn satıcıdan çıkıp müşterinin mülkiyetine gireceği yönündedir.²⁹⁶

Şart muhayyerliği sona erdiğinde akdin hükmünü engelleyici durumun ortadan kalkmasıyla akid hüküm doğurur ve taraflar için bağlayıcı hale gelir. Söz konusu muhayyerlik, tarafların iradeleriyle sona erdirilebileceği gibi taraflardan muhayyerlik hakkı olanın ölmesiyle de sona erer. Satıcının muhayyer olduğu satım akdinde ölmesi halinde veya her iki tarafın da muhayyer oldukları halde ölmeleri halinde muhayyerlik

²⁹³ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 264-265; Burhâneddin el-Mergînânî, *el-Hidâye*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y., III, 3; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 16.

²⁹⁴ Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*, III, 36.

²⁹⁵ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 265.

²⁹⁶ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 30; Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*, III, 37.

sona erer ve akid geçerli kabul edilir. Akdin gereği olarak kabzın gerçekleştirilmesi de şarttır.²⁹⁷

Bu konuda diğer mezheplerin görüşlerini kısaca özetlemek gerekirse, Mâlikî mezhebinde hakim görüş müşterinin muhayyer olduğu durumda mebîn mülkiyetinin müşteriye geçmeyip satıcıda kalacağı şeklindedir.²⁹⁸ Şâfiî mezhebinde birkaç farklı görüş içerisinde tercih edilen görüş muhayyerlik durumunda akid konusunun mülkiyetinin müşteriye geçeceği şeklindedir.²⁹⁹ Hanbelîlerde ise Ahmed b. Hanbel'e nisbet edilen iki farklı görüş aktarılmakla birlikte, muhayyerlik bulunsa da mebîn mülkiyetinin akid ile müşteriye geçeceği görüşü mezhepte tercih edilmiştir.³⁰⁰

Şart muhayyerliğinde mülkiyetin intikaline ilişkin ileri sürülen farklı görüşler neticesinde söz konusu muhayyerliğin akdin hükmüne etkisi farklılık arz eder. Şayet şart muhayyerliğine rağmen mebî' ve semenin mülkiyetinin karşı tarafa intikal ettiği görüşü kabul edilirse bu durumda şart muhayyerliği akdin hükmünün gerçekleşmesine engel teşkil etmez. Zira mülkiyet zaten intikal etmiştir. Burada sadece akdin hükmünün tamamlanmasına etkisi söz konusu olabilir. Ancak muhayyerliğin mülkiyetin intikalini engellediği görüşü benimsenirse, muhayyerlik akdin hükmünü engelleyici bir vasıf kazanır.

2.3.1.2. Muhayyerliğin Akdin Hükmünün Tamamlanmasına Etkisi

Muhayyerliğin satım akdinin hükmüne etkilerinden birisi de akdin hükmünün tamamlanmasına engel olmasıdır. Söz konusu bu etki, bir önceki bölümde bahsi geçen şart muhayyerliğinin akdin hükmünün sübûtuna yönelik etkisi ile karıştırılmamalıdır. Akdin sübûtuna olan etkisi mülkiyetin intikal edip etmemesi ile alakalı iken, akdin tamamlanmasına olan etkisi mülkiyetin intikalinden sonra intikal eden mülkiyetin niteliği ile ilgilidir. Nitekim akid ile mülkiyetin intikali sonucunda, alıcı elde ettiği mülkiyet ile mülkiyet hakkının gerektirdiği her türlü hakkı elde edemeyip bir kısım tasarrufları kısıtlanabilir. Bu da mülkiyetin tamamlanmasına ilişkin bir engeldir. Ancak kısıtlı da olsa

²⁹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, II, 458.

²⁹⁸ Karâfî, *ez-Zehîre*, V, 31; Ceylan, "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı", s. 190.

²⁹⁹ Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe*, IX, 214; Ceylan, "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı", s. 191.

³⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 20-21; Ceylan, "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı", s. 191.

mülkiyet intikal etmiştir. Akdin tamamlanmasına engel olan görme muhayyerliği ve ayıp muhayyerliği mülkiyetin intikaline engel teşkil etmezler.³⁰¹ Öyle ki bedellerin akid meclisinde teslim ve tesellümü zorunlu olan sarf akdinde bile tarafların görme muhayyerliği³⁰² veya ayıp muhayyerliği ile meclisten ayrılmaları sorun teşkil etmemektedir. Zira söz konusu muhayyerlikler bulunsa da mülkiyet akdin in'ikadıyla taraflara intikal etmiştir.³⁰³

Fıkıh eserlerinde akdin hükmünün sübûtuna ilişkin engel, şart muhayyerliği ile ilişkilendirilirken, akdin tamamlanmasına ilişkin engel çoğunlukla görme muhayyerliği ile ilişkilendirilmiştir.³⁰⁴ Alıcı, görüp vasıflarına henüz vakıf olmadığı bir malı satın almak üzere akid yapmış olabilir. Alıcının haklarını korumak üzere akdin konusunu görüp vasıflarına vakıf olacağı süre içerisinde görme muhayyerliği söz konusudur. Akdin konusunu gördüğü veya vasıflarına başka bir yolla vakıf olduğu malı gördükten sonra, akdi devam ettirme veya akdi feshetme hakkı bulunmaktadır.³⁰⁵ Satım akdi alıcının görme muhayyerliği süresi boyunca henüz tamamlanmış bir akid değildir. Bu sebeple akid ile amaçlanan ve akdin gerektirdiği sonuçlar tam mânasıyla doğmamıştır.³⁰⁶

Görme muhayyerliğinde olduğu gibi ayıp muhayyerliği de akdin hükmünün tamamlanmasına etki eder. Ancak ayıp muhayyerliğinde akdin tamamlanması için ilave olarak kabzın gerekliliği vurgulanmıştır. Şayet kabz gerçekleşmemişse akdin tamamlanmadığı belirtilmiştir. Ayıp muhayyerliğindeki kabzın gerekliliği ile ilgili bu farklılık “tefrîku’s-safka” (akdin bölünmesi) ile izah edilmiştir. Kabzdan önce akid tamam olmadığı için akdin konusunun bir kısmının ayıplı olması durumunda müşteri malın sağlam olan kısmını alıp diğerini ayıp sebebiyle iade edemez. Ya tamamını alıp kabul etmeli veya tamamını bırakmalıdır. Aksi takdirde “tefrîku’s-safka” meydana gelir ki bu da caiz görülmemiştir. Ancak kabzdan sonra akid konusunun bir kısmının ayıplı olduğunun tespit edilmesi durumunda, alıcı ayıplı olan kısmı iade edip sağlam olan kısım

³⁰¹ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 254, 266.

³⁰² İbn Hümam, ilgili bölümde mübadele edilen bedellerin nakit veya deyn cinsinden olan mallardan olması durumunda belirli bir ayn verme zorunluluğu bulunmadığı için burada görme muhayyerliğinin pek tasavvur edilemeyeceğini belirtmesine rağmen konunun daha iyi kavranması için bu örneği verdiği anlaşılmaktadır. Bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 132.

³⁰³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 132.

³⁰⁴ Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, VI, 299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 2; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 298.

³⁰⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 34-36.

³⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 72; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, IX, 19.

için semeni mukabilinde akdin geçerliliğini sürdürebilir. Zira kabz sonrası akid tamamlanmıştır. Ancak burada akid konusunun ayıplı olan kısmı ile sağlam olan kısmının, ayrıldığında zarar meydana gelmeyen (meselâ iki farklı hayvan veya iki farklı elbise gibi) mallardan olması gerekir. Alıcının akid tamamlandıktan sonra ayıplı olan kısmını iade edip sağlam olan kısım için akdi devam ettirmesi “tefrîku’s-safka” sayılmaz.³⁰⁷

Görme muhayyerliğinde akid konusunun kabz edilip edilmemesi, muhayyerliğin akdin tamamlanmasına yönelik etkisini değiştirmez. Zira kabzdan önce de sonra da akid tamamlanmamış kabul edilir.³⁰⁸ Görme muhayyerliğinde akid in‘ikad etmiş olsa da henüz tamamlanmamıştır. Zira alıcı mebîi gördüğü anda akdin tamamlanmasına onay verecek veya doğrudan feshedecektir. Alıcının burada doğrudan akdi geçerli kılma veya geçersiz kılma şeklinde bir tercihte bulunması gerekir. Ancak ayıp muhayyerliğinde kabz gerçekleşmişse akid tamamlanmıştır. Alıcının herhangi bir itirazda bulunmadığı sürece akid varlığını sürdürür. Fakat henüz bağlayıcılık kazanmamıştır. Dolayısıyla alıcının bir tercihte bulunması gerekmez. İtiraz etmediği sürece akid geçerlidir. Ancak ayıp sebebiyle malı iade etme yetkisi verilmiştir. Bu yetki akdin bağlayıcılığına engeldir. Tamamlanmasına engel değildir.

Muhayyerliklerin akdin hükmünün tamamlanmasına ve sübûtuna yaptığı etkiye ilişkin prensipleri fer‘î hükümlerde görmek mümkündür. Şüf‘a hakkının kullanılmasında bu açıkça görülmektedir. Bir gayri menkul malın satımında şefiin şüf‘a hakkını kullanabilmesi için satıcının mebî‘ ile olan ilişkisi sona ermeli, mebî‘ satıcının mülkiyetinden tamamen çıkmalıdır. Kabzdan önce satım akdinde ve muhayyerliğin satıcıda olduğu şart muhayyerliğinde şüf‘a hakkı doğmaz. Çünkü her iki durumda da mebî‘ satıcının mülkiyetinden çıkmamıştır. Satıcının şart muhayyerliği ise mebîin satıcının mülkiyetinden çıkmasına engeldir.³⁰⁹ Ancak şart muhayyerliğinde muhayyer olan taraf müşteri ise şüf‘a cari olur. Ayrıca müşterinin görme muhayyerliği ve ayıp muhayyerliği söz konusu ise yine şüf‘a hakkı geçerlidir. Zira müşterinin şart muhayyerliğine sahip olması mebîin mülkiyetini satıcının mülkiyetinden çıkarır.

³⁰⁷ Bedreddin el-Aynî, *el-Binâye*, Beyrut: Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, 2000, VIII, 98; Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, IV, 29; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 38; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 520 (md. 351).

³⁰⁸ Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, IV, 29.

³⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, III, 1905 (md. 1026).

Dolayısıyla şüf'a engel değildir. Görme ve ayıp muhayyerliği ise akdin hükmünün sübûtuna tesir etmez. Bu muhayyerliklerin bulunması durumunda alıcı meb'e mâlik olmuş, satıcının meb'e üzerindeki mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmıştır.³¹⁰ Bu sebeple bahsedilen muhayyerlikler bulunsada da şüf'a geçerli olur.

Muhayyerliğin mülkiyetin tamamlanmasına olan etkisi kabzın mülkiyetin tamamlanmasına etkisi ile önemli ölçüde benzeşmektedir. Fıkıh eserlerinde kabzdan önce akdin durumu ve akid konusu üzerindeki mülkiyetin niteliğine ilişkin değerlendirmeler, muhayyerliğin mülkiyetin tamamlanmasına yönelik değerlendirmeler ile aynıdır.³¹¹ Muhayyerlik içeren satım akdinde mülkiyetin satıcıdan alıcıya intikal edip tam mânasıyla gerçekleşmemiş olması, mülkiyetin muhayyerliğin sona ermesiyle "istikrar" kazanacağı,³¹² muhayyerlik süresince mülkiyetin "gayri müstakir" olduğu belirtilmiştir.³¹³

2.3.2. Akdin Mevkuf Olması

Satım akdinin hüküm doğurmasına engel teşkil eden durumlardan birisi de akdin in'ikad etmiş olduğu halde hüküm ve sonuçlarının doğmasını engelleyen bir sebepten ötürü mevkuf olmasıdır. "Mevkuf" terimi muâmelât bahislerinde satım akdi dışındaki diğer hukukî işlemler için de kullanılan, kapsamı geniş bir kavramdır. Ancak biz burada daha çok satım akdi ile ilgili olan kısmını ele alacağız.

