

## İSLAM HUKUKUNDA VE MODERN HUKUKTA «BEKLENMEYEN HAL» NAZARİYESİ

Yrd. Doç. Dr. Ali BARDAKOĞLU

### GİRİŞ :

Akit, borçlar hukukunun önemli bir bölümünü teşkil eder. Lügat olarak iki şeyi birbirine bağlamak demek olup hukuk dilinde «karşılıklı iki iradenin akit mevzuunda hukukî bir netice doğuracak şekilde birleşmesidir» şeklinde tarif edilmektedir (1).

Akdin, tarafların hür iradelerine dayanması her iki tarafın da böyle bir akit yapma ihtiyacı içinde olması demektir. Tarafların dilediği akdi dilediği tarzda kurması nasıl en tabii hakkı ise, üzerinde anlaşmaya vardığı akdi yerine getirmesi de o ölçüde önemli bir vazifesidir.

Kur'an-ı Kerimin «Ey iman edenler, akitlere riayet ediniz» (2), «Sözünüzü tutunuz, çünkü sözün hesabı verilecektir» (3), «Sözleştiğiniz zaman Allah'a verdiğiniz sözü tutunuz. Allah'ı kefil göstererek sağlamlaştırdıktan sonra yeminleri bozmayın» (4) meâlindeki bu ve benzeri âyetleri daima akde ve ahde vefayı emretmektedir. Hz. Peygamber; «Emanete riayet etmeyene eman yoktur, sözünü tutmayanın dini yoktur» (5), «Müslümanlar şartlarına bağlıdır» (6) buyurmuş, verilmiş sözde durmamayı dinde iki yüzlülük alâmeti saymıştır. Akde bağlılık prensibi eski ve yeni, dinî ve lâik bütün hukuk sistemlerinde esas alınmış ve hukukçular bu gerekliliği «Akit tarafların kanunudur» kaidesiyle ifade etmişler (7), hatta bu kaide bazı ülkelerin medenî kanunlarına birer madde ola-

(1) Mecelle, md. 104; es-Senhûrî, 1/73 vd.; Ebû Zehra, 171; ez-Zerkâ, 1/292.

(2) el-Mâide, V/1.

(3) el-İsrâ, XVII/34.

(4) en-Nahl, XVI/91.

(5) Ahmed, III/135, 154.

(6) el-Buhârî, İcâre 14; Ebû Davud, Akdiye 12.

(7) Attar, 210; Feyzioğlu, II/385; es-Senhûrî, VI/17; ez-Zuhaylî, 317.

rak girmiştir (8). Ayrıca ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda) her devirde önemini korumuş, hukuk sistemleri bunu sağlama yolunda çeşitli usuller geliştirmiş, müeyyideler getirmiştir.

Burada şöyle bir soru aklımıza gelmektedir : Akdi ifâ borcunun sınırları nedir ? Her şart ve durumda tarafların akde harfiyen bağlı kalması ve akitle yüklendiği borcu yerine getirmesi beklenebilir mi ?

Biliyoruz ki akdin, hukukun emredici kurallarına aykırı olması, ifânın imkânsızlığı gibi akdin sona ermesini veya erdirilmesini gerektiren durumlarda borçludan borcunu yerine getirmesini beklemek mümkün değildir. Sadece ifâ edilmeyişte kusurun bulunup bulunmadığı noktasından hareketle vaki zararı tazmin ettirme yoluna gidilebilir.

Fakat, iki tarafa da borç yükleyen devamlı akitlerde akdin yapıldığı zamanın şartları ile ifa zamanı şartları arasında bazan çok önemli değişiklikler meydana gelmiş olabilir. Değişen şartlar, ifanın alacaklıya sağlayacağı menfaate ölçülemeyecek derecede ve niyet kuralları ile de bağdaşamayacak şekilde borçlu için çok ağır bir yük ve masrafı gerektirebilir. Bu değişiklikler borçlu için önceden tahmin edilemeyen ve beklenmeyen yeni bir durumdur. Borçlunun akde uyup borcunu ifa etmesi her ne kadar mümkün ise de bunu ondan istemek, adetâ yıkımını, iktisaden çökmesini arzu etmek olur. Bunu ise adalet ve hakkaniyet duygularımız asla tasvip etmez. Aksine sözleşmenin yeni durum ve şartlara göre yeniden gözden geçirilmesinin gerekliliği fikri ağır basar. Bu mesele Türk Hukuk dilinde «Beklenmeyen Hal Nazariyesi» veya «Emprevizyon Nazariyesi» (9). Batı hukukunda «clausula rebus sic stantibus», «cas de l'imprévision», «implied condition» gibi adlarla (10), İslâm hukukunda ise «ez-Zurûfu't-Târie», «el-Havâdisu't-Târie» veya «el-Özr» (11) tabirleriyle ifade edilmektedir.

