



Katılım Bankalarının Murabaha İşlemlerinde Malın Kabzı Meselesinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*

Nazan KAPICI

Arş. Gör, Sakarya Üniversitesi İslam Ekonomisi ve Finansı Uygulama ve Araştırma Merkezi, nazankapici@sakarya.edu.tr

Doi:

Makale Bilgisi:

Geliş 04.01.2018

Kabul 23.07.2018

ÖZET

20. yüzyılda köklü bir şekilde değişen dünya düzeniyle ve kapitalist/liberal ekonomik sistemin güç kazanmasıyla birlikte toplumların ve bireylerin ticaret, para ve tüketim anlayışlarında da ciddi değişimler gerçekleşmiştir. Söz konusu değişim ve kırılmalar neticesinde şekillenen modern ekonomik sistemde bankalar daha güçlü bir şekilde yer almış ve eskiye oranla faaliyet alanlarını genişletmiştir. Faizli kredi sistemi üzerine kurulu olan bu bankalar nicelik olarak da artmış, İslam ülkeleri de dahil olmak üzere pek çok ülkede varlık göstermeye başlamışlardır.

Anahtar Kelimeler:
Kabz, Teslim, Katılım
Bankacılığı, Murabaha, Akit

Keywords:
Delivery, Murabaha,
Participation Banking,
Contract

JEL Classification Codes:
Z12, G21

İslam dininde yasaklanmış olan faize dayalı konvansiyonel bankacılık sisteminin İslam ülkelerinde faaliyet gösteriyor olması Müslümanları rahatsız etmiş ve alimleri bu konuda çözüm arayışına sevk etmiştir. Bu arayışın neticesi olarak günümüzde “katılım bankacılığı” veya “faizsiz bankacılık” diye isimlendirilen bankacılık sistemi İslam ülkelerinde uygulanmaya başlamıştır. Konvansiyonel bankaların alternatifi olarak görülen katılım bankalarında mevduat işlemleri, karz-ı hasen, murabaha, icare, müşareke ve mudarebe gibi İslam dini tarafından izin verilen alışveriş şekillerine dayalı olarak yürütülmektedir.

Varlıklarını sürdürebilmek için aynı piyasada faaliyet gösteren konvansiyonel bankalarla rekabet etmek zorunda olan katılım bankaları, zaman içinde İslami kurallara göre hareket etme şiarından bazı tavizler vermişlerdir. İslam alimlerinin bir kısmı tarafından bu bankaların kuruluş amacına hâle getirecek nitelikte görülen bu tavizler zaman içinde problem haline alarak ulemanın gündemine oturmuş ve bu minvalde pek çok çalışma kaleme alınmıştır. Katılım bankalarının, finansman sağlamak amacıyla sıkça başvurduğu murabaha uygulamasında malı fiilen teslim almadan ve fatura, tapu gibi belgeleri kendi adına düzenletmeden müşteriye satması da bu tavizler arasında yer almaktadır. Katılım bankalarının depolama, nakliye ve vergi gibi masrafları azaltarak düşük maliyetli finansman sağlamak ve kâr

oranlarını artırmak amacıyla başvurduğu bu uygulama, bazı alimler tarafından İslam'da satım akdinin gereklerinden olan kabz unsurunu ihlal ettiği ve bankayı, diğer bankalar gibi sıradan bir finansör durumuna getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu çalışmada mevcut eleştiriler çerçevesinde gayrimenkul ve menkul mallarda teslimin ne ile gerçekleşeceği, bankanın teslim için müşterisine vekalet vermesinin caiz olup olmadığı, tapu ve ruhsat gibi kayıtların kabz yerine geçip geçmediği, kabzedilmeyen mal üzerinde ne gibi tasarruflar yapılabileceği sorularına cevap aranmıştır.

ABSTRACT

In the 20th century, with radically changing world order and the capitalist/liberal economic system, individuals' understanding of trade, money and consumption changed seriously. This modern economic system embodied form of banks strongly, and these banks have expanded areas of operations more than the past. These banks were based on interest loan system. They also increased in quantity. They were in existence in many countries, including Islamic countries.

© 2018 PESA All rights reserved

Conventional banking system, which is based on interest rates, has bothered Muslim scholars and has incited them to the search for solutions in this regard. As a result of this searching, the banking system, which is called as "participation banking" or "interest free banking" began to be implemented in Islamic countries. The deposit transactions in participation banks are carried out in accordance with forms of permitted shopping in Islam, such as qard-i hasen, murabaha, ijara, müşaraka and mudaraba.

Participation banks, made some concessions to act according to Islamic rules in time. These concessions caused some problems in time, and Muslim scholars wrote a lot of work in this manner. Participation banks sell goods without virtual delivery and without drawing up documents in customer's name in murabaha application. This is also considered as a concession. This practice has been criticized by some scholars. Within the framework of these criticisms, this study will seek an answer for important questions about delivery in murabaha application.

© 2018 PESA
Tüm Hakları Saklıdır

* Çalışmanın ikinci bölümündeki bazı başlıklar ile üçüncü bölümü, yazarın "Katılım Bankalarının Murabaha İşlemlerinde Malın Kabzı Meselesinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

Giriş

Sanayi Devrimi ile beraber iktisadi alanda meydana gelen gelişmeler, modern ekonomik büyümeyi de beraberinde getirmiş ve ülke ekonomilerinin çok daha hızlı bir şekilde genişlemesine katkı sağlamıştır. Aynı zamanda insanların iktisadi hayattaki ilişki biçimleri ile ticarete ve paraya bakış açılarında büyük bir değişim gerçekleşmiştir. Sosyal, kültürel ve siyasi alanda da pek çok kırılmayı beraberinde getiren bu devrim, iktisadi açıdan daha karmaşık bir yapının ve çoklu ilişkiler ağının hakim olduğu modern dönemin başlatıcısı olarak görülebilir.

Modern öncesi dönemde ticari ilişkiler çoğunlukla iki kişi arasında gerçekleştirilmekte ve daha sade bir yapı arz etmekteydi. Mübadelesi yapılan ürün çeşidinin, alışveriş ve ortaklık yöntemlerinin sınırlı sayıda olması yapılan işlemlerin yalın halde kalmasını sağlamaktaydı. Günümüzde ise bilgi teknolojisinin de gelişmesiyle ticari işlemler aynı anda pek çok kişi tarafından ve çok daha süratli bir şekilde yapılabilir hale gelmiştir. Elektronik ortamda yapılan alışverişler, bir malın fiili olarak el değiştirmeden alınıp satılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca bankaların kurulması ve müşterilerinin nakit ihtiyacını faizli kredi vererek karşılaması, paradan para kazanılabileceği anlayışını zihinlere yerleştirmeye başlamıştır. Modern dönemde yaşanan tüm bu gelişmeler, Müslümanlar tarafından İslam hukukunun helal-haram dairesi ve klasik dönemde ortaya konan akit teorisi çerçevesinde ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Ekonomik sistemin, İslam dininde haram kılınan faize dayalı bankacılık ile irtibatlı olarak yürümesi İslam alimlerini faizli bankacılık sistemine alternatif olabilecek faizsiz bir sistem arayışına sevk etmiştir. Ayrıca petrol fiyatlarındaki artıştan sonra Körfez ülkelerinde meydana gelen sermaye birikiminin değerlendirilmek istenmesi de bu arayışın saiklerindedir. Bu çözüm arayışı neticesinde bugün “İslamî bankacılık”¹ diye isimlendirilen faizsiz bankacılık sistemi geliştirilmiş ve İslam ülkelerinde 1900’lü yılların ikinci yarısından itibaren hayata geçirilmiştir. Kârını faiz yerine İslam’da mübah olan müşareke, mudarebe ve murabaha gibi işlemler yoluyla sağlayan katılım bankalarının sayısı, İslam ülkelerinde kısa sürede artmıştır. Bununla birlikte katılım bankalarının bazı işlemlerinin İslam hukukunda var olan akit teorisine ve akdin geçerliliği için gerekli görülen şartlara tamamıyla uygun olmaması sisteme yönelik eleştiri ve tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Netice itibarıyla faizsiz bir ticari faaliyet arayışı sonucunda oluşturulan katılım bankacılığı sistemi yeni problemlerin doğmasına sebep olmuş ve İslam alimlerini bu sistemin şer’i açıdan mahzurlu yönlerini düzeltme noktasında yeni çalışmalara sevk etmiştir.

Günümüzde katılım bankacılığı işlemlerinin yaklaşık %90’ının murabaha uygulamasına dayalı olarak gerçekleştirilmesi sebebiyle modern murabahanın şer’i açıdan problemleri İslam alimleri tarafından en çok tartışılan hususlardan biri haline gelmiştir. Katılım bankasının satın aldığı malı fiili olarak teslim almadan müşterisine satması da zikredilen tartışmalı mevzulardan biridir. Bu çerçevede çalışmanın temel hedefi, günümüz uygulamaları açısından da önem arz eden murabaha işleminde malın teslimi ve mülkiyetin intikali meselesinin İslam hukuku perspektifinden değerlendirilmesidir.

Çalışmada İslam hukukundaki akit teorisi bağlamında katılım bankalarının uyguladığı murabahada malın fiilen teslim alınmadan müşteriye satılması meselesi ele alınmıştır. Katılım bankalarının mahzurlu görülen diğer işlemleri bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Çalışmada üzerinde durulan asıl nokta, murabaha işleminde bankanın satın aldığı malı kabzetmeden müşterisine satmasının hukuki açıdan sakıncalarıdır. Bu bağlamda gayrimenkul ve menkul mallarda teslimin ne ile gerçekleşeceği, malı teslim alma konusunda bankanın müşterisine vekalet vermesinin caiz olup olmadığı, tapu ve ruhsat gibi kayıtların kabz (teslim alma) yerine geçip geçmediği, kabzedilmeyen mal üzerinde ne gibi tasarruflar yapılabileceği sorularına cevap aranmıştır. Genel anlamda kabz meselesini ele alan tez çalışmaları olmasına rağmen konuyu katılım bankalarının işlemleri ile bağlantılı olarak değerlendiren spesifik bir çalışmanın bulunmaması, bu mevzunun ele alınıp irdelenme sebeplerindedir.

¹ Türkiye’de İslamî bankacılık yerine ‘katılım bankacılığı’ ifadesi kullanılmaktadır. Bu sebeple çalışmada faizsiz bankaları ifade etmek amacıyla ‘katılım bankaları’ ibaresi kullanılacaktır.