Mevkuf akid İslam hukuku literatüründe farklı yaklaşımlara göre kapsamı daraltılıp genişletilse de,³¹⁴ genel olarak Hanefî ve Mâlikî doktrinde yetki eksikliği veya üçüncü şahısların hakları sebebiyle henüz işlerlik kazanmamış ve sonuçlarını doğurmamış akdi ifade etmek için kullanılır.³¹⁵ Literatürde akdin kuruluşunun mevkuf olması ve bağlayıcılığının mevkuf olması şeklinde geniş bir anlamı karşılarsa da, konumuzla doğrudan ilişkili olan kısmı, akdin işlerliğinin mevkuf olmasıdır. Bu bakımdan mevkufun zıttı, akdin hüküm ve sonuçlarını doğurup işlerlik kazanması

³¹⁰ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, md. 1026.

³¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 23, 72; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI, 270, 440.

³¹² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 47-48.

³¹³ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI, 640; Nevevî, *el-Mecmû 'şerhu'l-Mühezzeb*, IX, 217-218.

³¹⁴ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âm*, I, 500.

³¹⁵ Apaydın, "Mevkuf", s. 438.

anlamına gelen nâfizdir. Akdin hükmüne engel teşkil eden yönü de mevkuf kavramının bahsedilen bu kullanımıdır. Dolayısıyla burada akdin mevkuf olması ile kastedilen, akdin kuruluşu veya bağlayıcılığı ile ilgili anlamı değil, literatürde daha yaygın ve teknik anlamda kullanılan işlerlik kazanmasıyla ilgili anlamıdır. Mevkuf akid, henüz işlerlik kazanıp sonuçlarını doğurmamıştır. Bu bakımdan “mevkuf akid” ifadesi ile akdin in‘ikad ve sıhhat şartlarının yerine getirilmiş olmasına rağmen hüküm ve sonuçlarını doğurması için akdi yapan taraflardan başka birisinin icazetine bağlı olması kastedilir. Zira mevkuf akidde akdin in‘ikad ve sıhhat şartları tamdır. Ancak akdin işlerlik kazanıp hükümlerini doğurması için icazet yetkisi bulunan üçüncü bir kişinin icazeti şarttır.³¹⁶

Burada akdin kuruluşu ve bağlayıcılığının mevkuf olmasına da kısaca temas edecek olursak, akdin kuruluşunun mevkuf olması Hanefiler’in akid meclisinde icaba muhatap olan tarafın akdin in‘ikadı için söz konusu icaba karşılık akdi kabul edip etmeme şeklindeki tercihinde söz konusu olur. Akdin in‘ikadı için kabul şarttır. Kabul gerçekleşmeden akdin in‘ikadı askıdadır. Akdin bağlayıcılığının mevkuf olmasına gelince bu da daha çok muhayyerlik ile alakalıdır. Akdin bağlayıcılığı, muhayyer olan tarafın veya tarafların muhayyerliği boyunca askıdadır. Muhayyerlik sona erince mevkufluk hali ortadan kalkar ve askıda olan bağlayıcılık kesinleşir.³¹⁷

Kişi ancak mülkiyeti altında bulunan veya kendisine verilen yetki sebebiyle bir malı hukukî işlemlere konu edebilir. Bunun haricinde başkasının malı üzerinde veya yetkisi olmadığı halde yaptığı tasarruflar mal sahibinin veya kendisine yetki verecek kişinin icazeti ile işlerlik kazanıp hükümlerini doğurur. Hanefî fakihleri bu durumu akdin nefâz şartları içerisinde “milk” ve “velâyet” terimleri ile ifade etmişlerdir. Milk, kişinin hukukî işlemlere konu edeceği mal üzerindeki mülkiyetini, velâyet ise hukukî işlemi yapma yetkisini ifade eder.³¹⁸ Bu ikisinden “milk” bulunmadığı durumda kişi başkasının mülkiyetindeki bir mal üzerinde tasarruf etmiş, “velâyet” bulunmadığında ise yetkisi olmadığı halde bir tasarrufta bulunmuş olur. Her iki durumda da gerçekleştirilen tasarrufun geçerliliği için icazete ihtiyaç vardır. Örneğin kendisine vekâlet yetkisi verilmediği halde başkasının malı üzerinde alım, satım vb. bir hukukî işlem gerçekleştiren fuzûlînin yapmış olduğu hukukî işlemler, adına işlem yaptığı kişinin onayına bağlıdır.

³¹⁶ Apaydın, “İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, s. 185-186.

³¹⁷ Apaydın, “İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, s. 185-186.

³¹⁸ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi*, V, 135, 148.

Bunun gibi mümeyyiz küçüğün yaptığı hukuki işlemler ve hacr altındaki kölenin yaptığı hukukî işlemlerin geçerliliği de icazete bağlıdır.³¹⁹

Fıkıh literatüründe mevkuf işlemlerin sayısı ve ne tür hukukî işlemlerin mevkuf işlemler arasında kabul edildiği çeşitli eserlerde belirtilmiştir. Hanefî fakihlerinden İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) Hanefî eserlerinden aktardığı kadarıyla mevkuf olan satım türlerinin otuz sekize kadar ulaştığını belirtmektedir.³²⁰

Mevkuf işlemler içerisinde kabul edilen fuzûlînin, mümeyyiz küçüğün ve mahcur kölenin tasarrufları gibi mevkuf olup hüküm doğurması için icazetin şart olduğu akidlerde, akdin in'ikad etmiş olmakla birlikte hemen hüküm doğurmadığı, hüküm doğurması için icazetin gerekliliği açıkça belirtilmiştir.³²¹ Bu da söz konusu mevkufluk durumunun akdin hükmüne engel olduğunu ortaya koymaktadır. Hanefî hukukçulardan Kâsânî, fuzûlînin akdinin in'ikad ettiğini ancak adına işlem yaptığı kişinin icazet verip vermeme ihtimaline karşın akdin hemen hüküm doğurmadığını ifade etmiştir.³²² Yine Hanefî hukukçulardan Aynî (ö. 855/1451), Şâfiî'nin "Akid hüküm doğurması için kurulmuştur. Fuzûlînin akdi ise hüküm doğurmaz, bu sebeple bătıldır." şeklindeki görüşünü aktararak fuzûlînin akdinde, hüküm her ne kadar hemen doğmamış olsa da muhayyerliklerde olduğu gibi akdin kurulmasından sonrasına ötelenebileceğini belirtmektedir.³²³ Ancak şunu belirtmek gerekir ki satım akdinde muhayyerliğin akdin hükmüne yönelik engel teşkil etmesi ile mevkuf satım akdinin akdin hükmüne engel teşkil etmesi aynı değildir. Muhayyerliğin çoğu örneklerinde akid fiilen sonuçlarını doğurmuş ve işlerlik kazanmıştır. Burada icazet, akdin hükmünün kesinleşmesini ve tarafların iradesiyle akdin feshedilmesi imkanının ortadan kaldırılmasını ifade eder. Mevkuf akidde ise icâzet akdin ilk defa hukukî sonuç doğurması için gereklidir.³²⁴ Dolayısıyla mevkuf akidlerde akid in'ikad etmiş olsa da hüküm ve sonuçlarını doğurup işlerlik kazanması için icazet önemli bir yerdedir.

³¹⁹ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 135.

³²⁰ İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, V, 113. Mevkuf kabul edilen hukukî işlemler için ayrıca bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, I, 498-507.

³²¹ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 135.

³²² البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة والرد من "المالك فيتوقف" Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 305. Ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, V, 148.

³²³ Aynî, *Binaye*, 5, 124 "هذا قول "وقد يتراخى حكم العقد وهو جواب عن قول الشافعي: لأن العقد قد وضع لحكمه، هذا قول " "بالموجب، يعني سلمنا ذلك، لكن الحكم هنا لم يعدم، بل أخر إلى الإجازة، والحكم قد يتراخى عن العقد كالبيع بشرط الخيار

³²⁴ H. Yunus Apaydın, "İcâzet", *DİA*, XXI, 402.

Görüldüğü üzere kişi sahibi olmadığı halde bir malı akde konu etmesi veya velâyetinin³²⁵ bulunmadığı halde bir akid gerçekleştirmesi mümkündür. Söz konusu durumlarda akid, in'ikad ve sıhhat şartları tam olarak kurulmuş olabilir. Ancak bu akid henüz hüküm ve sonuçlarını doğurmamış, mevkuf bir akiddir. Hüküm ve sonuçlarını doğurması için icazet gereklidir. Dolayısıyla akdin önünde hüküm ve sonuçlarını doğurması için bir engel bulunmaktadır. Bu engel, çeşitli sebeplerden ötürü akdin mevkuf olmasıdır. İcazet sonrasında bu mevkufluk ortadan kalkar ve akid nâfiz olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.

2.3.3. İstihkak

Satım akdinde akid konusu malın akid sonrasında satıcının mülkiyetinde olmayan bir mal olduğu ortaya çıkarsa, bu durum akdin hüküm doğurmasına bazı açılardan engel teşkil edebilir. Fıkıh literatüründe istihkak kavramı ile ifade edilen söz konusu durumda akde konu edilen mal, satıcı dışında üçüncü bir kişinin mülkiyeti altında olabileceği gibi mülkiyeti herhangi bir şahsa ait olmayan vakıf mallarından da olabilir.³²⁶ Eğer akde konu edilen malın satıcının malı değil de bir vakıf malı olduğu ortaya çıkarsa, satım akdi bâtil olur. Zira vakıf malları satım akdine konu edilemez. Ancak akde konu edilen malın üçüncü bir şahsa ait olduğu ortaya çıkarsa akid hemen bâtil olmaz. Akde konu malın asıl sahibinin icazetine bağlı olarak mevkuf olur. Malın asıl sahibi akdi onaylarsa akid geçerliliğini sürdürür ve sonuçlarını doğurur. Ancak akdi onaylamayıp reddederse akid fesholur.³²⁷

Akid konusu malın başka birisine ait olması durumunda, satıcının kendi mülkiyetinde olmayan bir malı akde konu etmesi dolayısıyla böyle bir satım akdi, fuzûlî ve gâsıbın satışı ile ilişkilendirilmiştir. Zira fuzûlînin satışında yetkisi olmayan bir kişinin başkasının malını satması, gâsıbın satışında ise başkasına ait bir malı gasp ederek mülkiyetinde olmayan bir malın satım akdine konu edilmesi söz konusudur.³²⁸

³²⁵ Fıkıh mezhepleri velâyeti geniş bir anlamda kullanıp farklı tasnifler içerisinde incelemişlerdir. Yapılan farklı tasnifler bir yana velâyet, fıkıh literatüründe vekil, velî ve vasiyi de içerisine alan geniş kapsamlı bir kavram olarak kullanılır. H. Yunus Apaydın, “Velâyet”, *DİA*, XXXIII, 16.

³²⁶ Hamza Aktan, “İstihkak”, *DİA*, XXIII, 337.

³²⁷ Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-burhânî*, VII, 16; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 151; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 45.

³²⁸ Bulut, *İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması*, s. 237-239.