### Beklenmeyen Hal Nedir ?

Burada çözülmesi gereken düğüm şudur : Akdin yapıldığı tarih ile ifa zamanı arasındaki devrede hal ve şartlarda meydana gelen değişiklikler akdin ifâsını etkilemeli midir ? Akdin metni mi

(8) Bkz. Fransa MK 1134. md.; Mısır MK 147/I. md. Irak MK 146. md.

(9) Feyzioğlu, II/384, Gözübüyük, 125 - 126.

(10) a.y.

(11) es-Senhûrî, VI/20; ez-Zerkâ, I/231.

yoksa karşılıklar arası kurulan denge mi daha çok korunmalı ve gözetilmelidir? Bu noktada genel prensibimiz ahde vefa (pacta sunt servanda) ile borç münasebetlerinde gözetilmesi gereken adalet ve hakkaniyet ilkesi çatışmaktadır. Diğer bir ifade ile, burada hukukun güvenliğini sağlayan «statisme» ile hukukun sosyal hayata uygunluğunu gerçekleştiren «dynamisme» in bağdaştırılması problemi söz konusudur (12).

Gerçekten de akde bağlılığın esas alınması, tarafların akitle yüklendikleri borçlarını her halükarda ifa etmeleri beklenmelidir ve kural olarak doğrudur. Mademki akit tarafların kanunudur, o hâlde ne savaş, ne olağanüstü hallerin doğurduğu nakliye güçlükleri, ne fiyat yükselişleri borçluyu borcundan kurtarmamalıdır. Hal ve şartlardaki değişikliklere rağmen yapılan sözleşmeye bağlı kalınması, beşerî münasebetlerde emniyet ve istikrarın gerçekleşmesi, dolayısıyla toplum düzeninin korunması için zarûrîdir. Alacaklı taraf da önceden akit yapmakla bir bakıma muhtemel değişikliklerden kendini korumak istemiştir. Bir Yargıtay kararında da temas edildiği gibi (13) borçlu akit yaparken muhtemel gelişmeleri hesaba katmalı, gerekli ihtiyat ve emniyet tedbirlerini önceden almalıydı.

Beklenmeyen hal nazariyesinin esası ise şudur : Bilhassa süresiz veya uzun süreli borç münasebetlerinde sözleşmenin yapılmasından sonra hâl ve şartlarda önceden beklenilmeyen ve tahmin edilmeyen sebeplerle birtakım ciddî değişiklikler olabilir. Bu durumda borcun ifası borçlu için imkânsız olmamakla birlikte ona büyük bir yük ve zarar getiriyorsa, daha doğrusu akdin dengesi bozulmuş, karşılıklar arasında büyük bir nisbetsizlik ortaya çıkmışsa, o zaman bu akdin tadili veya feshi mümkün olabilmelidir. Diğer bir ifade ile akit değişen bu şartlara uydurulabilmeli, bu mümkün olmuyorsa feshedilebilmelidir (14).

#### **Beklenmeyen Hal - Mücbir Sebeb Ayırımı :**

Beklenmeyen hâl, mücbir sebepten (force majeure, höhere gewalt, el-kuvvetu'l-kâhire) ve olağanüstü halden (cas fortuit, zufall) farklıdır. Deprem, genel grev, savaş, su baskını, ithalat veya ihracat yasağının konması gibi haricî kuvvetlerin eseri olan, kaçır-

(12) Çelik, I/224.

(13) Y4 HD, 12.12.1957, 7173/7373.

(14) Attar, 220; es-Senhûrî, VI/20.

nılması imkânsız bulunân, önceden tahmin edilemeyen ve borcun ifasını mutlak olarak imkânsız hale sokan mücbir sebep veya kiralanın evin yanması, işyerinde kaza çıkması gibi borçlu açısından kaçınılmaz olan ve borcun ifasını imkânsızlaştıran olağanüstü hal ortaya çıktığında ifanın imkânsızlığı söz konusu olduğundan, borcunun borcunu ifa etmesi istenemez (15). Beklenmeyen halde ise borcun ifası mümkündür. Fakat hal ve şartlarda akdin yapıldığı zamana göre önemli ölçüde ve umulmayan bir değişiklik meydana geldiğinden borcunun borcunu ifa etmesi ona aşırı bir yük ve zarar getirecektir (16).