Çalışmada yöntem olarak analiz temelli bir değerlendirme benimsenmiştir. İslam hukukundaki akit teorisi, murabaha akdi ve katılım bankalarının bu çerçevedeki uygulamaları eleştirel bir bakış açısıyla tahlil edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, İslam hukukunda akit teorisi hakkında genel bir çerçeve çizilmiş ve geçerli bir akit için bulunması gereken asgari şartlar tespit edilmiştir. Daha sonra klasik fıkıh sisteminde murabaha akdinin durduğu yer ele alınarak murabahanın meşruiyeti ve şartları hakkında ana hatlarıyla bilgi verilmiştir. İkinci bölümde alışverişe konu olan malın kabzedilmesinin akitlere etkisine değinilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise, günümüzde katılım bankalarında murabahanın işleyiş şekli ile murabahanın kabz hükümleri açısından taşıdığı problemler ele alınmıştır.

1. İslam Hukukunda Akit Kavramı ve Murabaha Akdi

1.1. İslam Hukukunda Akit Kavramı

1.1.1. Akdin Tarifi

Akit kelimesi, sözlükte *bağlamak, bir şeyin iki ucunu birleştirmek* anlamlarına gelmektedir. Kelimedeki birleştirme anlamı hem maddi, hem de manevi nitelikli olabilir. İpin iki ucunu akdetmek maddi birleştirmeye, satışı akdetmek ise manevi birleştirmeye örnek olarak verilebilir. Akit kelimesi; “ahd, yemin ve mübadelelerde ittifak” manasında da kullanılmıştır (Topal, 1995, s. 1).

İslam Borçlar Hukuku çerçevesinde terimsel olarak akdin tanımı *Mecelle*'de şöyle yer almaktadır: “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir” (Mecelle, ty, md.103). Tariften akit kavramı ile ilgili olarak, hukuki sonuç doğurmak üzere belirtilen ve birbirine uygun olan karşılıklı iki iradenin var olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla -kural olarak- tek taraflı irade beyanı akit meydana getirmemektedir (Karaman, 1989, II, s. 251). İslam hukukunda satım akdi, diğer akit türleri için de model olarak alınmış ve akitlerle ilgili genel kaideler satım akdine kıyas edilerek belirlenmiştir. Satım akdi ise “Karşılıklı rıza ile malı malla değiştirmektir.” şeklinde tarif edilmektedir (Meydâni, ty, II, s. 3). Önemine binaen bu çalışmada da akdin unsurları ve şartları, satım akdi çerçevesinde ele alınacaktır.

1.1.2. Akdin Unsurları

Akdin unsurları denildiğinde, akdin geçerli olmasını sağlayan rükünler anlaşılmalıdır. İcap ve kabul, satımın gerçekleşmesini sağlamak için tarafların iradelerinin birbirine uygun olduğunu gösteren beyanlardır. Hanefilere göre irade beyanı söz ile yapılabildiği gibi yazı ve bunların yerine geçen fiiller ile de yapılabilir (Kisbet, 2010a, s. 12). Yine Hanefilere göre rızaya delalet eden söz konusu icap ve kabul veya icap ve kabul makamına kaim olan bir fiil, akdin tek unsuru/ rükünüdür. Diğer mezheplere göre ise akdin dört unsuru vardır: Satıcı, müşteri, akdin sigası (icap ve kabul) ile akdin konusu (Zuhaylî, ty, V, s. 3309). Aslında Hanefilerin akdin taraflarını ve konusunu akdin rükünü olarak zikretmemelerinin sebebi, icap ve kabulün içinde bu iki unsurun da bulunduğunu zımnen kabul etmeleridir. Netice itibarıyla Hanefilere göre akdin tarafları ve konusu da rükünler içine dolaylı yoldan girmiş olmaktadır.

1.1.3. Akdin Şartları

Akdin mahiyetinden bir parça olmayan, ancak akdin geçerli olabilmesi için varlığı gerekli olan unsurlar, akdin şartlarını oluşturmaktadır. Akdin şartları, akdin rükünlerini tamamlayıcı bir özellik taşırlar (Atalay, 2012, s. 5). Akdin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli olan şartlar dört başlık altında toplanabilir (Zuhaylî, ty, V, s. 3317-50):

- İn'ikad Şartları:** Bu şartlar, akdin kurulması için gerekli olan şartlardır. Bunların eksikliği durumunda akit batıl (hükümsüz) kabul edilir. Akit yapanların akıllı ve temyiz gücüne sahip olması, mebinin (akit konusu malın) mevcut, mütekavvim (dinen yararlanılması mubah), muhrez (bilfiil elde edilmiş), teslim edilebilir bir mal olması, kabulün icaba uygun olması ve akitte meclis birliğinin bulunması akdin in'ikad şartlarındandır.
- Sihhat Şartları:** Bu şartlar, akdin kusurlu olarak kurulmaması için aranan şartlardır. Bu şartların eksikliği durumunda akit sahih (geçerli) şekilde kurulmamış olur. Akdin unsurlarında herhangi

bir bilinmezlik bulunmaması, taraflardan herhangi biri üzerinde ikrah (zorlama) bulunmaması, akitte aldanma veya faiz şüphesi bulunmaması akdin sıhhat şartlarındandır.

- c. Nefaz Şartları:** Bunlar, geçerli şekilde doğan akitlerin hukuki sonuçlarını doğurması için gereken şartlardır. Akdin, bizzat mebinin sahibi veya onun velisi tarafından yapılması akdin nefaz şartını oluşturmaktadır. Nefaz şartlarını taşıyan akit, tamamlanmasıyla beraber hukuki sonuçlarını doğurur.
- d. Lüzum Şartları:** Akdin, tarafları bağlayıcı olabilmesi için aranan şartlardır. Akdin muhayyerlik (seçim hakkı) barındırmaması lüzum şartıdır.

1.2. Murabaha Akdi

1.2.1. Murabaha Akdinin Tanımı ve Meşruiyeti

Murabaha kelimesi, sözlükte “artma, kazanç, kâr” gibi anlamlara gelen r.b.h kökünden türemiştir. Terim olarak ise bir malın maliyeti veya alış fiyatı üzerine belirli bir miktar kâr konarak satılmasını ifade etmektedir (Zuhayli, ty, V, s. 3765). Murabaha akdi, İslam hukuku kaynaklarında “satım akdi” başlığı altında incelenmiştir. Daha spesifik olarak ise güvene dayalı satım akitleri (büyü’u’l-emâne) çerçevesinde ele alınmıştır. Emanet akitleri de denen bu tür akitlerde, satıcı malın alış fiyatı veya maliyetini karşı tarafa bildirmekte ve alışveriş güven unsuru üzerine kurulmaktadır (Kuru, 2015, s. 5).

Hanefiler hibe (bağışlama), miras ve vasiyet gibi mülkiyetinin karşı tarafa geçişi esnasında alış fiyatı bulunmayan malların murabaha ile satılmasını caiz görmüşlerdir. Bu malların alış fiyatı olmadığı için, satım esnasında eklenecek kâr oranının piyasa fiyatı üzerinden belirlenmesi gerektiğini söylemişlerdir. Bununla birlikte Hanefi mezhebine göre yetkisiz temsilcinin yaptığı akit sonucu veya gasp yoluyla elde edilen mal murabaha ile satılamaz. Malın sermayesi konusunda ise Hanefilerin görüşü, ticari örfe göre maliyete eklenebilen tüm harcamaların sermayeye dahil edilmesidir. Buna göre nakliye, tabaklama, boyama, ağaçlandırma gibi malın aynında veya değerinde artış sağlayan harcamalar sermayeye ilave edilirken, çoban veya bekçi ücreti gibi mala değer sağlamayan harcamalar ilave edilmemektedir (İbn Âbidîn, 2003, VII, s. 353-54).

R.b.h kökünden türeyen bir fiil ayette ve farklı türevler de hadislerde geçmekle birlikte Kur’an ve hadislerde murabaha kelimesine rastlanmamaktadır. Murabaha akdi, Kur’an’da geçen satım akdiyle ilgili genel hükmün (el-Bakara 275, en-Nisa, 29) kapsamında değerlendirildiğinden caiz olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır (Dönmez, 2006, XXXI, s. 149). Bu itibarla satım akdinin meşruiyeti için geçerli olan delillerin murabaha için de geçerli olduğu söylenebilir. Ancak Malikiler, taşıdığı şartlar nedeniyle murabaha akdini, müsavemeli (müşterinin alış fiyatını bilmediği) akitlere göre daha az tercihe şayan görmüşlerdir. Kârın yüzde olarak hesaplanıp tespit edilmesi durumunda ise murabaha akdi, cehalet barındırması sebebiyle ahabın, tabiinin ve ulemanın bazıları tarafından mekruh, bir kısmı tarafından ise haram kabul edilmiştir. Zahirilerin geneline göre ise murabaha akdi sahih değildir. Bununla birlikte genel kanaat murabahanın caiz akitlerden olduğu şeklindedir (Cebeci, 2010, s. 30-31).

İslam hukukunda caiz görülen murabahanın model alınmasıyla oluşturulan faizsiz finans ürünleri günümüzde yaygın olarak kullanılmaktadır. Bununla beraber bu uygulamalardaki murabaha modelinin, klasik literatürde öngörülen modelin birebir aynısı olmadığı görülmektedir. Modern murabahanın fukaha tarafından cevaz verilen modele tamamen uymaması sebebiyle günümüzdeki uygulamaların fikhi açıdan tartışılan problemlerli yönleri bulunmaktadır. Bunlardan biri de modern murabahada mebinin banka tarafından teslim alınması meselesidir. Çağdaş ulemanın üzerinde çokça mesai harcadığı bu meselede temel problem, bankanın malı müşterisine satmadan önce teslim alıp almadığı ve bu teslimin mahiyeti ile ilgilidir. Bu bağlamda önce konunun teorik boyutu, ardından da pratik yönü ele alınıp çalışmanın sonunda konuyla ilgili problemlere ve ulemanın görüşlerine değinilecektir.