İstihkak söz konusu olduğunda fuzûlinin akdinde olduğu gibi satıcı malı akde konu etmiş, alıcı ile satıcı arasında akid bağı kurulmuştur. Ancak akid henüz hüküm ve sonuçlarını doğurmamıştır. Zira asıl mâlikin icazetine mevkuftur. Söz konusu mevkufluk akdin hüküm doğurmasına engel teşkil etmektedir. Asıl mâlik onay verirse akdin kurulmasına ilave olarak, onayla birlikte hüküm ve sonuçlar doğar. Ancak akde onay vermezse akid kurulmuş olmasına rağmen hüküm doğurmadan akid bağı sona erer. İstihkak durumunda akdin hükmünün doğmasının, mâlikin onay ve fesih arasındaki tercihiine bağlı olması dolayısıyla bu konu muhayyerlikler içerisinde ele alınmış, bu durum istihkak muhayyerliği (خيار الاستحقاق) şeklinde terimleşmiştir.³²⁹

2.3.4. Akdin Fâsid Olması

“Fesad” ve “butlân” terimleri fıkıh literatüründe, hem ibadetler hem de hukukî işlemlerin, muhtevasında bulunan bozukluğu veya bunların hükümsüzlüğünü ifade etmek için kullanılmıştır. İslam hukukçularının çoğunluğu bu iki kavramı birbiri ile aynı anlamda kullanmış, Hanefiler ise ibadetler konusunda çoğunlukla paralel görüşe sahipken akid ve hukukî işlemlerde fesad ve butlân terimlerini farklı anlamlarda kullanmışlardır.³³⁰ Fesad ve butlân ayırımını Hanefî mezhebinin teşekkülünde önemli rol oynayan ilk dönem metinlerinden itibaren görmek mümkündür. Şeybânî *el-Asl* adlı eserinde özellikle mebûin miktarındaki bilinmezlik gibi satım akdinin özüne ilişkin bir eksikliğin bulunması durumunda akdin bâtil olacağını, semenin miktarında bilinmezlik bulunması durumunda ise akdin fâsid olacağını belirterek söz konusu ayırımı açıkça belirtmiştir.³³¹ Mecelle de Hanefilerin hukukî işlemlerdeki bu ayırımını benimseyerek fâsid satım akdini, “Bey’i fasid, aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan yani zaten münakid olup da evsafi hariciyyesi itibariyle meşru olmayan bey’dır.”³³² şeklinde, bâtil satım akdini ise “Bey’i bâtil, aslen sahih olmayan bey’dır.”³³³ şeklinde tanımlamıştır. Buna göre fâsid akid hukukî açıdan varlık kazanmış ancak akdin sahih olabilmesi için gerekli şartlardan

³²⁹ İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, VI, 2; Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecmau’l-enhur fî şerhi Mülteka’l-ebhur*, III, 33.

³³⁰ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak fî’l-fıkhi’l-İslâmî*, IV, 103-104; H. Yunus Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, 417.

³³¹ Şeybânî, *el-Asl*, II, 432-440.

³³² *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 109.

³³³ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 110.

kaynaklanan eksiklik sebebiyle sakatlanmış, bâtil akid ise baştan itibaren varlık kazanamamış akiddir.³³⁴

Hanefiler bu ayırımdan hareketle bâtil satım akdine herhangi bir sonuç bağlamayıp tamamen akdi hükümsüz kabul ederken, fâsid satım akdini bâtil akid gibi görmemişler kısıtlı şartlarla da olsa akdin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmişlerdir. Tahâvî (ö. 321/933) *el-Muhtasar* adlı eserinde fâsid satım akdinin hükümlerini ele aldığı başlık içerisinde Ebû Hanîfe'ye göre alıcının mebîi satıcının izni ile kabz etmesi durumunda akdin fâsid olsa dahi hüküm doğuracağını belirtmektedir.³³⁵ Ancak kabz gerçekleşmiş olsa da fâsid satım akdi sahih akid gibi kabul edilmemiş, fâsid satım akdinde kabz ile akdin fesadı sabit hale geldiği için tarafların fâsid akdi feshetmelerinin gerekliliği belirtilmiştir.³³⁶

Serahsî, fâsid akidde kabzdan önce mülkiyetin durumunu hibe akdindeki kabzdan önce mülkiyetin durumuna benzeterek söz konusu mülkiyetin zayıf olduğunu ifade etmektedir.³³⁷ Her ne kadar akid kurulmuş olsa da akde ilişen fesad, akdin hüküm doğurmasına engeldir. Akdin hüküm doğurması için kabz ile güçlendirilmesi gerekir.³³⁸ Kabzdan önce fâsid satım akdinin tamamlanmadığını gösteren en önemli husus şart muhayyerliğinde muhayyer olan tarafın karşı tarafın rızâsı olmaksızın akdi feshedebileceği gibi akdin taraflarından herhangi birinin karşı tarafın rızâsını almaya gerek duymaksızın akdi feshedebilmesidir.³³⁹ Bu sebeple hem şart muhayyerliğinde hem de fâsid akidde mülkiyet tamamlanmamış, zayıf bir mülkiyettir. Muhayyerlikte mülkiyetin tamamlanması için muhayyerliğin sona ermesi gerekirken fâsid akidde mebîin kabz edilmesi gerekmektedir. Kabzdan sonra akdin feshedilmesi ise fesadın niteliğine göre değişmekte, İslam hukukçuları bu konuda çeşitli görüşler ileri sürmektedirler. Fesad şayet akdin bedelinden kaynaklanıyorsa kabz öncesinde olduğu gibi kabzdan sonra da taraflar karşı tarafın rızâsına gerek duymaksızın akdi feshedebilir. Zira fesad akid bünyesinde (sulbü'l-akd). Bu sebeple fesadın tashih edilmesi mümkün değildir.

³³⁴ Zeylaî, *Tebyînü 'l-hakâik*, 1313, IV, 43-44.

³³⁵ Tahâvî, *el-Muhtasar*, s. 85.

³³⁶ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 304.

³³⁷ “والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام في حكم الملك كالهبة قبل القبض” Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 64. Benzer değerlendirmeler için bkz. Muhyiddin Mehmed Efendi (Çivizâde), *el-Îsâr li halli 'l-Muhtâr*, I, 496.

³³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 9.

³³⁹ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 300. Kâsânî, fâsid akidde kabzdan önce taraflardan herhangi birinin diğerinin rızâsına ihtiyaç duymadan akdi feshetmesinin, akdin başlangıcındaki akdi kuran irade beyanlarından olan icap ve kabulden imtina etmesi gibi olduğunu ifade etmektedir.

Fesadın akdin bedelinden kaynaklanmayıp mesela fâsid bir şart sebebiyle akde iliştiği durumda ise³⁴⁰ Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a nisbetle fesih yetkisinin yine fesadın bedelden kaynaklandığı durumda olduğu gibi her iki tarafa ait olduğu, İmam Muhammed'e nisbetle ise baştan bu yetkiyi elinde bulundurmayı şart koşana ait olduğu belirtilmektedir.³⁴¹

Fâsid akidle şer'î bir yasak çiğnendiği için tarafların bu akdi derhal bozmaları gerekir. Zira bu fesadın ortadan kaldırılması artık tarafların akdi sürdürüp sürdürmemesine dönük rızâlarına bırakılmamış, Allah hakları ile ilişkilendirilmiştir. Fesih yetkisine sahip olan taraf, diğer tarafın rızâsına veya hâkimin onayına gerek duymaksızın akdi feshettiğini beyan eder veya mebîi satıcıya herhangi bir şekilde iade eder. Fâsid satım akdinde her ne kadar kabz ile hukukî sonuç doğuyorsa da fesad sebebiyle elde edilen bir mülkiyetten yararlanmak dinen mahzurlu görülmüştür. Zira bu mülkiyet "habîs" bir mülkiyet olarak nitelendirilmiş, bundan faydalanmanın taraflara helâl olmayacağı belirtilmiştir.³⁴²

Fıkıh eserlerinde akdi fâsid kılan sebepler geniş bir şekilde ele alınmış, satım akdinin çeşitli sebeplerle fesadına yol açan birçok fâsid akid türü sayılmıştır.³⁴³ Genellikle fâsid satım akdinin kabz ile sonuç doğurduğu fıkıh eserlerinde belirtilmiş olsa da bu durum bütün fâsid satışlar için geçerli değildir. Zira fâsid akid türleri içerisinde kabz gerçekleşmiş olmasına rağmen akdin hüküm doğurmadığı akidler de mevcuttur. Şakayla yapılan satım akdi (hâzilin satışı), babanın küçük çocuğunun malını kendisi için satın alması veya kendi malını küçük çocuğuna velisi olarak satması ya da müşterinin, elinde bulunan emanet malı kendisi için satın alması durumlarında bahsedilen akidler fâsiddir, ancak kabz edilmeleri dolayısıyla sonuç doğurmazlar.³⁴⁴

³⁴⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, IV, 112.

³⁴¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 300-301; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, IV, 112-113; H. Yunus Apaydın, "İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü" (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989), s. 138-139.

³⁴² Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 300-304.

³⁴³ Fâsid akid türleri için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2-28.

³⁴⁴ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 175; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, IV, 508; Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", s. 50.

2.4. SATIM AKDİNDE HÜKMÜ ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR

Hukuki işlemler işlemin unsur ve şartlarına ilişkin herhangi bir sakatlık bulunmadığında sahih olarak kurulur ve kendisinden amaçlanan faydayı sağlamak üzere hüküm ve sonuçlarını doğurup varlığını devam ettirir. Ancak işlemin unsur ve şartlarında bir eksiklik varsa bu durum işlemin sahih olarak doğmasını engeller. Eksiklik hukukî işlemin şartlarında ise yukarıda da temas ettiğimiz üzere işlem fâsid olarak doğar ve sonuç doğurması için birtakım ilave koşullar ileri sürülür. İşlemin unsurlarından birinde eksiklik bulunduğu ise işlem varlık kazanamaz ve işleme bağlanan tek sonuç o işlemin bâtil olmasıdır. Prensipite bâtil olan hukukî işlemler hiçbir sonuç doğurmasalar da bu durumun bazı istisnaları mevcuttur. Nikâh akdinde akid bâtil olsa da zifâf meydana gelmişse had cezasının gerekmemesi, doğacak çocuğun nesebinin sabit olması, kadının iddet beklemesi ve mehre hak kazanması gibi sonuçlar bu kabildendir.³⁴⁵

Hukukî işlemler sahih bir şekilde kurulup in'ikad ettikten sonra fesih, ikâle ve infisâh gibi çeşitli sebeplerden dolayı ortadan kalkabilir. Ancak bu durum işlemin butlânından farklıdır. Zira butlân durumunda işlemin unsurları tam olarak yerine getirilmeyip hukuk düzenine aykırı davranıldığı için işlem baştan itibaren doğmamış kabul edilir. Zerkâ ikisinin farkını ortaya koymak için akdin butlânını ölü doğmuş çocuğa, sonradan hükmünün ortadan kalkmasını ise sağ olarak doğup sonradan bir sebebe binaen ölümü gerçekleşen şahsa benzetmektedir.³⁴⁶ Ayrıca butlânda akdin ölü doğmasına sebep olan eksiklik baştan anlaşılmayıp sonradan ortaya çıkarsa, geriye dönük olarak baştan itibaren işlemin hiç varlık kazanmadığına hükmedilir. Zira baştan itibaren hukuka aykırılık teşkil edecek bir eksiklik bulunmaktadır. Ancak işlemin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurduktan sonra bir sebebe dayanarak hükmünün ortadan kalkması böyle değildir. Örneğin akid konusunun helâki sebebiyle infisâh eden bir satım akdinin hükmü ortadan kalktığında, akid baştan itibaren yok sayılmaz. Bu akid, unsur ve şartları tam olarak gerçekleşmiş, hukuka aykırılık oluşturacak bir eksiklik bulunmadan sahih olarak kurulmuş olabilir. Ancak akid sonrasında bir sebebe binaen akid infisâh ettiğinde, akdin hükmü ortadan kalkar ve söz konusu hükümsüzlük infisâhtan sonra başlar.³⁴⁷

³⁴⁵ Ali Bardakoğlu, "Butlân", *DİA*, VI, 477.