Böyle olunca beklenmeyen hal ile mücbir sebep arasında şu farklar ortaya çıkmaktadır :

1. Beklenmeyen hal borcun yerine getirilmesini borçlu açısından güçleştirdiği halde mücbir sebep bunu imkânsızlaştırmaktadır. Diğer bir ifadeyle, beklenmeyen halde borçlu yeni durumun yol açtığı fahiş zarara katlanmayı göze alırsa borcunu ifa edebilir. Mücbir sebepte ise borçlu istese de artık borcunu ifade edemez.

2. Beklenmeyen halde sözleşme yürürlüktedir, sadece sözleşmenin değişen şartlara intibak ettirilmesi meselesi vardır. Mücbir sebep ise sözleşmeyi sona erdirir, yürürlükten kaldırır (17).

Biz burada makalenin dar hacmi içerisinde beklenmeyen hal nazariyesinin Batı ülkelerinde ve Batı ülkeleri paralelinde bir kanunlaştırmaya giden İslam ülkelerinde kaydettiği gelişmeyi özetle ifade ederek Türk hukuk sistemine geçmek ve özellikle İslam hukukunda bu nazariyenin yeri ve kabul tarzı üzerinde etraflıca durmak istiyoruz.

## I — BATI HUKUKU

Batı hukukunda da İslam hukukunda olduğu gibi ahde vefa (pacta sunt servanda) ve akde bağlılık prensibi hakim olup beklenmeyen hallerin akde tesiri meselesi oldukça yakın bir geçmişe sahiptir. Birinci ve ikinci dünya savaşının yol açtığı iktisadi buhranlar, hal ve şartlarda bu dönemde meydana gelen büyük deği-

(15) Feyzioğlu, II/184; es-Senhûri, VI/20.

(16) Gözübüyük, 130; ez-Zuhayli, 331.

(17) Attar, 222; Âdem, 5; Gözübüyük, 130; es-Senhûri, VI/20.

(18) Gözübüyük, 134; Onar I/106-107, III/1635; es-Senhûri, VI/23.

şiklikler idarî sözleşmelerin kuruluşunda mevcut şartları kökünden sarsmış, borç münasebetlerindeki karşılıklı dengeyi büyük ölçüde bozmuştur. Bu durumda tarafların borç ve alacakları göz önünde tutularak, beklenmeyen hallerin idarî sözleşmeler üzerindeki olumsuz tesirinin adalet ve hakkaniyet esaslarına göre giderilmesi ihtiyacı uygulamada şiddetle kendisini hissettirmiş ve yargı organlarını bu yönde karar almaya zorlamıştır.

Nitekim Fransız Danıştay 30 Mart 1916 tarihli ictihadiyla, Birinci Dünya Savaşının doğurduğu beklenmeyen haller sebebiyle idarî sözleşmelerde değişiklik yapılabilmesine imkân tanımıştır. Bu kararında adigeçen mahkeme Bordeaux Belediyesine şehir için sabit bir fiyat üzerinden havagazı ve elektirik vermeyi taahhüt etmiş olan müteahhidin, savaş sebebiyle kömür fiyatlarının beş misline yükselmesi göz önünde tutularak sabit fiyatın artırılması talebini kabul etmiştir. Bu karar Batı'da beklenmeyen hal nazariyesinin ilk tohumu olarak kabul edilmektedir (18).

İlk önce idare hukuku ve kısmen de milletlerarası hukuk alanında kendini gösteren bu yaklaşım tarzı (19) giderek özel borç münasebetleri için de tartışılır olmuş, neticede «Beklenmeyen Haller Hukuku (Droit des cas de l'imprévision)» adı altında, tarafların akitten beklediği karşılıklı menfaatleri en âdil şekilde uzlaştırmayı amaç edinen yeni bir anlayış tarzı geliştirilmiştir. Fakat şunu da belirtelim ki bu hukûkî anlayışın yaratıcısı kanunlar ve kanun koyucular değil mahkemeler ve mahkeme icvatları olmuştur. Yargı organlarının bu yöndeki kararları üzerine lehte ve aleyhte bir hayli tartışmalar olmuş ise de bu nazariyenin genel bir prensip olarak kabulü ve hukuka, bilhassa borçlar hukukuna bir kanun maddesi olarak girmesi pek mümkün olmamıştır (20).

### Hukûkî Esas

Modern hukukta münakaşa ve tereddütler bu nazariyenin kabulünden ziyade dayatılacağı hukukî esas üzerinde toplanmıştır. Beklenmeyen hallerin ortaya çıkması ile bir yandan «ahde vefa», diğer yandan «hakların kullanımında adalet ve iyi niyet kuralına bağlı kalma» esas çatışmış olduğundan, çarpışan bu iki ana prensibi uzlaştırmak için, bu yöndeki mahkeme kararlarının da zorla-

(19) es-Senhûrî'ye göre bu nazariye ilk defa milletlerarası hukuk alanında ortaya çıkmış ve uygulanmış, daha sonra da idare hukukuna geçmiştir (VI/23).