1.2.2. Murabaha Akdinin Şartları

İslam hukukçuları murabaha akdinde, normal bir satım akdinde bulunmayan bazı ilave şartlar aramışlardır. Bu şartlar şöyle sıralanabilir (Zuhayli, ty, V, s. 3767-70):

- a- **Alış Fiyatının Bilinmesi:** Murabaha akdinde müşterinin, malın alış fiyatını bilmemesi akdi geçersiz kılmaktadır. Malın alış fiyatını bilmek, satım akdinin de sıhhat şartıdır. Bununla beraber müşteri akit meclisi içinde fiyatı öğrenirse akit sahihe dönüşür.
- b- **Alış Fiyatı Üzerine Eklenen Kârın Bilinmesi:** Murabahada satış bedelinin ne kadarının kâr olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Eklenen kâr da semenin (akit konusu malın bedeli) bir parçası olduğundan onun bilinmemesi akdi geçersiz kılar.
- c- **Semenin Misli Mallardan Olması:** İlk akitte semenin misli mallardan olması gerekmektedir. İlk bedelin arazi veya hayvan gibi kıyemî bir mal olması durumunda murabaha akdinde kârın belirlenmesi zorlaşacaktır. Çünkü kıyemî bir malın kıymeti kişiden kişiye değişebilmektedir. Bu da murabahada belirlenecek kâr konusunda bilinmezliğe neden olacağı için akit geçersiz olur.
- d- **İlk Akitteki Mal ve Bedelin Ribevi Mallardan Olmaması:** İlk akitle satın alınan mal ve ödenen bedel ribevi mallardan olmamalıdır. Mal ve bedelin faiz cereyan eden mallardan olması durumunda ise bu malın daha sonra murabaha akdine konu edilmesi caiz değildir. Çünkü murabaha ilk semenin üzerine kar eklenmesi ile olur. Ribevi mallardaki fazlalık ise kar değil faizdir.
- e- **İlk Akdin Geçerli Olması:** Murabaha akdi, ilk akitle satın alınan malın bedeli üzerinden yapılmaktadır. Bu sebeple ilk akdin sahih olması gerekmektedir. Geçersiz bir akit neticesinde mülkiyet doğmuş olsa bile mebinin bedeli belirlenen fiyat üzerinden değil, kıymeti veya misli dikkate alınarak hesaplanır.

2. Kabz ve Teslim Kavramları ile Akit Konusu Malın Kabzedilmesinin Akitlere Etkisi

2.1. Kabz ve Teslim Kavramları

2.1.1. Kabz ve Teslimin Tanımı

Kabz kelimesi, sözlükte “bir şeyi elle tutup almak, sıkıca kavramak, dürmek” gibi anlamlara gelmektedir (İbn Manzûr, 1993, VII, s. 213). Bir fıkıh terimi olarak kabz ise “Bir kimsenin hukuki bir işleme dayalı biçimde maliki olduğu malı, tasarrufta bulunabileceği şekilde elinin altına alması” şeklinde tanımlanmaktadır. Teslim kelimesi de literatürde kabz ile aynı anlamda kullanılmaktadır (Apaydın, 2001, XXIV, s. 45). Bazı tanımlarda kabzın, “mal ile kabzedenden arasındaki engellerin ortadan kalkması” anlamı öne çıkmaktadır. Nitekim Hanefi fakihlerden Kâsânî, kabzı “temkin, tehalli, örfen ve adeten manilerin kalkması” olarak tanımlamaktadır (Kâsânî, 1986, V, s. 148). Temkin, malı kabzedenden kimsenin onda istediği şekilde tasarruf edebilmesi, tehalli ise malın, yeni malikinin doğrudan kullanabileceği duruma getirilmesi demektir.

Kabz ve teslimin İslam hukukunda akit kavramı bağlamında ne ifade ettiği meselesi ise satıcı ve müşterinin sorumlulukları çerçevesinde değerlendirilebilir. İki taraflı akitlerden olan satım akdinde satıcının ve müşterinin ifa etmeleri gereken birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Satıcının mebi, müşterinin de semeni karşı tarafa teslim etmesi de bu yükümlülükler arasındadır. Hanefi fıkıhçılar, satım akdinde mebinin tesliminin satıcı, semenin tesliminin ise müşteri üzerinde yükümlülük olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca ayn ile deynin mübadelesi şeklinde yapılan bir akitte akit meclisinde önce müşterinin semeni, daha sonra da satıcının malı teslim etmesi gerektiğini belirtmişlerdir (Kâsânî, ty, V; s. 244; Mevsilî, ty, II, s. 6; Semerkandî, ty, II, s. 40). Kabz ve teslim ile ilgili meseleler, *Mecelle*'nin 262-277. maddeleri arasında yer almaktadır (Mecelle, ty, md. 262-277).

Şartlarına uygun olarak yapılmış bir satım akdinden sonra semen ve mebinin karşılıklı olarak el değiştirmesi gerekmektedir. Bu karşılıklı el değiştirme işlemi akdin hem doğal sonucu hem de gereğidir. Bu işleme satıcı tarafından bakıldığında teslim, alıcı tarafından bakıldığında ise kabz veya tesellüm denmektedir. Dolayısıyla teslim/tesellüm işleminde karşılıklı bir ifa zorunluluğu göze çarpmaktadır. Sattığı malı teslim etmek satıcının borcu iken, onu teslim almak da alıcı açısından hem bir alacak hem de satıcının mülkünü gereksiz yere işgal etmemesi gerektiğinden bir borç kabul edilmektedir (Kisbet, 2010a, s. 52). Ayrıca klasik doktrinde yer alan, akit konusu malın teslim edilebilir nitelikte olması gerektiği kaidesi de kabz işleminin akdin bir sonucu olduğunu göstermektedir. Bu kaide, kabz işleminde

tesellümden ziyade teslim fiilini öne çıkarmakta ve bu yükümlülüğün satıcıya ait olduğunu ima etmektedir. Teslim işleminin gereklerinden olan ölçme, tartma ve sayma gibi yükümlülüklerin satıcının üzerine olması da teslim borcunun satıcıya ait olması anlamına gelmektedir (Apaydın, 2001, XXIV, s. 46). Mebinin tesliminin satıcının borcu olmasına karşılık, semenin teslimi müşterinin uhdesinde olan bir işlemdir.

2.1.2. İslam Hukukunda Hükmen Kabz Sayılan Durumlar

Klasik fıkıh eserlerinin incelenen kısmında görüldüğü kadarıyla hükmen kabz sayılan farklı durumları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- a) *Tahliye*: Fukahanın gayrimenkulde kabz yöntemi olarak benimsediği tahliye işlemi, hükmen kabz sayılmaktadır (Kâsânî, 1986, V, s. 244).
- b) *Malın Ariyet veya Vedia Olarak Bırakılması*: Müşterinin, malı üçüncü bir kişinin yanında ariyet veya vedia olarak bırakması ve satıcıdan teslimi bu kişiye yapmasını istemesi hükmen kabz yerine geçmektedir. Ancak mebinin satıcının yanında ariyet veya vedia olarak bırakılması yahut semenin ödenmemiş kısmına mahsuben rehin olarak bırakılması kabz sayılmamaktadır (İbn Âbidîn, 2003, VII, s. 93-94).
- c) *Mebinin Ayıplı Hale Gelmesi*: Mebinin, müşterinin emri ile gerçekleşen bir fiil sebebiyle veya doğrudan müşterinin fiiliyle ayıplı hale gelmesi neticesinde kabz gerçekleşmiş olur (İbn Kudâme, 1986, VI, s. 184-185).
- d) *Mebinin Telef Olması*: Mebinin, müşterinin fiili sebebiyle telef olması durumunda kabz işlemi gerçekleşmiş sayılmaktadır. Ancak üçüncü bir kişinin mebiyi telef etmesi durumunda müşteri muhayerdir. İsterse akdi fesheder ve mebiyi telef eden kimse satıcının zararını karşılar. İsterse de akdi devam ettirir, ücreti satıcıya öder ve zararını mebiyi telef edene tazmin ettirir (İbn Kudâme, 1986, VI, s. 184).
- e) *Mebinin Akitten Önce Müşterinin Elinde Bulunması*: Gasp yoluyla elinde bulundurduğu malı daha sonra satın alan kimsenin önceki kabzı, satım akdi için de hükmen kabz sayılmaktadır. Buna karşılık, mebiyi ariyet veya vedia olarak daha önceden elinde bulunduran kimsenin durumu böyle değildir. Bu durumda satım akdi için ikinci bir kabz gerekmektedir (İbn Âbidîn, 2003, VII, s. 93-94).

2.1.3. İslam Hukukuna Göre Mebide Kabz Öncesi Satışın Hükümü

İslam hukukunda malın kabz edilmeden önce satılmasının yasak oluşu, Hz. Peygamber (sav)'in yiyecek maddeleri ile ilgili hadisine dayandırılmıştır. Teslim alınmadan önce satımı yasak olan malların neler olduğu konusunda ise fukaha arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Mezheplere göre farklılaşan bu görüşler şu şekilde sıralanabilir (Kisbet, 2010a, s. 143-169):

- **Hanefiler**: Hanefiler, malın teslim alınmadan önce satılmasının cevazı konusunda menkul/gayrimenkul mal ayrımını baz almışlardır. Hanefilere göre menkul malların teslim alınmadan önce satımı caiz değildir. Bunun sebebi menkul malın teslim alınmadan satımı durumunda helak riskinin mevcut oluşudur. Bu risk de satım akdinde garar (belirsizlik) ve aldanma tehlikesi meydana getirir. Ancak gayrimenkul malların helak olması daha zor olduğundan Hanefilerden Ebu Hanife ve Ebu Yusuf, gayrimenkul malların kabz edilmeden önce satılabileceğini söylemişlerdir. İmam Muhammed'in görüşü ise bu tür malların da menkul mallar gibi teslimden önce satılamayacağı şeklindedir (İbn Âbidîn, 2003, VII, s. 369). Mezhepteki hakim görüş, şeyhainin görüşüdür (Mecelle, ty, md. 253).
- **Şafiiler**: Şafiilere göre muavazalı (her iki tarafın bedel ödediği) akitler ile sahip olunan her türlü malın, teslim alınmadan önce satımı caiz değildir. Bu hüküm, Şafiilerde menkul/gayrimenkul mallar ve gıda maddeleri dahil tüm mallarda geçerlidir (Nevevî, ty, IX, s. 319, 326).
- **Malikiler**: Malikilere göre gıda maddeleri dışındaki mallarda kabzdan önce satım akdi de dahil olmak üzere her türlü işlem yapmak caizdir. Diğer yandan Maliki fakihleri, gıda maddeleri ile

ilgili varid olan hadis sebebiyle bu tür malların teslim alınıp tartıldıktan sonra satılmasının caiz olduğunu söylemişlerdir (İbn Rüşd, 2004, III, s. 163).

- **Hanbeliler:** Hanbelilere göre ağırlık, hacim ve uzunluk ölçüleri ile veya taneyle satılan malların teslim alınmadan önce satımı caiz değildir. Ölçüyle satılan bu malların dışında kalan mallarda ise teslimden önce satış caiz görülmüştür (İbn Kudâme, 1986, VI, s. 181).