³⁴⁶ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, I, 593.

³⁴⁷ Apaydın, "İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü", s. 94-95.

Aynı şekilde içerisinde muhayyerliğin bulunduğu feshe muhtemel olan akidlerde ve kabzın gerçekleştiği fâsid akidlerde kamil mânada olmasa da akdin hüküm ve sonuçları doğmuştur. Bundan sonra akdin hükmünü ortadan kaldırmaya dönük gerçekleşecek olan fesih, infisâh ve ikâle gibi durumlarda akid, butlânda olduğu gibi baştan hükümsüz sayılmaz. Bahsi geçen durumlar hüküm doğurmuş bir akdin hükmünü sonradan ortadan kaldırır.

Satım akdinde akid kurulup hükmünü doğurduktan sonra akdin hükmünü ortadan kaldıran sebepler temelde iki kısma ayrılmaktadır. Birincisi tarafların iradesi doğrultusunda gerçekleşen iradi sebepler, ikincisi ise tarafların iradeleri dışında gerçekleşen gayri iradi sebeplerdir.³⁴⁸ Çalışmamızın bu kısmında akdin hükmünün ortadan kalkmasını, tarafların birisinin veya her ikisinin iradesi doğrultusunda ve tarafların iradeleri dışında bir sebeple akdin hükmünün ortadan kalkması şeklinde iki kısımda inceleyeceğiz.

2.4.1. Akdin Hükmünün Tarafların İradesi ile Ortadan Kalkması

Satım akdinin tarafları kurulmuş ve hüküm doğurmuş olan akdi kendi iradeleri ile ortadan kaldırabilirler. Akdin, taraflardan birisinin iradesiyle son bulup hükmünün ortadan kaldırılması fesih, her iki tarafın iradesiyle sona erdirilmesi ise ikâle kavramıyla ifade edilmiştir.³⁴⁹

2.4.1.1. Fesih Sebebiyle Akdin Hükmünün Ortadan Kalkması

Fesih, akid irtibatının sona erdirilmesidir.³⁵⁰ Muhayyerliğin bulunduğu gayri lâzım akidler ve akdin sıhhat şartlarında bulunan eksiklik sebebiyle fâsid olan akidler, akdin taraflarından fesih yetkisinin bulunduğu taraf veya tarafların iradesiyle feshedilebilir.³⁵¹ Fâsid satım akdinde fesih gerekli görülürken muhayyerlik durumunda fesih bir gereklilik değil, tercihtir. Fesih hakkı olan taraf sarih beyanı ile veya kendisinin fesih işlemine delâlet eden bir tasarrufu ile akdi feshedebilir. Feshe delâlet eden işlem, muhayyerlik

³⁴⁸ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âam*, I, 593.

³⁴⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 306.

³⁵⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 292.

³⁵¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 306.

durumunda teslim yükümlülüğü bulunan bedelde mâlik sıfatıyla tasarruf edip akdin devam ettirilmeyeceğine işaret eden fiil ile olur.³⁵²

Burada özellikle belirtmeliyiz ki fesih her zaman mutlak mânada akdin hükmünü ortadan kaldırmaz. Çünkü akid kurulmuş olsa bile henüz hüküm doğurmamış olabilir. Yukarıda temas ettiğimiz üzere şart muhayyerliği gibi muhayyerliklerin bulunduğu akidlerde, akid kurulmuş ancak henüz hüküm doğurmamıştır.³⁵³ Dolayısıyla fesih işlemi söz konusu akidlerde akdin hükmü doğmadan sadece akid bağını ortadan kaldırır. Ayrıca fâsid satım akdinin kabzdan önce feshedilmesi de hüküm doğurmamış fakat kurulmuş bir akdin akid bağını sonlandırmaktadır. Dolayısıyla fesih her zaman akdin hükmünü ortadan kaldıran bir işlev görmez. Fesih, hüküm doğurmuş fakat henüz bağlayıcılık kazanmamış akidlerde akdin hükmünü ortadan kaldırıcı bir özellik taşır.

2.4.1.2. İkâle Sebebiyle Akdin Hükmünün Ortadan Kalkması

Satım akdinin kurulumunun akabinde akid taraflarının karşılıklı irade beyanları ile akdi feshetmelerini ifade eden ikâlenin mahiyetine dair İslam hukuku literatüründe üç farklı görüş ortaya çıkmıştır. Şâfiîler, Hanbelîler ve Hanefî mezhebinden İmam Muhammed ve Züfer'in benimsediği birinci görüşe göre ikâle hem taraflar hem de üçüncü kişiler için fesihtir. İmam Mâlik ve Ebû Yûsuf'un kabul ettiği ikinci görüşe göre ikâle gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler için yeni bir akiddir. Ebû Hanîfe'nin esas aldığı üçüncü görüşe göre ise taraflar için fesih üçüncü kişiler için yeni bir akiddir.³⁵⁴ Tahâvî ikâlenin kabz ile ilişkisine değinerek Ebû Hanîfe'ye göre ikâlenin hem kabzdan önce hem de kabzdan sonra fesih olduğunu Ebû Yûsuf'a göre ise kabzdan önce fesih kabzdan sonra da müstakil bir akid olduğunu aktarır Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih ettiğini belirtmektedir.³⁵⁵ Görüldüğü üzere ikâlenin fesih mi yoksa yeni bir akid mi olduğu hususu fukaha arasında ihtilafıdır. Bu ihtilafın birtakım sonuçları bulunmaktadır. İkâlenin fesih olduğu kabul edildiğinde başta gerçekleştirilen akdin hükmü ortadan kalkar. Buna bağlı olarak bu akdin gerekleri ve sonuçları da geriye dönük olarak iptal olur. Ancak ikâle yeni bir akid olarak

³⁵² Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 271-272.

³⁵³ Bkz. 2.3.1.1. no'lu başlık.

³⁵⁴ Bilal Aybakan, "İkâle", *DİA*, XXII, 14; Vehbe ez-Zühaylî, *Mevsû'atü'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kadâya'l-mu'âsıra*, Dımaşk: Dârü'l-fikr, 2012, IV, 504-506.

³⁵⁵ Tahâvî, *el-Muhtasar*, s. 79.

kabul edilirse, ikâle ile yeni bir satım akdinin hüküm ve sonuçları doğar. Böylece tarafların konumu değişir. İlk akidde satıcı olan taraf yeni akidde alıcı, ilk akidde alıcı olan taraf ise yeni akidde satıcı olur. Buna göre yeni akidde henüz kabz gerçekleşmeden mebî' üzerinde tasarruf edilemez. Fesih durumunda şüf'a hakkı ileri sürülemezken yeni bir akid kabul edildiği takdirde şüf'a hakkı ileri sürülebilir.³⁵⁶

2.4.2. Akdin Hükümünün Tarafların İradesi Dışında Bir Sebeple Ortadan Kalkması

Satım akdinin hükmü tarafların iradesiyle ortadan kaldırılabilceği gibi tarafların iradesi dışında birtakım sebeplerden dolayı da ortadan kalkabilir. Bu durum genellikle akid konusu sebebiyle akdin ifâsının imkansız hale gelmesinden kaynaklanır. Kabz gerçekleşip akid henüz tamamlanmadan önce akdin konusunun helâk olması, akdin ifâsını imkansız hale getirir.

2.4.2.1. Mebûin Kabzdan Önce Helâki

Satım akdinin konusu olan mebî' parça borçlarının en tipik örneğini oluşturur. Akdin ifâsı mebûin teslimi ile gerçekleştirilir. Mebî' ister mislî mallardan olsun ister kıyemî mallardan olsun akid esnasında mevcut ve muayyen hale getirilmesi gerektiği için akdin ifâsı da ancak muayyen hale getirilmiş olan mebûin teslimi ile gerçekleşir. Bunun yerine başka bir malın teslim edilmesi ifâ yerine geçmez. Alacaklı, belirlenmiş olan mebûin yerine başka bir şeyi almaya zorlanamaz. Zira muayyen hale getirmek, onun aynının talep edildiği anlamına gelir.³⁵⁷

Akdin ifâsında mebî' olarak belirlenmiş olan malın teslimi esas olduğu için mebûin kabzdan önce helâk olması akdin ifâsını imkansız hale getirir. Bu sebeple satım akdinde mebûin helâki akdin infisâhına yol açar.³⁵⁸ Ancak burada helâkin, akid konusunun tamamında mı yoksa bir kısmında mı olduğu, kabzdan önce mi yoksa sonra mı olduğu, ayrıca helâkin kaynağının ne olduğunun tespiti, akdin infisâhına etkisi

³⁵⁶ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, VI, 176-179.

³⁵⁷ Bilal Aybakan, "İslam Hukukunda Borçların İfâsı" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996), s. 45-47.

³⁵⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 238; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 306.

bakımından önem arz etmektedir. Mebîin tamamı, kabzdan önce doğal bir afetle veya mebîin kendi fiiliyle (mesela mebî‘ canlı hayvan olduğunda) ya da satıcının bir fiiliyle helâk olursa akid infisâh eder. Çünkü, îfâ gerçekleşmeden mebî‘ helâk olmuştur. Ancak mebî‘ kabzdan önce alıcının bir fiiliyle helâk olursa akid infisâh etmez. Zira mebîin, alıcının fiili sebebiyle helâki akdin îfâ edilmiş olması ile sonuçlanır. Bu durumda îfâ gerçekleşmiş olur. Alıcı da akdin gereği olarak semeni ödemekle yükümlü tutulur. Mebîin üçüncü bir şahsın fiiliyle helâk olması durumunda ise müşteri akdi sürdürüp veya feshetme hususunda muhayyerdir. Buraya kadar bahsettiklerimiz mebîin kabzdan önce helâkine ilişkindi. Şayet mebîin tamamı kabzdan sonra helâk olursa akid infisâh etmeyip tamamlanmış kabul edilir. Zira kabz ile akid tamamlanmış, mülkiyet istikrar kazanmıştır.³⁵⁹

Semenin helâki satım akdinde mebîin helâkinin sebep olduğu sonuçları doğurmaz. Çünkü semen satım akdinde bizatihi kendisi talep edilen şey değildir. Bu yüzden mebî‘ tayinle taayyün ederken semen tayin ile taayyün etmez. Ancak semenin cinsi,³⁶⁰ miktarı ve vasfı³⁶¹ belirlenmiş olmalıdır.³⁶² Satım akdinde mebîin bedeli olan semen, zimmette deyn (borç) olarak sabit olabilecek türden şeylerden olmalıdır. Bu yüzden semenin helâk olması durumunda zimmetteki borç düşmez. Helâk olan semenin yerine aynı cins, miktar ve vasıfta olan misli verilir. Ancak semenin tedavülden kalkması durumunda akdin infisâh edip etmeyeceği tartışmalıdır. Hanefî mezhebinde, Ebû Hanîfe’ye göre semen olarak kararlaştırılan paranın tedavülden kalkması ile akid infisâh eder. Alıcı mebîi teslim etmeli, eğer helâk olmuşsa da kıymetini ödemelidir. Çünkü semen olarak belirlenen paranın tedavülden kalkması onu semen olma vasfından çıkarır. Semen olmadan satım akdinden bahsetmek mümkün değildir. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed’e göre ise semenin tedavülden kalkması, doğrudan akdin infisâhına yol açmaz. Alıcı semeni alıp akdi sürdürmek veya akdi feshetmek konusunda muhayyerdir. Zira semen olarak belirlenen para, tedavülden kalksa bile zimmette sabit olan bir deyndir. Zimmette sabit olan deynin helâki muhtemel değildir. Bu yüzden Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed

³⁵⁹ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi’*, V, 238-240; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 415-420 (md. 293). Kâsânî burada “tekarrur” kelimesini kullanır. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi’*, V, 239.