2.1.4. Mezhep Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Kabzdan önce satımın yasaklığına dair ulemanın elindeki deliller, konuyla ilgili hadislerdir. Kabzdan önce satımın yasaklığı konusunda delil olarak getirilen hadislerden biri, kişinin yanında olmayan şeyi satmasını yasaklayan rivayettir. Madumun (yanında olmayanın) satımının yasak olduğuna dair fakihler arasında genel bir kanaat varsa da söz konusu yasağın illetinin, malın teslimi konusundaki garar (belirsizlik) riski ve cehalet olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili hadis, başta İbn Abbas olmak üzere sahabe fakihleri ve diğer müçtehitler tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuş ve hadisteki yasağın sadece yiyecek maddeleriyle sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca fıkıh kaynaklarında ilgili hadisin sadece yiyecek maddeleriyle sınırlı bir yasak ifade ettiği konusunda sahabe icmaından söz edilmektedir. Dolayısıyla ilgili rivayet hakkında fukahanın yorumunun ve yasağın illetinin göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır. Bu durumda malın teslimi konusundaki belirsizliğin giderilip garar ihtimalinin ortadan kaldırıldığı hallerde kişinin yanında olmayan malı satmasında bir sakınca görünmemektedir. Nitekim, 'selem ve ıstısnâ' (eser sözleşmesi) akitleri de bu kapsamda değerlendirilen akitlerdendir (Çetintaş, 2016, s. 56-59).

Kabzdan önce satımın yasaklığıyla ilgili deliller incelenirken konuya dair tek rivayetin değil, farklı rivayetlerin illetleriyle beraber göz önünde bulundurulması ve İslam hukukunun muamelelerde benimsediği maksadın dikkate alınması yerinde olacaktır. Madumun ve kabzdan önce satımın yasaklığını ifade eden, kişinin tazmin sorumluluğunu üstlenmediği malı satmasını yasaklayan ve nimetin külfet karşılığında olduğunu ifade eden rivayetler, konuya delil teşkil eden rivayetlerdir. Fakihler, ilgili hadisleri farklı şekilde yorumlamaları sebebiyle mebinin kabzdan önce satımının yasaklığı konusunda illet ve kapsam açısından farklı sonuçlara ulaşmaktadırlar.

Hanefî ve Şafî mezheplerinin bu noktada yasağın sınırlarını genişleten bir tutum sergiledikleri göze çarpmaktadır. Bu iki mezhebe göre söz konusu hadislerin illeti, öncelikle kabzedilmemiş malın satımında mevcut olan bilinmezliktir. Bu bilinmezlik, akdi fesada götürecektir niteliktedir. Şeyhaynin gayrimenkulü yasaktan istisna etmesi de mantıki açıdan yasağın illeti ile uyuşan bir tutumdur. Özellikle Şafî alimler tarafından getirilen bir diğer gerekçe ise kabzedilmeyen malda tesis edilen mülkiyetin zayıf olduğu düşüncesidir.

Kanaatimizce mezheplerin kişinin yanında olmayan şeyi satmasının yasaklığına dair görüşleri, onların malın tesliminin ne ile gerçekleştiği konusundaki anlayışlarının bir uzantısıdır. Mezheplerde gayrimenkulün tesliminin tahliye ile gerçekleşeceği söylenmiş olmakla beraber, malın kabzedenden çok uzak olması durumunda tahliyenin geçerli olmayacağı kanaati yer almaktadır. Öyle ki tahliye ile kabzı tamam olan malların sınırını en fazla genişleten Hanefî mezhebi de mebinin tahliye edilmiş olması için müşterinin yakınında olması gerektiğini ve müşterinin külfetsiz şekilde mevide tasarrufa muktedir olması gerektiğini şart koşmaktadır. Dolayısıyla mezheplerin kabzın tahliye ile tamam olacağına dair görüşlerini mutlak olarak almamak, konuyu tahliyenin şartlarını da göz önünde bulundurarak değerlendirmek daha uygundur. Nitekim malın tahliyesi, esasında mezhep uleması nazarında kabzın iki temel hükmünü de sağlayıcı bir unsur olarak görülmekte ve bu iki hükmün sağlanması şartı ile tahliyeye cevaz verilmektedir. Bu iki hüküm de yukarıda belirtildiği üzere tazmin sorumluluğunun intikali ve tasarruf yetkisinin elde edilmesidir.

Malikî mezhebinde, gıda maddeleri ile ilgili hüküm ve diğer mallarla ilgili hüküm ayrı değerlendirilmiş ve her ikisinin birbiriyle çelişki teşkil etmeyeceği söylenmiştir. Onlara göre "kabzetmeden satma yasağı" üzerinde tevfiye hakkı bulunan gıda maddelerine münhasırdır. Nitekim onların delil olarak kullandıkları hadislerde "kabz" veya istifâ" ifadesi geçmektedir. Bununla beraber Malikilerde de tazmin sorumluluğu üstlenilmeyen malın kârını elde etmek yasaktır ve bu konuda diğer mezheplerle muvafık bir tutum

içindedirler. Malikî fakihlerin iki farklı rivayet grubunu bağdaştırması, kabzın gerçekleşme şekli ile ilgili görüşlerine dayanmaktadır. Malikilere göre üzerinde tevfiye hakkı bulunan malların kabzı ölçme ve tartma ile tamam olmaktadır. Dolayısıyla tevfiye hakkına sahip mallarda tazmin sorumluluğunun intikali de ölçümden sonradır. Tevfiye hakkı bulunmayan malların kabzı ise örfeye göre gerçekleşmektedir. Burada Malikiler, ikinci gruptaki malların kabzı konusunu örfeye bırakmış olmakla beraber, mebinin satımı için her durumda tazmin sorumluluğunun üstlenilmiş olması gerektiği görüşündedirler.

Hanbelî mezhebinde de kabzdan önce satım yasağı konusunda Malikilerde olduğu gibi ölçüm esas alınmaktadır. Bununla beraber, gıda olsun veya olmasın üzerinde tevfiye hakkı bulunan tüm malların yasağa dahil olduğu görüşündedirler. Bu görüşlerinin mantıki gerekçesi, ölçüyle satılan mebinin ölçümden önce taayyün etmemiş olacağı anlayışıdır. Buna binaen, taayyün etmemiş malda mülkiyetin tesis edilememesi ve tazmin sorumluluğunun üstlenilmemesi sebebiyle bu tür mallarda – gıda olsun veya olmasın – satımdan önce kabzın gerekli olduğunu ifade etmektedirler. Netice itibarıyla Hanbelîlerde de kabzdan önce satım yasağının temel illetinin tazmin sorumluluğunun üstlenilmesi olduğu görülmektedir.

Bu değerlendirmelere ek olarak mezheplerin kabzdan önce satımının yasaklığına dair olan görüşlerini, o günün teslim ve tesellüm şartlarına göre değerlendirmek yerinde olacaktır. Nitekim klasik dönemdeki teslim yöntemleri daha basit bir yapı arz etmekte ve tazmin sorumluluğunun üstlenilmesi ile malda tasarruf yetkisinin elde edilmesi esasına dayanmaktadır. Günümüzde ise hem alım satımına konu olan mal türleri bakımından, hem de teslim yöntemleri bakımından çeşitlilik göze çarpmaktadır. Bu sebeple günümüzdeki işlemlerin İslam hukukuna uygunluğunu değerlendirirken birebir o günün uygulamalarının günümüzde de yapılması gerektiğini söylemek yerine konuyla ilgili tartışma ve görüşlerdeki illeti tespit ederek bu illeti yerine getirebilecek uygulamaları gündeme getirmek ilmî ve nazari açıdan daha yerinde bir tutum olacaktır.

Dört mezhebin konuyla ilgili yaklaşımına bakıldığında genel anlamda ilgili hadislerin yorumunda getirilen akli gerekçenin tazmin sorumluluğunun üstlenilmesi meselesi olduğu görülmektedir. Malikî mezhebinin, bu konuda daha esnek davrandığı algısı uyandıran görüşleri ise esasen diğer mezhepler tarafından öne sürülen tazmin sorumluluğu gerekçesiyle uyum içindedir. Nitekim Malikiler, ilgili hadisleri iki ayrı kategoride değerlendirmekte ve gıda maddesine dair olan rivayetlerin gıdaya münhasır olduğu; yanında olmayan şeyin satımının yasaklığını ifade eden rivayetlerin de muteber olup ilk grupla çelişki arz etmeyeceği görüşündedirler. Dolayısıyla burada, Malikî mezhebinin gıda maddesine dair görüşünün, diğer mallar hakkında mutlak anlamda aksi hüküm ifade edeceği yanlışlığına düşmemek gerekir.

2.2. Kabz ve Teslimin Akitlere Etkisi

2.2.1. Akdin Geçerliliğine Etkisi Bakımından

Bazı akitlerin hukuken geçerli olabilmesi için bedel ve mebinin veya her ikisinin ya akit esnasında ya da hemen akabinde taraflar arasında el değiştirilip kabzedilmesi gerekmektedir. Bu akitler; ribevi malların konu edildiği akitler, sarf (paranın parayla değişimi), selem (mebinin vadeli olup bedelin peşin ödendiği satım akdi) ve ortaklık akitlerinden olan mudarebe (emek-sermaye ortaklığı), müzaraa (zirai ortaklık) ve müsakattan (bağ-bahçe ortaklığı) oluşmaktadır (Kisbet, 2010a, s. 41).

Ribevi malların satımında ve sarfta akdin geçerli olabilmesi için her iki tarafın da mebi ve bedeli karşılıklı olarak teslim etmesi gerekmektedir. Bu akitlerde teslim ve kabzın şart koşulmasının temel sebebi, yapılan işlemlerde faizin ortaya çıkmasını engellemektir. Selem, mudarebe, müzaraa ve müsakat akitlerinde ise kabz işlemi, bu akitlerin sonuç doğurması için gereklidir. Çünkü bu akitlerden beklenen neticenin elde edilebilmesi için bedelin veya akit konusu olan malın bunu işletecek kimsenin eline geçmiş olması gerekmektedir (Kisbet, 2010a, s. 41-42).

2.2.2. Akdin Bağlayıcılığına Etkisi Bakımından

Akitlerde kabz unsuru, bazı durumlarda akdin bağlayıcılığına etki etmektedir. Bu akitler, akit konusunun karşı tarafça kabzedilmesinden önce bağlayıcı olmamaktadırlar. Çünkü bu durumdaki akitler henüz

tamamlanmamış kabul edilir. Bu akitlerde kabzdan önce taraflardan herhangi birinin akdi feshetme hakkı vardır. Emanet (vedia) ve ariyet akitlerinde fesih yetkisi her iki tarafın, rehin ve kefalet akitlerinde ise yalnızca alacaklı tarafın olmaktadır (Kisbet, 2015b, s. 9). Dolayısıyla vedia, ariyet, rehin ve kefalet akitlerinde kabz, akdin bağlayıcılığı için gerekli görülen unsur olmaktadır.