³⁶⁰ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 242.

³⁶¹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 239.

³⁶² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I, 354 (md. 243); Gözübenli, *İslamda Para ve Fonksiyonları*, s. 80; Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Gamzu uyûni’l-besâir şerhu kitâbi’l-eşbâh ve’n-nezâir*, Beyrut: Dârü’l-kütübü’l-ilmiyye, 1985, III, 353.

paranın tedavülünden kalkmasını bir ayıp olarak değerlendirmiş bu durumda alıcının ayıp muhayyerliğine sahip olduğu görüşünü benimsemişlerdir.³⁶³

2.4.2.2. Mebî'de Şüf'a Hakkının Doğması

Fıkıh literatüründe şüf'a "satım veya bu hükümdeki bir akidle alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı"nı ifade etmek üzere kullanılmıştır.³⁶⁴ Şüf'anın mahiyeti, sebepleri, hangi tür malların şüf'aya konu olacağı, şüf'anın şartları gibi konular fıkıh literatüründe ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bahsedilen bu hususlar üzerinde birçok tartışmalı mesele bulunmakla birlikte bu başlık altında konumuzla doğrudan ilgisi münasebetiyle şüf'anın satım akdinin hükmüne etkisini ele alacağız.

Şefî' (şüf'a hakkı sahibi) şüf'aya konu olan akarın satılmasının akabinde bu hakkını kullanıp kullanmamakta muhayyerdir.³⁶⁵ Mebîin satılmış olması şefîyi doğrudan mâlik yapmaz. Şefî', şüf'a hakkını kullanıp mebîin mülkiyetini elde etmeyi hak eder. Bu sebeple satım akdi sonrasında şefînin mebî' üzerindeki yetkisi mülkiyet (hakku'l-milk) düzeyinde değil mülkiyeti elde etmeye dönük hak (hakku't-temellük) düzeyindedir.³⁶⁶ Şefîin mülkiyeti ya kendisinin şüf'a hakkını kullanmaya dönük iradesi neticesinde müşterinin mebîi (burada artık meşfû'dur) teslimi ile olur, veya hâkimin hükmü ile gerçekleşir. Şefîin şüf'a hakkını kullanmasından önce mebî' müşterinin mülkiyetindedir. Müşteri mebî' üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir.³⁶⁷ Çünkü mebîin mülkiyeti hala müşteriye aittir. Şüf'a hakkı kullanılmadan veya hâkimin hükmünden önce şefîin temellük hakkı müşteri ile satıcı arasında kurulan akdi ortadan kaldırmaz. Akdin hükmü bu süre içerisinde geçerliliğini sürdürür.

Şefîin şüf'a hakkını kullanması, müşterinin meşfû akarı teslim etmesi veya hâkimin hükmü sonrasında, şüf'anın akdin hükmüne tesiri ortaya çıkar. Şüf'anın mahiyetine ilişkin ortaya konan farklı görüşlere göre şüf'anın satım akdinin hükmüne etkisi değişiklik arz eder. Kâsânî, bu konuda Hanefî mezhebi içerisinde iki farklı görüşten

³⁶³ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 242.

³⁶⁴ İbrahim Kâfi Dönmez, "Şüf'a", *DİA*, XXXIX, 248.

³⁶⁵ Zühaylî, *Mevsû'atü 'l-fikhi 'l-İslâmî ve 'l-kadâya 'l-mu'âsıra*, V, 686.

³⁶⁶ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 22; Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", s. 243.

³⁶⁷ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 22.

bahsetmektedir. Birinci grubun benimsediği görüşe göre, satım akdi kurulduktan sonra mebî‘ henüz alıcıya teslim edilmeden hâkim şüf‘aya hükmederse satıcı ve alıcı arasındaki akid bozulur (ينتقض). Satıcı ve şefî‘ arasında yeni bir akid kurulur. Sanki satıcı, hem müşteri hem de şefîye iki ayrı icapta bulunmuş, hâkimin şüf‘aya hükmetmesiyle şefî‘, bu hüküm neticesinde kendisine yöneltilen icabı kabul etmiş, müşteriye yöneltilen icap ise geçersiz sayılmıştır. Akdin bozulacağını ileri süren bu grup, görüşlerini şu şekilde delillendirmiştir: Şayet hâkim kabzdan önce şüf‘aya hükmederse alıcı için mebîi kabzetme imkanı ortadan kalkar. Çünkü hâkimin hükmü şüf‘aya konu olan malın mülkiyetini şefîye devreder. Müşterinin mebîi kabzetme imkanının ortadan kalkması ise kabzdan önce mebîin helâkinde olduğu gibi akdin butlânına yol açar. Ebû Yûsuf’un da aralarında bulunduğu ikinci grubun görüşüne göre ise mebîin satılıp henüz müşteri tarafından kabzı gerçekleşmediği durumda hâkim şüf‘aya hükmederse akid bozulmaz (لا ينتقض); bilakis şefî‘ lehine, dönüşür (تتحول الصفقة). Zira satıcı ve müşteri arasındaki akdin bozulması şüf‘a hakkının da düşmesine yol açar. Şüf‘anın varlık kazanma sebebi ise zaten satıcı ile müşteri arasındaki satım akdidir.³⁶⁸ Buradaki anlatımda, akdin bozulacağını ileri süren birinci grubun görüşüne göre; satıcı tarafından hem alıcı hem de şefîye yöneltilen iki icap varmış gibi tasavvur edilmesi ve şefîin kendisine yöneltilen icaba olumlu yanıt vermesi neticesinde mülkiyeti elde etmesi, meselenin esasında alıcı ve satıcı arasında bir akdin kurulmadan bozulduğu şeklinde anlaşılmaya daha müsaittir. Zira akdin dönüşeceğini benimseyen ikinci grubun ileri sürdüğü, “şayet alıcı ve satıcı arasında bir akid kurulmamış olsaydı şefîin şüf‘a hakkı ileri sürme sebebi gerçekleşmezdi” şeklindeki itiraz da bunu desteklemektedir. Ayrıca burada infisâh yerine, bozulma (ينتقض) ifadesinin kullanılmasının da bununla alakalı olduğu gözükmemektedir. Buna ilave olarak şüf‘a hakkının gerçekleşmesi için satıcının mebî‘ ile olan irtibatının sonlanmış olması gerekir. Bu sebeple fâsid veya satıcının muhayyer olduğu bir satım akdinde satıcının mebî‘ üzerindeki mülkiyeti henüz ortadan kalkmadığı için şüf‘a hakkı doğmaz.³⁶⁹ Satıcının mülkiyetinin ortadan kalkması ise şüf‘a hakkının doğmasına da sebep olan satıcı ve alıcı arasındaki akiddir.

³⁶⁸ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi‘*, V, 23.

³⁶⁹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 1026; Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi‘*, V, 13.

Görüldüğü üzere şüf'anın mahiyetine ilişkin ortaya konan farklı görüşler neticesinde şüf'anın satım akdinin hükmüne etkisi farklılık arz etmektedir. Hanefî mezhebinde ağırlıklı olarak benimsenen görüş şüf'anın baştan bir satın alma olduğu görüşüdür.³⁷⁰ Mecelle de bu görüşü benimseyerek “Bir mülkü şüf'a ile almak ibtidaen iştirâ menzilesindedir.” (md. 1037) demiştir.

2.5. İSLAM HUKUKUNUN BİRLİK VE AYRILIK İLKELERİNE GÖRE KONUMU

Kara Avrupası hukuk sistemlerinde satım akdinde mülkiyetin intikali, borçlanma ve tasarruf işlemleri kapsamında ele alınmış, mülkiyetin intikali için sözleşmeyi yeterli gören hukuk sistemleri birlik ilkesini, mülkiyetin intikali için sözleşmeye ilave olarak tasarruf işleminin de gerekli olduğunu benimseyen hukuk sistemleri ise ayrılık ilkesini kabul etmiştir. Bu ikisinin haricinde birlik ilkesini esas almakla birlikte mülkiyetin devri için teslimin de gerekli olduğunu kabul eden bir görüş daha bulunmaktadır. Prusya Genel Kanunu tarafından benimsenen bu görüş, birlik ilkesi ile beraber teslim esasının da gerekliliğini kabul etmiştir.³⁷¹ İslam hukuku, borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayrılığı prensibini benimseyen ve satım akdinde mülkiyetin intikali için tasarruf işlemi esas kabul eden ayrılık ilkesinin yapısına oldukça uzaktır. Her ne kadar fıkıh literatüründe kabzın önemi vurgulanıp kabzın bazı durumlarda bir nevi akid niteliğinde olduğu belirtilmiş olsa da satım akdinde mülkiyetin intikali akdin kurulmasına bağlanmıştır.³⁷² Bu açıdan İslam hukukundaki yapı birlik ilkesine daha yakındır. İslam hukukunda kabzın önemi, intikal eden mülkiyetin niteliği üzerinde yapılan derinlemesine inceleme ve değerlendirmelerden anlaşılmakta, mülkiyete olan etkisi göz ardı edilmediği görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla satım akdinde kabzın eksikliği mülkiyeti kısıtlayıcı, akid sonrasında kabzın gerçekleşmiş olması ise akid konusu üzerindeki mülkiyeti tamamlayıcı bir etki göstermektedir. Zira kabzdan önce bazı mallar üzerinde

³⁷⁰ Zühaylî, *Mevsû'atü'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kadâya'l-mu'âsıra*, V, 660; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 13; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 239.

³⁷¹ Bkz. tezin 1.3. no'lu başlık.

³⁷² Fıkıh literatüründe “لأن القبض له شبه بالقبض” veya “لأن القبض شيها بالعقد” ifadeleriyle çeşitli şekillerde kabzın bir nevi akde ifade edilmiştir. Benzer kullanımlar için bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 240; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 18; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, VI, 386; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 386.

tasarrufa ilişkin yasaklar bunu göstermektedir. Ancak İslam hukukunda Prusya hukukunda olduğu gibi akid konusunun teslim ve tesellümü akdin geçerliliğinin bir parçası sayılmamıştır. Zira mülkiyetin intikalini ifade eden akdin aslî hükmü akid ile gerçekleşirken, akid konusunun kabz ve teslimi akdin hukuku içerisinde akdin hükmüne tabi ikincil dereceden hak ve borçlar içerisinde sayılmıştır.³⁷³ Ayrıca satım akdi İslam hukukunda tamamlanması akid konusu aynın teslimine bağlanan aynî akidler içerisinde sayılmamıştır.³⁷⁴ Bununla birlikte kabzın akdin hükmünü tamamlayıcı bir rol oynaması, teslim esasının İslam hukuku tarafından ihmal edilmediğini göstermektedir.

İslam hukukunda akid konusunun mülkiyetinin akid ile intikal etmesinin birtakım şartları bulunmaktadır. Bu şartlar mülkiyetin akid ile intikal etmesi görüşünün benimsenmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Zira İslam hukukunda akid konusu üzerindeki aynî hak bizzat akid ile derhal intikal eder. Satıcının sahip olmadığı bir aynî hakkı devretmesi mümkün değildir. Ayrıca mülkiyetin İslam hukukunda benimsendiği şekliyle akid ile değil de akid sonrası ilave bir tasarruf işlemi ile intikal edeceğini kabul eden hukuk sistemlerinde bu şartlar öne sürülmemiştir. Bahsi geçen bu şartları maddeler halinde aşağıda sıralayacağız.

a) Akdin konusunun mevcut olması: İslam hukukuna göre satım akdine konu edilen mebiin akid anında mevcut olması gerekir. Mevcut olmayan bir malın akde konu edilmesi caiz görülmemiştir.³⁷⁵ İslam hukuku literatüründe bu durum “ma’dûmun satışı caiz değildir,” şeklinde formüle edilmiştir.³⁷⁶ Akdin konusunun, akid esnasında mevcut olmaması, akid ile mülkiyetin intikalini kabul eden bir hukuk sistemi için sorun teşkil eder. Zira akid konusunun akid kurulduktan sonra mevcut olup olmayacağı belirsizdir. Varlık kazanacağı belirsiz bir malın akde konu edilmesi ve bu akidle mülkiyetinin devredilmesi tarafları anlaşmazlığa götürüp hukukî tikanıklığa yol açacaktır.

b) Akdin konusunun mülkiyet altındaki mallardan olması: Mülkiyet altında olmayan, toplumun her bir ferdinin kullanıp yararlanması hususunda ortak olduğu umuma açık arazideki ot ve su gibi mallar, mübah mallar olarak kabul edilir. Söz konusu mallar ihraz edilip mülkiyet altına alınmadığı sürece mübah mal olma özelliğini sürdürür.

³⁷³ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi’*, V, 233, 243, 256; İbn Nüceym, *el-Bahrü ‘r-râik şerhu Kenzi ‘d-dekâik*, V, 282; İbn Âbidîn, *Haşiyetü Reddi ‘l-muhtâr ale ‘d-Dürri ‘l-muhtâr*, IV, 506.

³⁷⁴ Bkz. başlık başlık no.2.2.2..

³⁷⁵ Kâsânî, *Bedâiu ‘s-sanâi’*, V, 138; İbn Nüceym, *el-Bahrü ‘r-râik şerhu Kenzi ‘d-dekâik*, V, 279.

³⁷⁶ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 205, 363.

Satım akdi bir temlik akdidir. Mülkiyet altına alınmamış bir malın temlik edilmesi ise mümkün değildir. Bu sebeple herhangi bir kişi mülkiyet altına alınmamış mübah malları kendi malı gibi veya bir başkası adına satım akdine konu edip satamaz.³⁷⁷ Söz konusu mallar üzerinde bir satım akdi gerçekleştirilmiş olsa da bu akid in'ikad etmediği gibi hüküm de doğurmaz.

c) Akdin hüküm doğurması için akid konusunun satıcının mülkiyeti altında olması gerekliliği: Satım akdinin in'ikadı için mebûin satıcının mülkiyeti altında olması şart değildir. Zira akdi fuzûlî veya mümeyyiz küçük gibi yetkisi olmayan bir kişinin yapması durumunda akid in'ikad etmiş kabul edilir. Ancak akdin hüküm doğurması yani akid ile mülkiyetin intikal etmesi için prensipte mebûin satıcının mülkiyeti altında bulunması gerekli görülmüştür. Aksi takdirde akid hüküm doğurmayıp mülkiyetin intikali gerçekleşmez. Bu konunun bir istisnası mevcuttur. O da akid konusuna malik olan kişinin kendi iradesiyle yetkilendirdiği veya hukukun bu konuda yetkili kabul ettiği kişilerin akdi gerçekleştirmesi durumunda akid yapan kişi akid konusuna malik olmasa bile akdin hüküm doğurmasıdır. Bu kapsamda malik olmadığı halde, yaptığı akid hüküm doğuran kişiler, akid konusuna malik olan kişinin vekîli, velîsi ya da vasîsidir. Söz konusu yetkiye sahip olmadığı halde akid yapan fuzûlî, mümeyyiz küçük vb. ise akdi in'ikad eder fakat hüküm doğurmaz. Hüküm doğurması için mal sahibinin onayı gereklidir. Dolayısıyla bu kişilerin yaptığı satım akdi nâfiz değil, mevkuftur.³⁷⁸

d) Akdin konusunun teslim edilebilir olması: Satım akdi esnasında teslim edilebilir olmayan mebûin akid sonrasında teslim edilebilir olup olmayacağı şüphelidir. Bu sebeple akid anında mebûin teslim edilebilir olması şartı aranmış, bu şartın eksikliği akdin in'ikadına engel olarak görülmüştür. Satım akdi ile elde edilmek istenen maddi fayda akid konusunun teslimi ile gerçekleşir.³⁷⁹ Akid anında teslim edilebilir olmayan mebûin sonradan teslim edilebileceği kesin olmadığı için söz konusu faydanın gerçekleşmesi de buna bağlı olarak şüphelidir. Hanefî eserlerde mebûin teslim edilebilir olmasının akde olan etkisi genellikle kaçan kölenin satımı üzerinden örneklendirilmiştir. Akid yapıldığı anda kölenin kaçmış olması durumunda teslimi meçhul olduğu için böyle

³⁷⁷ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi'*, V, 146.

³⁷⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü 'l-hükkâm şerhu Mecelleti 'l-Ahkâm*, I, 545 (md. 365).

³⁷⁹ Arif Atalay, "İslam Hukukunda Kabz" (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), s. 65.

bir akid münakid olarak görülmemiştir. Ancak akid ini'kad ettikten sonra henüz kabz gerçekleşmeden kölenin kaçması akdi infisah ettirmez. Zira akid anında teslim edilebilir olma şartı yerine getirilmiştir.³⁸⁰

e) Akdin konusunun muayyen hale getirilmesi: Satım akdinin konusuna ilişkin gerekliliklerden birisi de akdin konusunun ferden muayyen hale getirilmesidir. Akdin konusu tarafları nizâyâ götürmeyecek derecede belirlenmiş olmalıdır. Ancak akdin konusunun muayyen olması özellikle Hanefilerde in'ikad ve nefâz şartı olarak görülmemiş, sıhhat şartları içerisinde değerlendirilmiştir. Bu sebeple akid konusunun veya bedelinin meçhul olması akdi bâtil kılan bir sebep olarak görülmeyip akdi fâsid kılan sebepler arasında sayılmıştır.³⁸¹

Satım akdinin konusuna ilişkin bahsedilen gerekliliklerin eksikliği durumunda her birisine farklı müeyyide uygulanmıştır. Hanefilere göre akid konusunun mevcut ve teslim edilebilir olması akdin in'ikad şartlarından, satıcının mülkiyet ve yetkisi dahilinde olması nefâz şartlarından, muayyen ve bilinebilir olması ise sıhhat şartlarındandır.³⁸² Buna göre akdin konusu mevcut değilse akid bâtil, satıcının mülkiyetinde değilse veya yetkisi olmayan bir kişi akde konu ediyorsa mevkuf, muayyen ve bilinebilir değilse de akid fâsid olur.

Modern hukuk sistemleri içerisinde özellikle Kara Avrupası hukuk çevresinin büyük bir kısmında benimsenen borçlanma ve tasarruf işlemlerinin ayırımı ve bu ayırımın gereği olarak benimsenen hükümler, İslam hukukunda satım akdinde mülkiyetin intikaline ilişkin kabul edilen hükümlerden önemli ölçüde farklılık arz etmektedir. Bu farklılığın temel sebeplerinden birisi İslam hukukunda aynî hak kavramının baskınlığı ve aynî hak kavramı ile alacak hakkı kavramı arasında net bir ayırım yapılmamış olmasıdır. Bu yüzden İslam hukukunda borçlanma ve tasarruf işlemi gibi bir ayırıma gidilmemiştir. Satım akdinde aynî hakkın devri bizzat akid ile gerçekleşmektedir. Ayrılık ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde önce bir borçlanma işlemi gerçekleşmekte bu işlem aynî hakkı devretmeyip bir alacak hakkı doğurmaktadır. Ardından borçlanma işleminin ifası olarak tasarruf işlemi gerçekleştirilmekte ve aynî hak bu işlemle devredilmektedir. İslam

³⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 22; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 147; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, V, 279.

³⁸¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 156.

³⁸² Ali Bardakoğlu, "Bey'", s. 15.

hukukunda Kara Avrupası hukuk sisteminin tasarruf işlemi için öne sürdüğü malın mevcut olması, teslim edilebilir olması gibi şartlar daha baştan akid esnasında şart koşulmaktadır. Zira tasarruf işleminin gösterdiği aynî hakkın devrine ilişkin tasarrufi etkiyi, İslam hukukunda bizzat akdin kendisi göstermektedir.³⁸³



³⁸³ Hasan Hacak, “Garar Kavramına Yeni Bir Yaklaşım”, *İslam İktisadında Garar*, ed. Soner Duman, Muhammed Emin Durmuş, İsmail Bektaş, İstanbul: İktisat Yayınları, 2021, 76-82.

SONUÇ

Klasik fıkıh eserlerinde akid teorisi müstakil olarak ele alınmamış, belli akid türlerinin incelendiği bölümlerde içkin olarak yer almıştır. Özellikle satım akdi, akid teorisinin işlendiği akidler arasında model bir akid niteliğindedir. Modern hukuk sistemlerinde de satım sözleşmesi uygulama alanı en geniş olan sözleşmedir. Ayrıca satım sözleşmesi borçlar hukukunun teorik kısmını oluşturan genel hükümler bölümünün çoğunlukla bu sözleşmeye göre şekillendiği önemli bir konuma sahip olmuştur.

Satım akdi, mülkiyeti nakleden, ivazlı, her iki taraf için bağlayıcı, rızâî bir akiddir. Satım akdi yoluyla mülkiyetin intikali işleminde, mülkiyetin intikalinin hukukî sebebi bizzat satım akdinin kendisidir. Ancak mülkiyetin intikali için akdin kendisinin yeterli olup olmaması veya akde ilave olarak akid konusunun kabz ve tesliminin gerekliliği hukuk sistemleri içerisinde tartışılmıştır. Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde bu konuda temelde iki farklı ilke benimsenmiştir. Birincisi mülkiyetin intikali için satım akdinin gerçekleşmesini yeterli gören ve ilave bir tasarruf işlemini şart koşmayan “birlik ilkesi”, diğeri ise mülkiyetin intikali için satım akdine ilave olarak tasarruf işlemini gerekli gören “ayrılık ilkesi”dir. Tasarruf işlemi, satım akdine konu edilen malın menkul veya gayrimenkul mal olmasına göre değişiklik arz eder. Menkul mallarda tasarruf işlemi malın tesliminden ibaret iken gayrimenkul mallarda ise tapuya tescil şeklindedir.

Kara Avrupası hukuk sisteminde borçlanma ve tasarruf işleminin birliği ve ayrılığı ilkelerinin yanı sıra bu iki işlemin geçerliliğinin birbirine bağlı olup olmaması da mülkiyetin intikali sürecinde önemli bir ayrım olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayrım borçlanma ve tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı (illilik) ve sebepten soyutluğu (mücerretlik) şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre tasarruf işlemi geçerlilik kazanmak için kendisinden önce gerekli şartları haiz bir borçlanma işleminin varlığına ihtiyaç duyuyorsa sebebe bağlılık ilkesinden, borçlanma işlemi geçerli şartları taşıyorsa veya varlık kazanmadığı halde tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemiyorsa o halde sebepten soyutluk ilkesinden bahsedilir. Prensip olarak her hukukî işlem varlık kazanmak için bir hukukî sebebin varlığına ihtiyaç duyar. Borçlanma işleminin hukukî sebebi bizzat bu işlemin kendisidir. Ancak tasarruf işleminde durum borçlanma işlemi gibi değildir. Tasarruf işleminin hukukî sebebi bu işlemin varlık kazanmasını sağlayan borçlanma işlemidir. Zira tasarruf işlemi kendinden önceki bir borçlanma işleminin ifâsı

niteliğindedir. Soyutluk ilkesinin benimsenmesi neticesinde yalnızca tasarruf işlemi ile bir kazandırma gerçekleştiğinde bu kazandırma, henüz varlık kazanmamış veya gerekli şartları haiz olmayan bir borçlanma işlemi neticesinde olursa sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olur.