Aynı akitler de denilen bu tür işlemlerde kabz unsurunun gerekliliği; bu tasarruflarda iradenin ortaya koyulabilmesi için sözlü beyanın yeterli olmayışı ve fiili onaylamaya da ihtiyaç duyulması sebebiyledir. Bu onaylama da akit konusu olan malın karşı tarafa devri ile gerçekleşir. Bu akitlerde karşılıklı borç söz konusu olmadığından mal sahibinin yalnızca sözü değil fiili de beklenmiş ve akit konusu malı teslim etmesi gerekli görülmüştür (Kisbet, 2015b, s. 9-13).

2.2.3. Mülkiyetin İntikaline Etkisi Bakımından

İslam hukukunda akitler, ayna bağıllık bakımından aynı akitler ve aynı olmayan akitler olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Aynı akitler; ariyet, vedia, karz, hibe ve rehinden ibaret olan beş tür akittir. Bu akitler konuları olan aynın (malın) teslimi ile tamam olmakta, aynı olmayan akitler ise yalnızca icap ve kabul ile tamamlanmaktadır (Karaman, 1989, II, s. 252). Bu bakımdan mülkiyetin intikaline etkisi itibariyle kabz unsurunun, aynı ve aynı olmayan akitlerde ayrı ayrı ele alınması yerinde olacaktır.

Aynı akitlerden olan hibe ve karz akitlerinde mülkiyetin intikali konusunda Hanefi, Şafii ve Hanbeli alimleri kabzın gerekli olduğu ve hibe edilen mala kabz ile malik olunabileceği görüşündedirler. Malikiler ise bu akitlerin mücerret olarak icap ve kabul ile mülkiyet doğurduğunu söylemektedirler. Ariyet konusunda ise Hanefiler mülkiyetin intikali için kabzı gerekli görmekte beraber diğer mezhepler bu unsuru gerekli görmemektedirler (Kisbet, 2010a, s. 48-49). Yukarıda belirtildiği üzere ariyet konusunda kabz, akdin bağlayıcılık şartı da sayılmaktadır. Murabaha uygulamasında mevzubahis olan satım akdi ise aynı olmayan akitler arasında yer almaktadır. Satım akdinde kabzın, akdin şartı değil; bir sonucu olduğu *Mecelle*'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Bey'de kabz şart değildir. Fakat ba'de'l-akd ol müşteri, semeni bâyi'a ve sâniyen bâyi' mebi'i müşteriye vermeye borçlu olur." (Mecelle, ty, md. 262). Dolayısıyla satım akdinde muhayyerlik yoksa ve akit fasit de değilse sadece icap ve kabul ile mülkiyet alıcıya intikal eder. Muhayyerlikler mülkiyetin akit anında alıcıya intikal etmesini engelleyen bir unsur olarak, fasit akit de mülkiyetin sübutu için kabza ihtiyaç duyulan bir unsur olarak görülmüştür (Kâsânî, ty, V, s. 243).

Mülkiyetin intikaline etkisi bakımından kabz unsuru incelenirken üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da fasit akitte kabzın ne ifade ettiği meselesidir. Fasit akit, ancak kabz ile mülkiyet ifade eder (Zuhaylî, ty, V, s. 3090). Dolayısıyla kabz, fasit akitte mülkiyetin intikali için gerekli bir unsurdur. Fasit bir akitten sonra müşterinin kabz ile mebinin mülkiyetini kazanması ona borçlanma ve tazmin sorumluluğu yükler. Eğer müşteri fasit akitle satın alıp kabzettiği malı tüketmiş, değişikliğe uğratmış, satmış veya hibe etmiş ise fesih ihtimali kalmadığından dolayı malı misli veya kıymeti ile tazmin etmesi gerekir. Tazmin zorunluluğu sahih akitte akdin kendisinden kaynaklanırken, fasit akitte kabza dayanır (Kisbet, 2010a, s. 50).

3. Katılım Bankalarında Murabaha İşlemleri ve Bu İşlemlerin Kabz Hükümleri Açısından Taşıdığı Problemler

3.1. Katılım Bankalarında Murabaha

3.1.1. Modern Murabahada Kabzın Önemi ve Taşıdığı Anlam

Klasik anlamdaki murabaha işleminden birçok açıdan farklılık arz eden modern murabahanın meşruiyeti temellendirilirken, onun finansman sağlama gibi sebeplerle sahabe döneminden bu yana uygulanageldiği ve klasik literatürde yer aldığı belirtilmektedir. Modern murabahanın getirdiği faydalar, sakıncalı yönleri ve problemleri 1970'lerden beri pek çok ilmi toplantının konusunu teşkil etmiş ve meseleyi fihhi, iktisadi, hukuki yönlerden ele alan geniş bir literatür meydana gelmiştir. Meselenin; maslahat ve zaruret prensiplerinin iştirilmesi, mezheplerin farklı görüşlerinin alınıp aynı meselede karma biçimde uygulanması (tefrik) gibi fıkıh usulüne dayanan yönlerinin yanında bu işlemin yaygınlaştırılmasının ekonomik sonuçları gibi iktisatla ilgili yönlerinin de bulunması, konunun birden

fazla ilmi çevre tarafından ele alınmasına ve farklı açılardan değerlendirilmesine olanak sağlamıştır (Dönmez, 2006, XXXI, s. 148-152).

Modern öncesi dönemde kabz daha yalın bir kavram olmasına rağmen günümüzde alım satım işlemlerinin birden fazla kişi arasında ve hızlı bir şekilde yapılması, malların miktarının yüksek olması gibi durumlar klasik literatürdeki kabz kavramının doğrudan günümüz uygulamalarına taşınmasında bazı problemler oluşturmaktadır. Nitekim bugün akde konu olan malın motorlu araç, makine veya gayrimenkul gibi kıymetli bir meta olması durumunda mülkiyetin nakli için sadece fiilen kabz yeterli olmamakta, tapu ve ruhsat gibi kayıt işlemlerine de ihtiyaç duyulmaktadır (Cebeci, 2010, s. 120). Bu sebeple klasik literatürde daha basit şekilde tanımlanan kabz kavramının yeniden ele alınıp modern uygulamalar çerçevesinde değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Modern murabaha işlemi çerçevesindeki esas tartışma, malı ilk olarak satın alan finans kurumunun, onu müşterisine satmadan önce hakiki veya hükmi olarak kabz edip etmediği ile ilgilidir. Katılım bankaları, çeşitli gerekçelerle malı satın aldıktan sonra fiilen kabzetme konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Bunun temel sebebi, bankanın söz konusu malı müşterinin satın alma vadedine binaen ve ona satmak üzere almış olmasıdır. Dolayısıyla bankanın malı kabzetmek için üstleneceği nakliye ve depolama gibi masraflar, maliyeti artıran unsurlar olarak değerlendirilmektedir (Cebeci, 2010, s. 121). Netice itibarıyla bankanın satın aldığı mal resmi olarak onun mülkiyetine geçmemekte, banka malı kabzetme konusunda müşteriye vekalet verme veya hükmi kabz gibi yöntemlere başvurmaktadır. Söz konusu yöntemler, bankanın malın hasar riskini üstlenme konusunda sorumluluk almasını engelledikleri için fıkhi açıdan problemleri görülebilecek yönleri bulunmaktadır.

3.1.2. Katılım Bankalarında Murabahanın İşleyiş Şekli

Çalışmanın bu kısmında çok taraflı bir işlem olan ve günümüzde bir finansman aracı olarak kullanılan modern murabahanın işleyişi genel hatlarıyla verilecektir. Katılım bankalarının bir finansman yöntemi olarak kullandığı murabahanın işleyiş aşamaları genel hatlarıyla şöyledir (Cebeci, 2010, s. 34-35):

- 1- Müşteri bankaya gelip bir form doldurarak istediği malın vasıflarını bildirir ve bankadan söz konusu malı satın almasını talep eder.
- 2- Banka, müşterinin satın alma talebini ve satın alınacak malı tüm yönleri ile değerlendirir.
- 3- Şartlar uygunsa banka talebi kabul eder ve müşterisi ile genel kredi sözleşmesi imzalar. Bu sözleşme, her iki taraf için bağlayıcılık taşımaktadır.
- 4- Banka, müşterinin istediği malı (genellikle vekil vasıtasıyla) satın alır ve satıcıya ödemeyi yapar.
- 5- Banka, malı müşterisine murabahalı olarak satar.
- 6- Müşteri belirlenen tarihlerde taksitleri ödeyerek borcunu bitirir.

3.1.3. Klasik Murabaha ile Çağdaş Murabaha Arasındaki Farklar

Katılım bankalarının murabahaya dayanan işlemlerine geçmeden önce, murabahanın klasik literatürde anlatılan şekli ile günümüzde uygulanan modelin genel hatlarıyla mukayese edilmesi yerinde olacaktır. Klasik murabaha ile çağdaş murabaha arasındaki en önemli farklar şu şekilde sıralanabilir (Kuru, 2015, s. 17):

- a- Klasik murabahada alıcı ve satıcı olmak üzere iki taraf yer almakta iken çağdaş murabahada katılım bankası, müşteri ve satıcı olmak üzere üç taraf bulunmaktadır.
- b- Klasik murabahada satın alma vaadi bulunmazken çağdaş murabahada müşterinin satın alma vaadi önemli bir yer teşkil etmektedir.
- c- Klasik murabahada işlemin ilk aşamasında nihai alıcı yok iken çağdaş murabahada vardır.
- d- Klasik murabahada satıcının müşteriye yanlış bilgi verme olasılığı fazla iken çağdaş murabahada müşteri malın vasıflarını ve fiyatını önceden bildiği için yanlış bilgilendirilme ihtimali bulunmamaktadır.

- e- Klasik murabahada satıcının malı alması için dışarıdan gelen bir talep yok iken çağdaş murabahada satıcı, müşterinin talebi üzerine ve ona satmak amacıyla malı almaktadır.
- f- Klasik murabahada ilk akdin niteliği, satıcının sorumlulukları ve malın bedeli gibi konular tartışılırken çağdaş murabahada vaad, garanti, vekalet ve teslim gibi konular ele alınmaktadır. İdari, hukuki ve iktisadi unsurlar da çağdaş murabaha tartışmalarında yer almaya başlamıştır.