Birlik ve ayrılık ilkeleri ile sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkeleri arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır. Birlik ilkesi mutlak surette sebebe bağlılık ilkesini gerekli kılrsa da ayrılık ilkesinin benimsenmesi sebebe bağlılık veya sebepten soyutluk ilkesinden herhangi birinin benimsenmesini zorunlu kılmamaktadır. Zira bazı hukuk sistemleri ayrılık ilkesini benimsemiş olmakla birlikte sebebe bağlılık ilkesini, bazı hukuk sistemleri ise yine ayrılık ilkesini kabul ettikleri halde sebepten soyutluk ilkesini benimsemişlerdir.

Hukuk sistemleri tarafından birlik veya ayrılık ilkelerinin benimsenmesi pratikte birtakım şartların kabul edilmesini de zorunlu olarak beraberinde getirmiştir. Söz gelimi birlik ilkesini benimseyen bir hukuk sistemine göre, satım akdinde akdin konusu malın mevcut olması ve malın satıcının mülkiyetinde olması gerekir. Çünkü bu ilke borçlanma işlemi mülkiyetin intikalini gerçekleştiren asıl işlem olup alıcıya aynî hakkın devrini sağlamaktadır. Satıcının sahip olmadığı veya henüz mevcut olmayan bir hakkı devretmesi mümkün değildir. Birlik ilkesinin beraberinde getirdiği bir diğer şart ise satıcının borçlanma işlemini yaptıktan sonra akdin konusunu başka bir borçlanma işlemine konu edemiyor olmasıdır. Nitekim satıcı borçlanma işlemi ile akdin konusunun mülkiyetini devretmiş, mal üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiştir. Sahip olmadığı bir hakkı başka bir borçlanma işlemi yapmak suretiyle üçüncü bir kişiye devretmesi ise mümkün değildir.

Birlik ilkesi ile ilgili belirtmemiz gereken bir husus da bu ilkenin bünyesinde mülkiyetin intikali için teslimin de gerekliliğini öngören bir görüşün daha bulunmasıdır. Birlik ilkesinde borçlanma işlemini mülkiyetin intikali için yeterli görmeyen bu görüş, borçlanma işlemine ilave olarak teslimin gerekliliğini kabul etmektedir. Teslim şartını öne sürmesi sebebiyle hukuk literatüründe bu görüş birlik ilkesinin teslim esası ile birleşmesi şeklinde ifade edilmiştir.

Ayrılık ilkesinin benimsenmesinin de önemli birtakım sonuçları bulunmaktadır. Borçlanma işleminin mülkiyetin devrinde tek başına bir etki göstermeyeceğini ileri süren bu ilkeye göre borçlanma işlemi yalnızca bir taahhüt niteliğindedir. Dolayısıyla bu ilkenin benimsenmesi durumunda satıcı, aynı mal üzerinde birden fazla kişiyle farklı borçlanma

işlemleri gerçekleştirebilir. Bu işlemlerin birbirine önceliği söz konusu değildir. Ayrıca aynî hakkı devretmemesi sebebiyle borçlanma işlemi esnasında akde konu edilen malın satıcının mülkiyetinde olması, hatta mevcut ve muayyen olması da şart değildir.

Kara Avrupası hukuk çevresi içerisinde birlik ilkesini Fransız hukuku benimsemektedir. Ayrılık ilkesini ise Alman ve İsviçre/Türk hukuk sistemleri benimsemiştir. Ayrılık ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinden Alman hukuku hem menkul hem de gayrimenkul malların satımında soyutluk ilkesini geçerli kabul etmiştir. İsviçre/Türk hukuku ise prensipte sebebe bağlılık ilkelerini benimsemiş olmakla birlikte menkul malların satımında sebebe bağlılığı mı yoksa soyutluk ilkesini mi benimsediği tartışmalıdır.

Anglo-Sakson hukukuna göre satım akdinde mülkiyetin devri konusundaki benimsenen tutum, tespit edebildiğimiz kadarıyla menkul mallarda birlik ilkesinin gayrimenkul mallarda ise ayrılık ilkesinin kabulü şeklinde olmuştur. Ferden muayyen hale getirilmemiş veya henüz mevcut olmayan malların satımında ise sözleşme, mülkiyeti devredici mahiyet taşımamaktadır.

Fıkıh literatüründe satım akdinin hukukî sonuçları “akdin hükmü” ve “akdin hukuku” terkipleriyle ifade edilmiştir. Satım akdinin hukukî sonuçlarını belirtmek üzere rastladığımız bir başka anlatım ise “aslî hüküm” ve tâbi hükümler” şeklindeki kullanımdır. Buna göre akdin hükmü veya aslî hüküm şeklinde ifade edilen sonuç, satım akdinde mülkiyetin intikalini ifade etmekte, akdin hukuku veya tâbi hükümler ise aslî hükme tâbi olan ve mülkiyetin intikali için gerekli olan hak ve borçları belirtmektedir.

İslam hukukunda gerekli şartlar yerine getirildiğinde ve mülkiyetin intikalini engelleyici bir durum bulunmadığı takdirde satım akdinin kurulması ile mülkiyetin intikal ettiği görüşü ittifakla kabul edilmektedir. Ancak akid konusu malın kabz ve tesliminin akdin hükmüne etkisi sıkça vurgulanmış, çeşitli hükümlerden hareketle kabzın önemi belirtilmiştir. Bu husus en belirgin olarak akid sonrasında henüz kabz ve teslim gerçekleşmeden önce alıcının elde ettiği mülkiyetin niteliğine ilişkin değerlendirmelerde kendisini göstermektedir. Hanefî fıkıh literatüründe satım akdinde kabzdan önce alıcının mülkiyetinin durumunu belirtmek üzere çeşitli ifadeler kullanılmıştır. Alıcının malı kabz etmeden önce mal üzerindeki mülkiyeti zayıf bir mülkiyet olarak nitelendirilmiş, mülkiyetin kabz ile “tekküd” edip “istikrar” kazanacağı belirtilmiş, satım akdinin kabz ile tamamlanacağı ifade edilmiştir. Kabzdan önce mülkiyetin sahibine en geniş yetkileri

veren tam mülkiyet olmaması sebebiyle alıcının kabzdan önce mebî' üzerindeki tasarrufları belli açılardan sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda alıcının kabzdan önce mebîi bir başka satım akdinde konu etmesi, kabzdan önce mebîin helâk olması ihtimali sebebiyle akdin infisahına (gararu'l-infisâh) yol açacağı gerekçesiyle caiz görülmemiştir. Bu değerlendirmelerden anlaşılmaktadır ki, satım akdinde her ne kadar mülkiyetin intikali akid ile gerçekleşiyor olsa da tarafların akid ile elde edecekleri asıl fayda akid konusu bedellerin mülkiyetinin elde edilmesinin yanı sıra bizzat akdin konusunun kabzı ile gerçekleşeceği için kabz ve teslimin önemi ihmal edilmemiş, bu durum çeşitli şekillerde belirtilmiştir.

Satım akdi tarafların irade beyanları ile kurulmuş olsa da çeşitli sebeplerden dolayı akdin hüküm doğurması belli bir süre engellenebilir, ertelenebilir, bazı şartların gerçekleşmesine bağlanabilir veya akid hüküm doğurmuş olsa dahi bu hüküm birtakım sebeplerden dolayı ortadan kalkabilir.

Satım akdinde muhayyerlik, akdin hükmünü engelleyici bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak muhayyerliklerin akdin hükmüne tesiri çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir. Söz gelimi şart muhayyerliği, farklı görüşler bulunmakla birlikte akdin hükmünün sübûtuna etki etmekte, görme muhayyerliği ve ayıp muhayyerliği ise akdin hükmünün tamamlanmasına etki etmektedir. Muhayyerlik süresince akdin hükmü ötelenmekte, muhayyerliğin sona ermesiyle akid hüküm doğurmaktadır.

Satım akdinin hükmüne engel teşkil eden bir başka durum ise akdin mevkuף olmasıdır. Yetki eksikliği veya üçüncü şahısların hakları sebebiyle henüz işlerlik kazanmamış ve sonuçlarını doğurmamış akdi ifade etmek için kullanılan mevkuף akid terimi, satım akdinde akid in'ikad ettiği halde akdin hükmünün yetkili şahısların onayına bağlı olarak asılı kalmasını ifade eder. Buna göre akdin hüküm doğurması bahsi geçen gerekli şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Satım akdi unsurlarını tam olarak taşımakla birlikte bazen şartlarındaki bir eksiklik sebebiyle fâsid olarak doğabilir. Genellikle Hanefilerin muâmelât alanıyla ilgili yaptıkları fâsid-bâtıl ayırımının bir sonucu olarak fâsid akid, belli şartlarda bâtıl akidden ayrılmaktadır. Buna göre fâsid satım akdi kabzdan önce herhangi bir sonuç doğurmamakla birlikte kabzın gerçekleşmesiyle sonuç doğurmaktadır. Bu hükümden hareketle akde ilişkin fesadın akdin hükmünün gerçekleşmesine engel teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Satım akdi sahih bir şekilde kurulup mülkiyetin intikalini engelleyici bir unsur da bulunmadığı halde birtakım gerekçelerle akdin hükmü ortadan kalkabilir. Bu gerekçeleri temelde iki kısma ayırmak mümkündür. Birincisi tarafların iradeleri sebebiyle akdin hükmünün ortadan kalkması, diğeri ise tarafların iradeleri dışında bir sebeple akdin hükmünün ortadan kalkmasıdır. Birincisi, fesih ve ikâle yoluyla olur. Taraflardan fesih hakkı bulunanın bu hakkını kullanması neticesinde akdin hükmü sona erer. Yahut her iki tarafın da anlaşarak akdi sona erdirmeleriyle ikâle işlemi gerçekleşir. Bu suretle akdin hükmü ortadan kalkar. Akdin hükmünün sonradan bahsedilen sebeplerle ortadan kalkması konusunda dikkate değer olan husus, akdin hiç kurulmamış gibi kabul edilmeyip sahih olarak kurulan ve hüküm doğuran bir akdin hükmünün sonradan ortadan kalkmasıdır.

Satım akdinin hükmünün tarafların iradesi dışında bir sebeple ortadan kalkması ise iki şekilde gerçekleşir. Birincisi akdin konusu mebiin kabzdan önce helâki diğeri de akid sonrasında şüf'a hakkı olan kişinin bu hakkını kullanması ile olur. Mebiin kabzdan önce helâk olması akdin ifâsını imkansız hale getirir. Akdin ifâsının imkansızlığı ise akid hüküm doğurmuş olsa da bu hükmü ortadan kaldırmaktadır.

Şüf 'a hakkı bizzat akdin hükmünü ortadan kaldırmaz. Zira şüf 'a hakkına sahip olan kişi bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda muhayyerdir. Şefi'in bu hakkını kullanmadan önce gerçekleştirilen satım akdi geçerlidir. Bu akid sebebiyle mebî henüz alıcının mülkiyetindedir. Ancak şefi'in hakkını kullanması neticesinde şüf'a, bu akdin hükmünü ortadan kaldıran bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Modern hukuk sistemleri içerisinde yer alan Kara Avrupası hukuk çevresinde borçlanma ve tasarruf işlemlerinin birliği ve ayrılığı ilkeleri şeklinde ortaya çıkan ayırım, mülkiyetin intikalinde sözleşmenin yeterli olması veya sözleşmeye ilave teslim ya da tescil işlemlerinin gerekli olması şeklinde iki temel farklı yaklaşımı doğurmuştur. Bu ilkelerden birinin benimsenmesi neticesinde hukuk politikasının bir gereği olarak sözleşme anında ileri sürülen şartlar katı veya esnek olmuştur. Birlik ilkesinin benimsenmesi durumunda sözleşmeye aynî hakkın devri yetkisi verildiği için sözleşme anında sözleşme konusu malın mevcut olması, teslim edilebilir olması, muayyen olması gibi şartlar ileri sürülmüştür. Buna mukabil ayrılık ilkesinde sözleşme esnasında bahsedilen şartlar aranmamıştır. Hanefi mezhebini merkeze alarak incelediğimiz İslam hukukuna göre ise satım akdinde mülkiyet akid ile intikal etmekte bu sebeple akid anında

malın mevcut olması, mülkiyet altında olması, satıcının malı olması, teslim edilebilir olması ve muayyen olması gibi şartlar gerekli görülmüştür. Bu açıdan İslam hukukundaki yaklaşım birlik ilkesine daha yakın durmaktadır. Ancak İslam hukukunda teslim ve tesellüm gerçekleşmeden alıcının birtakım tasarruflarının sınırlandırılması ve akid sonrasında elde edilen mülkiyetin teslim ve tesellümden sonraki mülkiyet ile aynı mahiyette olmadığına yönelik hükümler teslim ve tesellümün öneminin ihmal edilmediğini göstermektedir.



KAYNAKLAR

- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Basım, 2. Baskı., 2018.
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Ansay, Sabri Şakir. "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hususunda Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1-4 (1953).
- Antalya, O. Gökhan. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.
- Apaydın, H. Yunus. "Fesad". *DİA*, XXII, 417-421.
- Apaydın, H. Yunus. "İcâzet". *DİA*, XXI, 401-403.
- Apaydın, H. Yunus. "İn'ikad". *DİA*, XXII, 314-315.
- Apaydın, H. Yunus. "İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü." Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 1989.
- Apaydın, H. Yunus. "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)". *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (1989).
- Apaydın, H. Yunus. "Mevkuf". *DİA*, XXIX, 438-440.
- Apaydın, H. Yunus. "Muhayyerlik". *DİA*, XXXI, 25-30.
- Apaydın, H. Yunus. "Velâyet". *DİA*, XXXXIII, 15-19.
- Aybakan, Bilal. "İkâle". *DİA*, XXII, 14-16.
- Aybakan, Bilal. "İslam Hukukunda Borçların İfası." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 1996.
- Atalay, Arif. "İslam Hukukunda Kabz". Doktora Tezi. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2012.
- Aynî, Bedreddin. *el-Binâye*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2000.
- Bâbertî, Muhammed b. Mahmûd. *Şerhu'l-İnâye ale'l-Hidâye*. Beyrut: Dârü'l-fıkr, 1970.
- Bardakoğlu, Ali. "Bey'". *DİA*, VI, 13-19.

- Bardakoğlu, Ali. "Butlân". *DİA*, VI, 476-478.
- Beyânûnî, Muhammed Ebû'l-Feth. "Hüküm". *DİA*. XVIII, 466-468.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Ravza Yayınları, 2013.
- Buhârî, Burhâneddin. *el-Muhîtu'l-burhânî*. Thk. Abdülkerim Sami el-Cündî. Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 2004.
- Bulut, Abdurrahman. "İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2021.
- Ceylan, Hadi Ensar. "İslâm Borçlar Hukukunda Akdın Bağlayıcılığı." Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2017.
- Çivizâde, Muhyiddin Mehmed Efendi. *el-İsâr li halli'l-Muhtâr*. Nşr. İlyas Kaplan. İstanbul: Mektebetü'l-irşâd, 2016.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Şüf'a". *DİA*, XXXIX, 248-252.
- Ebû Zehre, Muhammed. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye*. Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1996.
- Edis, Seyfullah. "Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususiyle İlliyyet Meselesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (1957), 278-300.
- Ekrem Muhammed Hüseyin el-Bedüv, "Hükümü'l-akd – dirâsetün mukârene –", *Mecelletü râfidîn li'l-hukûk* 10/55, (t.y.): 1-24.
- Erbek, Özge. "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi". *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8(Özel) (2013), 937-985.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 24. Baskı., 2019.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 16. Baskı., 2019.
- Gözübenli, Beşir. "İslamda Para ve Fonksiyonları." Doktora Tezi. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986.
- Gözübenli, Beşir. "Semen". *DİA*, XXXVI, 465-467.
- Hacak, Hasan. "Garar Kavramına Yeni Bir Yaklaşım", *İslam İktisadında Garar*. Ed. Soner Duman, Muhammed Emin Durmuş, İsmail Bektaş. İstanbul: İktisat Yayınları, 2021, 67-91.

- Hacak, Hasan. "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2000.
- Hacak, Hasan. "Milk". *DİA*, XXX, 62-64.
- Hafif, Ali. *Ahkamü'l-mu'âmelâti's-ser'iyye*. Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 2008.
- Hafif, Ali. *el-Milkiyye fi's-ser'ati'l-İslâmiyye*. y.y.: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1996.
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar. *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2014.
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed. *Gamzu uyûni'l-besâir şerhu kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1985.
- Hammâd, Nezîh. *el-Hiyâze fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Dımaşk: Mektebetü dârü'l-beyân, 1978.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülazîz. *Haşiyetü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*. Beyrut: Dârü'l-fikr, 1966.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin. *el-Muğnî*. Nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî - Abdülfettâh Muhammed el-Hulv. Riyad: Dârü'l-âlemi'l-kütüb li't-tibâati ve'n-neşri ve't-tevzî', 1997.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim. *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. y.y.: Dârü'l-kütübi'l-İslâmî, t.y.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim. *Fethu'l-gaffâr bi-şerhi'l-Menâr*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2001.
- İbn Receb, Zeynuddîn Abdurrahman b. Ahmed. *el-Kavâ'id*. y.y: Darü'l-fikr, t.y.
- İbnü'l-Hümâm. *Fethu'l-kadîr*. Beyrut: Dârü'l-fikr, 1970.
- İbnü'r-Rif'a. *Kifâyetü'n-nebih fi şerhi't-Tenbih*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009.
- Kadri Paşa, Muhammed. *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân fi'l-mu'âmelâti's-ser'iyye*. Nşr. Muhammed Ahmed Serrâc - Ahmed Câbir Bedrân. Kahire: Dârü's-Selâm, 2011.
- Karâfi, Şehâbeddin. *ez-Zehîre*. Thk. Muhammed Bûhubze. Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1994.

- Kâsânî. *Bedâiu 's-sanâi* '. Beirut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1986.
- Kisbet, Mustafa. "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi." Doktora Tezi. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Baskı., 2017.
- Mâverdî. *el-Hâvi'l-kebîr*. Thk. Ali Muhammed Muavvaz - Âdil Ahmed Abdulmevcûd. Beirut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999.
- Medkûr, Muhammed Sellâm. *el-Medhal li'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Dârü'l-kütübi'l-hadîs, 2. Basım, 1996.
- Mergînânî, Burhâneddin. *el-Hidâye*. Beirut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- Molla Hüsrev. *Mir'âtü'l-usûl*. Beirut: Dâru sâder, 2011.
- Mûsâ, Muhammed Yûsuf. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*. y.y.: Dârü'l-fikri'l-Arabî, 1987.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref. *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*. Beirut: Dârü'l-fikr, t.y.
- Oğuz, Arzu. *Karşılaştırmalı Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 26. Basım, 2020.
- Özdamar, Demet (Çelikleş). "Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması". *Yargtay Dergisi* 26/3 (2000).
- Semerkandî, Alâeddin. *Tuhfetü'l-fukahâ* '. Beirut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994.
- Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed. *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Beirut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1997.
- Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed. *Nazariyyetü'l-akd*. Beirut: Menşûrâtü'l-Halebi'l-hukûkiyye, 1998.
- Serahsî, Şemsüleimme. *el-Mebsût*. Beirut: Dârü'l-ma'rife, 1993.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. Haz. Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı., 2019.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 8. Bası., 2018.

- Söğüt, İpek Sevda. “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69/2 (2020).
- Suyûtî, Celâleddin. *el-Eşbâh ve 'n-nezâir*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1983.
- Şa'bân, Zekiyyüddin. *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-fikh)*. Çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2015.
- Şafak, Ali. “Akar”. *DİA*, II, 221.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Asl*. Thk. Mehmet Boynukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012.
- Şeyhîzâde (Dâmâd). *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. Nşr. Muhammed Hasan Talu ve diğer.. İstanbul: Tereke Yayıncılık, 2015.
- Şirbînî, Hatîb. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer. *el-Muhtasar*. Nşr. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî. Kahire: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1370.
- Tokat, Hüseyin. *Aynî Akit*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Topal, Şevket. *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet*. Ankara: STS Yayınları, 2014.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Sermet Matbaası, 6. Baskı., 1976. II.
- Türcan, Talip. *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2016.
- Utku, Doruk. “Sınai Hakların Rehni” Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2008.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Umumi Kısım 1-2*. Çev. Cevat Edege. Ankara: Olguç Matbaası, 2. Baskı., 1983.
- von Tuhr, Andreas. “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli”. Çev. Kudret Ayiter. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (1946): 633-646.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 16. Baskı., 2019.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989, I.

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *Akdü'l-bey'*. Dımaşk: Dârü'l-kalem, 2012.

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*. Dımaşk: Dârü'l-kalem, 2. Baskı., 2004.

Zerkeşî, Bedreddîn. *el-Mensûr fi'l-kavâ'id'il-fikhiyye*. y.y.: Vizâratü'l-evkâfi'l-Kuveytiyye, 1985.

Zeydân, Abdülkerim. *el-Medhal li dirâseti'sherî'ati'l-İslâmiyye*. Beyrut: Müessesetü'r-risâle nâşirûn, 2005.

Zeylaî, Osman b. Ali. *Tebyînü'l-hakâik*. Bulak: el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313.

Zühaylî, Muhammed. *el-Ukûdü'l-müsemmat*. Dımaşk: Matbaatü dârü'l-kitâb, 1990.

Zühaylî, Vehbe. *Mevsû'atü'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kadâya'l-mu'âsıra*. Dımaşk: Dârü'l-fikr, 2012.

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Abdulhamit		SOĞUKPINAR
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller	Arapça		İngilizce
ve Düzeyi	İleri Düzeyde		Başlangıç Düzeyinde
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lise	2009	2013	Erzurum Merkez İmam-Hatip Lisesi
Lisans	2013	2018	Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Yüksek Lisans	2018	2022	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku
Doktora			
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı	
1. Türkiye Katılım Bankaları Birliği	2018	2020	Merkezi Danışma Kurulu (Uzman Yardımcısı)
2. Giresun Üniversitesi	2020	Devam Ediyor	İslami İlimler Fakültesi (Araştırma Görevlisi)
İletişim (e-posta):			
Tarih		19.08.2022	
İmza			
Adı Soyadı		Abdulhamit SOĞUKPINAR	