Klasik murabahanın, satım akdinin özel bir türü olup satıcının kâr elde etme amacına dayanmasına karşın modern murabahanın daha çok finansman amacıyla kullanılan bir enstrüman olduğu görülmektedir. Bu temel farklılık da iki muamelenin uygulamada pek çok açıdan değişiklik göstermesine neden olmaktadır.

3.2. Katılım Bankalarının Kabz Konusunda Uyguladığı Alternatif Yöntemler

3.2.1. Kabza Vekalet Yöntemi

Bankaların kabz konusunda uyguladıkları yöntemlerden biri kabza vekalet yöntemidir. Bu yöntemin mutlak vekaletten farkı, malı satın alma işleminin bizzat banka tarafından yapılması ve müşterinin sadece kabz konusunda vekil tayin edilmesidir. Mutlak vekalet yönteminde ise işlemlerin tamamı için vekalet verilir. Banka, satın alacağı mal ile ilgili sipariş formunu satıcıya göndererek icapta bulunmaktadır. Nitekim fakihler, müşteri ve satıcı arasında kurulan akdin yazılı yolla veya elçi vasıtasıyla tamamlanmasına cevaz vermişlerdir. Bu sebeple bankanın günümüzde uygulanan iletişim vasıtalarından faks veya elektronik posta yoluyla satıcıyla iletişime geçip malı alacağını bildirmesi fikhen sahîh bir icab yoludur. Satıcının da icab üzerine faks yoluyla bankaya cevap vermesi veya faturayı göndermesi kabul mahiyetindedir (Hüce, 1998, s. 142). Böylece satıcı ile banka arasında akit tamamlanmış ve kabz için müşteri vekil tayin edilmiş olur. Burada müşteri, teoride mülkiyeti ve hasar sorumluluğu bankaya ait olan bir malı onun adına vekaleten kabzetmektedir. Kabza vekalet yönteminde önemli olan nokta, bankanın sipariş vermesinden önce malın sevk edilmemiş, fatura ve irsaliyenin düzenlenmemiş olması gerektiğidir. Bunun sebebi bankanın, borcun finansörü konumuna düşmesini engellemektir (Odabaşı, ty, s. 2-3).

3.2.2. Mutlak Vekalet Yöntemi

Bankaların malın kabzını gerçekleştirmek amacıyla uyguladıkları yöntemlerden bir diğeri müşterilerine veya üçüncü bir kişiye alım satım ve malı teslim alma konusunda mutlak vekalet vermeleridir. Bu işlemde banka alım satım ve teslimle ilgili süreci bizzat takip etmemekte, bu konuda bir başkasına yetki vermiş olmaktadır. Teoride üçüncü bir kişinin de alım satım ve teslim işlemleri için vekil tayin edilebileceği söylene de Türkiye'deki uygulama, daha ziyade müşterinin vekil tayin edilmesi yönündedir.

Çağdaş ulemanın pek çoğu, bankanın malı alım konusunda üçüncü kişiye veya müşteriye vekalet vermesinin caiz olduğu yönünde fetva vermişlerdir. Bununla beraber bankanın vekalet vasıtasıyla zamanla fiilen alım satımdan uzaklaşıp tamamen bir finansör gibi hareket etmesi ve mebinin tazmin sorumluluğunu üstlenmemesi endişesinden dolayı vekaletin müşterinin dışında bir kişiye verilmesinin daha uygun olacağı, sadece istisnai durumlarda müşteriye vekalet verilebileceği ifade edilmiştir (Hüce, 1998, s. 147-148).

Bankanın üçüncü kişiye kabz konusunda vekalet vermesinde şekil bakımından bir sakınca görünmemektedir. Çünkü İslam hukukunda bir kimsenin satın aldığı malı kabz etmek için başkasına vekalet vermesi caizdir. Ancak bu meselede problemlerli nokta, yukarıda da belirtildiği üzere bankanın vekalet yoluyla malı kabzetmesi halinde malın tazmin sorumluluğunu üstlenmediği için bir finansör konumuna geçeceği, bu işlemin de konvansiyonel bankaların uyguladığı faizli kredi verme işlemi ile aynı mahiyette olacağı endişesidir (Cebeci, 2010, s. 132). Bankanın müşterisine vekalet vererek malı kabzetmesi meselesi ise daha problemlerli görünmektedir. Bu konudaki tartışma noktalarından biri, müşterinin malı kabzettikten sonra kendisine satıp satamayacağı meselesidir. Çünkü müşteri malı kendisine satarken akdin iki tarafını aynı anda temsil etmiş olmaktadır. Bu konuda olumlu görüş belirtenler, Ahmed b. Hanbel'in bu işlemde bir sakınca görmemesine ve Maliki mezhebinde bunun müvekkilin iznine bağlı olmasına dayanırlar (Cebeci, 2010, s. 132). Konu ile ilgili olumsuz kanaat bildirenler ise yukarıda da belirtilen, işlemin faizli kredi işlemine benzer hale gelmesi endişesini dile

getirmektedirler. Nitekim Abdüssadık b. Hallikan, Fas bankalarında murabaha uygulamasına dair kaleme aldığı eserinde, bankanın malın teslim alınması ve satımı konusunda üçüncü bir kişiye verdiği vekaletin caiz olduğunu; ancak müşterisine vekalet vermesinin caiz olmadığını ifade etmektedir (Hallikân, 2011, s. 225).

Bankanın müşterisine vekalet vererek malı kabzetmesinde üzerinde durulan bir diğer önemli nokta, banka tarafından satın alınan malın kabzi için müşteriye verilen vekaletin, murabaha akdinden tamamen bağımsız ve müstakil bir anlaşma olması gerektiğidir. Bu kaydın getirilmesinin gerekçesi, vekalet anlaşması ile murabahalı satım akdinin birleşerek İslam hukukunda yasaklanmış olan bir akitte iki akit (mürekkep akit) şeklini alması endişesidir (Hüce, 1998, s. 166).

Kanaatimizce vekalet yönteminin mutlak olarak uygulanması katılım bankasının mebinin teslim-tesellümündeki rolünü azaltmakta veya bitirmektedir. Bu durum bankaların teslim süreci ile ilgilenmemesine ve sorumluluk almamasına kapı aralayan bir durumdur. Bununla beraber günümüzde katılım bankalarının finanse edilen malın tesliminde vekalet yöntemine eğilimli oldukları görülmektedir. Bu eğilim onların konvansiyonel bankalarla aralarında mevcut olan uygulama farklılıklarını azaltmakta ve işlemlerin giderek faizli bankaların işlemlerine benzer hale gelmesine yol açmaktadır. Ayrıca kabzdan önce satım yasağının illeti olan mebinin tazmin sorumluluğunun alıcı tarafından üstlenilmesi, fiiliyatta gerçekleşmemektedir. Zikredilen problemler mevcut olduğu sürece vekalet yöntemi mahzurlu ve tartışmalı bir işlem olmaya devam edecektir.

3.3. Katılım Bankalarının Kabz Konusunda Uyguladığı Yöntemlerin Problemleri

Katılım bankacılığında uygulanan ve arka planında murabahanın yer aldığı finansman işlemleri, çalışmanın birinci bölümünde anlatılan klasik fıkıhtaki kabz hükümleri açısından birtakım tartışmalı hususları ihtiva etmektedir. Bu meselelerin bir kısmı teorik boyutta, bir kısmı da uygulama noktasında olup günümüzde İslam iktisadı alanındaki ilmi platformların gündemini oluşturmaktadırlar. Burada öncelikle uygulamadaki, ardından da teorik meselelere yer verilecektir.

3.3.1. Fatura, Tapu ve Ruhsat Gibi Belgelerin Doğrudan Müşteri Adına Kesilmesi

Banka tarafından satın alınan malın faturasının önce bankaya sonra müşteriye mi, yoksa doğrudan müşteriye mi kesildiği konusu da üzerinde önemle durulan meselelerden biridir. Kural olarak belge ve faturaların banka adına düzenlenmesi, yani malın önce banka tarafından satın alınıp, hıyâze (elde bulundurma) ve tazmin sorumluluğunun üstlenilmesi ve daha sonra müşteriye satılması fikri kabul görmektedir. Nitekim kabz işlemi, bazı alimler tarafından, yapılan muameleyi sadece bir finansman muamelesi olmaktan çıkaran bir unsur olarak görülmektedir (Cebeci, 2010, s. 126). Ancak günümüzde çoğu uygulamanın bunu aksine olduğu görülmektedir. Katılım bankalarının murabaha işlemlerinde fatura, tapu ve ruhsat gibi tescil işlemleri doğrudan müşteri adına düzenlenmektedir. Bir kimsenin adı geçen mala malik olduğunun göstergesi olan bu belgelerin önce banka, daha sonra müşteri adına değil de doğrudan müşteri adına düzenlenmesi, yapılan işlemin hakiki anlamda murabaha olmaktan çıkıp sıradan bir finans işlemine dönüştüğü gerekçesiyle alimlerin bir kısmından eleştiri almaktadır.

Katılım bankaları zikredilen eleştirileri kendi açılarından değerlendirerek cevap verme yoluna gitmektedirler. Konuyla ilgili olarak İshak Emin Aktepe (2013), İslam hukukunda söz konusu belgelerin müşteri adına düzenlenme şart bulunmadığını, dolayısıyla bu belgelerin mülkiyetin müşteriye intikal etmesinde herhangi bir etkisinin olmadığını ifade etmektedir. Bu belgelerin yalnızca taraflar arasında herhangi bir anlaşmazlık çıkması durumunda mülkiyetin sübutunun delili olarak kullanılabileceğini, bu durumun da mülkiyetin intikali ile ilgili olmadığını söylemektedir (s. 98-99). Katılım bankalarının fatura, tapu ve ruhsatı üzerine almaması ile ilgili olarak ileri sürülen bir diğer gerekçe de bu belgelerin katılım bankası adına düzenlenmesinin ilave masraflar ortaya çıkaracağı gerekçesidir. Belgeler katılım bankası adına düzenlendiğinde malın maliyetinin, dolayısıyla da maliyet üzerine konan kar miktarının artacağı ve bu durumun da müşterilerin zararına yol açacağı ileri sürülmektedir (Aktepe, 2013, s. 99).

Müşteriye alım satıma ilişkin mutlak vekalet verilmesinin caiz olduğunu savunanlar, bu belgelerin müşteri adına düzenlenmesinde de bir sakınca görmemektedirler. Bunun gerekçesi, resmi muamelelerde vekilin, müvekkilin ismini beyan etmesinin fıkhen şart koşulmamasıdır. Fakat burada önemli olan,

işlemin gerçekte kimin için yapıldığı konusunda anlaşmazlığa mahal vermemek adına işlem esnasında vekilin vekalet vasfını beyan etmesidir. Dolayısıyla bazı alimler, danışma kurullarının nezaretinde bu belgelerin müşteri adına düzenlenmesinin caiz olduğu görüşündedirler (Hüce, 1998, s. 153-154). Netice itibarıyla tapu, ruhsat gibi belgelerin satım akdinin inşasında ana unsur olmayıp sadece akdi tekit edici vasıtalar olduğunu savunanlara göre bu kayıtların banka adına yapılması zorunlu değildir (Hüce, 1998, s. 161).

Söz konusu belgelerin banka adına düzenlenmesi gerektiğini düşünenler ise bu belgeleri mülkiyetin intikalini etkileyici bir unsur ve hamilinin malı kabzetmesine yetki veren vesikalar olarak görmektedirler. Dolayısıyla bu belgelerin doğrudan müşteri adına düzenlenmesinin caiz olmadığını, ancak belgede banka ile beraber müşterinin adının da zikredilebileceğini ifade etmektedirler (Hallikân, 2011, s. 227).

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da bizzat devletin yapılan murâbaha işlemleri sırasında tapu, ruhsat ve fatura nevinden belgelerin banka adına düzenlenmesini zorunlu tutmamasıdır. Bu belgelerin mülkiyetin intikaline herhangi bir etkisi olmadığını ve katılım bankasına ilave masraflar yükleyeceğini düşünen araştırmacılara göre devletin böyle bir zorunluluk yüklememesi durumunda katılım bankasının bu belgeleri önce kendi adına sonra da müşterisi adına düzenlemesi anlamsız kalmaktadır (Aktepe, 2013, s. 99). Kanaatimizce, bu hususta devlet tarafından bir yaptırım uygulanmaması söz konusu belgelerin katılım bankası adına düzenlenmesini tamamen anlamsız kılmamakta ve bu işlemi gereksiz hale getirmemektedir.

Söz konusu belgeler, tazmin sorumluluğu ve mülkiyetin filli olarak bankaya intikalini sağlayıcı vasıtalar olmaları sebebiyle önem taşımaktadırlar. Bununla birlikte bu belgeler, mülkiyetin ve tazmin sorumluluğunun intikalini sağlayıcı yegâne vasıtalar olarak da değerlendirilmemelidir.

3.3.2. Vergilendirme Sisteminden ve İş Yükünden Doğan Problemler

Murabaha işleminde katılım bankalarının karşılaştıkları problemlerden bir tanesi de vergilendirme sistemi ile ilgilidir. Katılım bankası malı alırken vergi ödemekte, daha sonra müşteriye sattığı esnada yine vergi ödemek zorunda kalmaktadır. Böylece murabaha işleminden elde ettiği kâr azalmakta, hedeflediği kârı alabilmek için de malı müşterisine daha pahalıya satmak durumunda kalmaktadır. Netice itibarıyla hem bankaya hem müşteriye zararı olan bu problemler katılım bankaları, resmi tescil yerine müşterileri ile sözlü akit yaparak ve sadece fatura ile yetinerek aşmışlardır (Cebeci, 2010, s. 128).

Modern murabaha fikrini ortaya atan kişi olarak kabul edilen Sami Hasan Hammûd iki kere vergi ödeme problemi karşısında şöyle bir çözüm önermektedir: İslamî bankalara, kendisi için değil, daha sonra belirlenecek bir başkası adına mal alma hakkı verilmelidir. Batı'da yaygın olan bu yöntem –müşterinin kim olduğu satıcının rızasının selameti üzerinde etkili olmadıkça- fikhî prensiplere aykırı değildir. Örneğin banka bir araba satın aldığı anda, trafik dairesi, müşterinin –banka tarafından sonradan belirlenecek olması itibarıyla- muallak olmasını kabul edecektir. Bu süreyi 5 ya da 7 gün gibi kısa bir süreyle sınırlandırmak caizdir (aktaran Cebeci, 2010, s. 129). Ancak Türkiye'de halihazırda çift vergilendirme problemini çözme amaçlı bir hukuki düzenleme yapılmış değildir.

Katılım bankalarının günlük işlem hacminin yüksek seviyelere ulaşmış olması sebebiyle günümüzde malın teslim sürecini takip etmek zorlaşmıştır. Bu sebeple katılım bankasının söz konusu işlemlerde muamelat hukukunda geçerli olan kaidelere riayet edememesini iktisadi bir zorunluluk olarak görenler vardır. Bu görüşte olanlara göre bankanın malı satmadan önce fiilen kabzetmesini şart koşturmak, bankaya ait müstakil depoların tesis edilmesini ve teslim işiyle ilgilenen görevlilerin istihdam edilmesini gerektirmektedir ki bu durum, doğrudan müşterinin zararına olan bir durumdur. Dolayısıyla zarurete binaen işlemler fiili olarak yürümektedir (el-İd, 1995, s. 244). Diğer yandan söz konusu işlemlerde hükmi teslimi öne çıkaranlar vardır. Bu görüşte olanlara göre bazı malların kabzi hakiki şekilde yapılırken bazı mallar hükmen kabzedilebilmektedir. Örneğin araba alımında, müşteriyle yapılan vekalet akdi ile –mabinin bulunduğu yere bakılmaksızın- arabanın tahliyesinin akabinde kabz işlemi hükmen tamamlanmış olur (aktaran Diyye, 2009, s. 102).

3.3.3. Malın Mülkiyetinin Bankaya İntikali

Yukarıda ifade edildiği üzere İslam hukuk doktrininde satım akdinde mebinin mülkiyeti, icab ve kabulün tamamlanmasıyla müşteriye intikal etmekte olup kabzın, mülkiyetin intikaline bir etkisi bulunmamaktadır (Kâsânî, 1986, V, s. 233). Dolayısıyla murabaha işleminde mebinin mülkiyeti, satıcı ile karşılıklı icab ve kabulün tamamlanmasıyla bankaya intikal eder. Mülkiyet, mebinin banka tarafından satın alınmasından müşteriye satılmasına kadar geçen sürede bankaya aittir (Hûce, 1998, s. 173). Müşteri ile yapılan akdin geçerli olabilmesi için müşteriye satılmadan önce mebinin mülkiyetinin bankaya intikal etmiş ve hakiki mülk edinmenin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Malın mülk edinilmesinden önce müşteri ile yapılan akdin geçerliliği söz konusu değildir (Hûce, 1998, s. 181).

Mülkiyetin sırf akitle müşteriye intikal etmiş olacağı belirtilmekle beraber, akitte kabz unsurunun mülkiyetin niteliği üzerinde etkisi bulunmaktadır. Nitekim mebi kabzedilmediği müddetçe bu mülkiyetin zayıf bir mülkiyet olacağı ifade edilmiştir. Mebi üzerinde kabzdan önce tesis edilen mülkiyetin zayıf olmasının sebebi, mebinin satıcının yanında helak olması durumunda akdin münfesihi olması, diğer bir ifadeyle yeni malik (müşteri) tarafından tazmin sorumluluğunun üstlenilmemiş olmasıdır (Hûce, 1998, s. 173).

Mülkiyetin nakli konusu ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken temel nokta fatura, tapu ve ruhsat gibi belgelerin mülkiyet ifade edip etmeyeceği meselesidir. Resmi tescilin kabz yerine geçebileceği görüşü kabul edilse bile, satım akdinde mülkiyetin intikali için kabz şart olmadığından, resmi tescilin mülkiyetin intikalinde etkili olduğunu söylemek zordur. Nitekim tapu, ruhsat gibi resmi tescil belgelerinin satım akdininin inşasında ana unsur olmadığını, sadece akdi tekit edici vasıtalar olduğunu savunanlara göre bu kayıtların banka adına yapılması zorunlu değildir. Dolayısıyla bu kayıtların doğrudan müşteri adına yapılmış olması mülkiyetin bankaya intikal etmesini engelleyici bir unsur değildir (Hûce, 1998, s. 161). Diğer taraftan resmi tescilin önemine dikkat çekenler, günümüzde tescil olmaksızın mülkiyetin resmi olarak tanınmadığını, gayrimenkul gibi bazı mallarda tescilin gerekli olduğunu savunmaktadırlar. Nitekim Ürdün İslam Bankası'nın şer'i danışma kurulu, mevzuatın buna müsait olmamasına rağmen resmi tescil belgelerinin önce banka adına düzenlenmesi gerektiği yönünde fetva vermiştir. Bu fetvanın gerekçesi, mülkiyetin fiili olarak intikalinin tescil ile sağlanacağı düşüncesidir (Hûce, 1998, s. 162). Bu unsur, işlemin hakikaten satım akdi olmasını sağlayan bir unsur olarak görülmektedir.

Kanaatimizce söz konusu belgeleri mülkiyeti intikal ettirici değil, tekit edici belgeler olarak görmek yerinde olacaktır. Mülkiyetin tam olarak alıcıya intikal ettiğinin göstergesi olan tazmin sorumluluğu da bu belgeler vasıtasıyla alıcı tarafından yüklenilmiş olmaktadır. Bununla beraber söz konusu belgeleri mülkiyetin ve tazmin sorumluluğunun nakli için tek yöntem olarak ele almak isabetli bir tutum değildir. Nitekim günümüzde, bağlı kredi sözleşmesinde olduğu gibi resmi tescilden farklı yöntemlerle de tazmin sorumluluğu alıcı tarafından üstlenilmiş olmaktadır. Netice itibarıyla burada kabzın manasının ve gayesinin öne çıkarılarak işlemin sûreten alım satım işlemi olmasının önüne geçilmelidir. Resmi tescil veya bağlı kredi sözleşmesi, bu amaca hizmet eden vasıtalarlardır.

3.3.4. Bankanın Riski Üstlenmesi ve Tazmin Sorumluluğu

İslam hukukunda satım akdinde mülkiyetin intikali icab ve kabulle tamamlanmasına rağmen malın tazmin sorumluluğu kabz ile alıcıya geçmektedir (Hallikân, 2011, s. 227). Kabzın beraberinde getirdiği risk alma ve helak sorumluluğunu bankaların yüklenip yüklenmediği konusu, üzerinde durulan önemli meselelerden biridir.

Çağdaş ulemanın çoğu, murabahada kısa süreliğine de olsa mebinin tazmin sorumluluğunun bankaya intikal etmesini zorunlu görmektedir. Nitekim "el-Harâcu bi'd-damân (malın getirisi tazmin sorumluluğu mukâbilindedir)" kaidesi uyarınca, bankanın mebinin satışından kâr elde etmesinin şer'i gerekçesi, onun tazmin sorumluluğunu üstlenmiş olmasıdır (Hûce, 1998, s. 174). Yusuf el-Karadâvî, Kuveyt'te düzenlenen 2. İslam Bankacılığı Kongresi'nde, bankanın malı temellük edip helak sorumluluğunu üstlenmesi kaydıyla murabaha işleminin caiz olacağı yönündeki fetvayı hatırlatmakta ve damânı mülkiyetin intikalinin sonucu olarak görmektedir (Karadâvî, 1983, s. 74). Bu düşüncenin bir neticesi olarak Arap dünyasındaki bazı İslami bankaların danışma kurulları, hiçbir şekilde bankanın

tazmin sorumluluğu altına girmeyen elektrik enerjisi ve uçak yakıtı gibi malların murabaha yoluyla finanse edilmesini caiz görmemektedirler (Hûce, 1998, s. 174).

Söz konusu eleştirilere verilen cevaplardan biri, bankanın mebiyi murabahalı olarak müşterisine satarken ona malik olduğu ve tazmin sorumluluğunu üstlendiği yönündedir. Bu görüşte olanlara göre buradaki tazmin sorumluluğu, banka ile müşteri arasındaki akdin tamamlanıp müşterinin mebiyi bankadan fiili olarak teslim almasına kadar devam etmektedir (aktaran Diyee, 2009, s. 101). Diğer yandan buna karşı çıkan bazı müellifler ise malın damânını yüklenmek için temellük şartının yeterli olduğunu, bunun hükmî kabz mesâbesinde sayılacağını ve damân için kabzın şart olmadığını ifade etmektedirler (Cebeci, 2010, s. 131).

Konu ile ilgili üzerinde durulan bir diğer önemli nokta, mebinin sigortalanması meselesidir. Mülkiyetin intikalinin neticesi olarak malın başına gelebilecek helak olma, kusurlu hale gelme gibi muhtemel durumlardan bankanın sorumlu olmasının mülkiyet nazariyesi çerçevesinde müsellemler olması sebebiyle gerekli durumlarda mebinin sigortalanmasının da bankanın sorumluluğu altında olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla sigorta poliçesinin banka adına yapılması ve primlerin banka tarafından ödenmesi gerekmektedir (Hûce, 1998, s. 173-176).

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise bankanın satım akdi esnasında malda ortaya çıkabilecek kusurlardan beri olduğunu şart koşmasıdır. Satıcının maldaki kusurlardan beri olması şartıyla yapılan satım akdi fikhen geçerli bir akit olup, söz konusu şart bağlayıcı niteliktedir (Ali Haydar Efendi, 2003, I, s. 348-349). Nitekim İslam hukukunda satıcının akit esnasında maldaki kusurlardan beri olduğunu şart koşması caizdir. Dolayısıyla satıcı konumundaki katılım bankasının da böyle bir şart ileri sürmesinde şeklen herhangi bir mahzur görünmemektedir. Bununla beraber katılım bankasının söz konusu şartı mutata hale getirerek sürekli kusur sorumluluğunu üzerinden atan bir tutum içinde olması problemlili bir durum olarak göze çarpmaktadır.

Mebinin tazmin sorumluluğunun banka tarafından üstlenilmesi konusu, üzerinde durulması gereken ve meselenin özünü teşkil eden bir konudur. Nitekim fukaha, kabzın anlamının mülkiyetin, tazmin sorumluluğunun ve tasarruf yetkisinin kabzedene intikal etmesi olduğunu söylemektedirler. Mülkiyetin ve tasarruf yetkisinin intikali için de öncelikle tazmin sorumluluğunun üstlenilmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla hakiki bir alım satım gerçekleşmesi gereken modern murabaha işlemlerinde bu hususun dikkate alınıp tazmin sorumluluğunun bankaya intikalini sağlayıcı vasıtaların geliştirilmesi, İslam hukukunun satım akdindeki gayesine mutabık bir tutum olacaktır. Ayrıca yapılan işlemlerin şekillikten uzaklaşması için de tazmin sorumluluğunun banka tarafından üstlenilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Günümüzde piyasalarda aktif şekilde rol oynayan faizli bankalara alternatif olarak geliştirilen katılım bankacılığı sistemi, Müslümanların faiz konusundaki hassasiyetlerine büyük oranda cevap vermiş ve bu alanda zihinlere takılan meşruiyet problemlerine çözüm getirmiştir. Bununla beraber katılım bankaları, işlemlerini İslam hukuku kurallarına bütünüyle mutabık şekilde yürütme konusunda bazı problemlerle karşılaşmışlardır. Bu problemler, büyük oranda klasik dönemdeki alışveriş şekil ve yöntemleri ile modern dönemdeki yöntemlerin farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Günümüzde mal kabul edilen meta ve hizmetler çeşitlenmiş, bunların mübadele yöntemlerinde de ciddi değişimler olmuştur. Katılım bankalarının murabaha işlemlerinde malı fiilen kabzetmeden satmaları da bu değişimlerin bir tezahürü olarak görülebilir.

İslam hukukunda akdin türüne göre akitte lüzum, sıhhat veya mülkiyetin intikalinin şartı olarak değerlendirilen kabz unsurunun katılım bankacılığı muamelelerinde nereye oturduğu mevzuu, halen tartışılan hususlardan biridir. Katılım bankalarının masrafları azaltmak amacıyla malı fiilen kabzetmeyip satıcının deposunda bekletmeleri ve günü geldiğinde kabz için müşterilerine vekalet vermeleri; ayrıca fatura, tapu ve ruhsat gibi tescil belgelerini doğrudan müşteri adına düzenletmeleri bazı alimler tarafından katılım bankalarının işlemlerini, konvansiyonel bankacılık işlemlerine yaklaştıran bir etken olarak görülmektedir. Bu alimlere göre kabz unsuru, katılım bankasını faizli bankalardan ayıran en önemli unsurdur. Diğer taraftan bazı alimler ise İslam hukukunda malın hükmen de kabzedilebileceğini,

fiilen kabzın gerekli olmadığını söylemekte ve bankanın fiilen kabz için yaptığı masrafları gereksiz bulmaktadırlar. Kanaatimizce katılım bankalarının murabaha işlemlerinde malın fiilen teslim alınması, söz konusu işlemin gerçekten murabaha olmasını sağlayan bir unsurdur. Dolayısıyla kabz unsurundan tamamen vazgeçilmemeli, bununla beraber İslam hukuk kuralları da göz önünde bulundurularak söz konusu işlemi kolaylaştıracak kanuni düzenlemeler getirilmelidir. Bu sayede katılım bankasının fazla külfet altına girmeden şer'î daire içerisinde hareket etmesi temin edilmiş olacaktır.

Kaynakça

- Aktepe, İshak Emin, *Sorularla Katılım Bankacılığı*, Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayınları, İstanbul 2013.
- Ali Haydar Efendi (küçük) (1853-1935), *Dürrü'l-hukkâm şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Beyrut 2003.
- Apaydın, H. Yunus, "Kabz", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, XXIV, 45-49.
- Atalay, Arif, "İslam Hukukunda Kabz", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012).
- Cebeci, İsmail, "Modern İslam İktisadı Literatüründe Murabaha Tartışmaları", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010).
- Çetintaş, Recep, "İslam Hukuku Açısından Tedârik Sözleşmesinin Meşrûiyeti (Türk Borçlar Hukukundaki Mahiyeti Bağlamında)", *Turkish Studies, International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, 11/12, (2016), 39-66.
- Diyye, Abdülmecit Abdullah, "Şübühât ve Rudûd alâ Bey'i'l-Murâbaha li'l-Âmiri bi's-Şirâ kemâ Tücrihi'l-Mesârifü'l-İslâmiyye", *Mecelletü'z-Zerkâ li'l-Buhûs ve'd-Dirâsâti'l-İnsâniyye*, 2/9 (2009), 91-108.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Murabaha", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, XXX1, 148-152.
- Hallikân, Abdüssâdık, *Bey'u'l-murabaha li'i-âmiri bi's-şirâ kemâ yecrihi fi'l-mesârifü'l-mağribiyye*, Menşûrâtü'l-Meclesi'l-İlmî, Marakeş 2011.
- Hüce, İzzeddin Muhammed, *ed-Delîl li'l-murâbaha*, Şeriketü'l-Bereke li'l-İstismâr ve't-Tenmiye, [y.y.] 1998.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz (1252/1836), *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî (620/1223), *el-Muğni*, Dâr-u Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1986.
- İbn Manzur, Ebu'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed b. Manzur el-Ensârî er-Rüveyfî (711/1311), *Lisânü'l-arab*, Dâru Sâdır, Beyrut 1993.
- İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî (595/1198), *Bidâyetü'l-muctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru'l-Hadîs, Kahire 2004.
- el-Îd, Ebu Hâzim Yahya İsmail, "Bey'u'l-Murâbaha fi'l-Bunûki'l-İslâmiyye beyne'l-Hilli ve't-Tahrîm", *Mecelletü'l-Hikmet*, 6/1 (1995), 221-256.
- Karadâvî, Yusuf, "Bey'u'l-Murâbaha li'i-Amiri bi's-Şirâ kemâ Tecrihi'l-Mesârifü'l-İslâmiyye", Doha 1983.
- Karaman, Hayrettin, "Akid", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, II, 251- 256.
- Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (587/1191), *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, [y.y] 1986.
- Kisbet, Mustafa, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010).
- Kisbet, Mustafa, "İslam Borçlar Hukukunda Kabzın Akitlere Etkisi", *İHYA Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi*, 2/1, (2015), 1-21.

- Kuru, Hamza, “Geçmişte ve Günümüzde Finansman Yöntemi Olarak Murabaha”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Araştırmaları Enstitüsü, 2015).
- Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye*, Nur Muhammed Kârhane Ticaret Kütüb, Arambağ [t.y.].
- Mevsilî, Ebu'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut [t.y.].
- Meydani, Abdülganî, *El-lübâb fi şerhi'l-Kitâb*, Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut [t.y.].
- Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde [t.y.].
- Odabaşı, Mehmet, “Katılım Bankaları Tarafından Uygulanan Murabaha Finansmanına Yönelik Bazı Eleştirilere Cevaplar”, Erişim tarihi: 30 Temmuz 2018, <http://www.tkbb.org.tr/Documents/Yonetmelikler/KATILIM%20BANKALARI%20-%20MURABAHA%20%C4%B0%C5%9ELEMELER%C4%B0.pdf>
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (539/1144), *Tuhfetü'l-fukahâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1984.
- Topal, Şevket, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikali*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 1995).
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-islami ve edilletüh*, Dâru'l-Fıkr, Dımaşk 1985.