(20) Feyizoğlu, II/386.

masıyla, doktrinde çeşitli hukukî formüller ileri sürülmüş, birtakım teoriler geliştirilmiştir. Bunları şöylece özetleyebiliriz :

Beklenmeyen haller hükükünün dayandırıldığı hukukî esasın başında «zımnî infisahî şart (clausula rebus sic stantibus)» (21) nazariyesi gelir. Bu nazariye, süresiz veya uzun süreli bütün sözleşmelerde akdin yapıldığı zamandaki hal ve şartların esaslı bir şekilde değişmemesi gibi zımnî bir infisahî şartın varlığını öngörür. Sözleşmenin hüküm ifade edegelmesi hal ve şartların değişmemiş olmasına bağlıdır. Bunlar değişirse sözleşmenin de değişmesi gerekir. Taraflar akit yapmakla, açıkça olmasa bile zımnen böyle bir şartı ileri sürmüş ve kabul etmiş sayılır.

Batı hukukunda geliştirilen bir başka hukukî sistem ise «sözleşmenin temeli (foundation of contract)» doktrini olmuştur. Bu doktrine göre, beklenmeyen hallerin ortaya çıkmasıyla sözleşmenin esaslı unsurlarında büyük değişiklikler meydana geldiğinden, sözleşmenin hakim tarafından yeniden gözden geçirilmesi istenebilmelidir.

Aynı şekilde, konu «akdin esaslı unsurlarında hata» açısından ele alınarak, beklenmeyen halle karşılaşan borçlunun, akdin esaslı unsurlarında yanıldığından bahisle sözleşmede değişiklik yapılmasını isteyebileceği ileri sürülmektedir (22).

Bazı hukukçular beklenmeyen hal meselesini «borç münasebetlerinde karşılıklar arası iktisadî denge» ile açıklamakta (23), bir kısım yargı organları da konuyu «sebebsiz zenginleşme» veya «hakkı kullanmada katılık» açısından ele alarak alacaklının, beklenmeyen hale rağmen borcun aynen ifasını istemesini hakkını kullanmada haksızlık veya sebebsiz zenginleşme olarak değerlendirilmektedirler (24).

Doğruluğu ve isabet dereceleri tartışılabilir bu izah ve çözümler yanısıra, başka bir hukukî esasa dayandırılma ihtiyacı hissedilmeden doğrudan «beklenmeyen hal nazariyesi» müstakil bir hukukî çözüm ve sistem olarak ileri sürülmektedir. Buna göre, beklen-

- (21) Bu terim, «sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumda değişiklik olması şartı» şeklinde tanımlanabilir.  
(22) Gözübüyük, 131-132.  
(23) Zuhaylî, 316.  
(24) Âdem, 47-48; es-Senhûrî, VI/22.

meyen olaylar sebebiyle borcun ifası esaslı surette güçleşirse ve borçlu için ağır bir zararı mucip oluyorsa, adalet ve hakkaniyet gereği, sözleşmenin değişen şartlara intibak ettirilmesine imkân verilmelidir (25).

Doktrin bir yandan bu nevi kararların hukukî kritiğini yapmakta ve varılan sonucu çeşitli ilkelere dayandırarak ve yeni izahlar getirerek tartışmakta iken yargı organları beklenmeyen hallerin akde tesirini yaygınlaştıran kararlar almaya devam etmektedir.

#### A) İSLÂM ÜLKELERİNDE DURUM

XX. Yüzyılın başında Batı hukukundan kaynaklanan bir kanunlaştırmaya giden günümüz İslam ülkelerinde durum anahatlarıyla Batı'daki gelişmelere benzer. Beklenmeyen hal meselesi önce uygulamada kendini hissettirmiş ve yargı organlarında gözükmeye başlamış, daha sonra da bu ülkelerin medenî kanunlarına birer madde olarak girmiştir.

Nitekim Mısır'daki gerek 1876 yılında çıkarılan «el-Kanunu'l-Medeniyyu'l-Muhtelit» ve gerekse 1883 tarihli «el-Kanunu'l-Medeniyyu'l-Ehli», o günkü Fransız medenî kanunu örnek alınarak hazırlanmış olduğundan beklenmeyen hal nazariyesine yer vermemiştir (26). Buna karşılık Mısır İstinaf Mahkemesi 9 Nisan 1931 tarihli kararında; idarenin fiyat tahdidini kaldırması sebebiyle malzeme fiyatlarının iki - üç katına yükselmesi ve bu yüzden idare ile uzun süreli bağlantı yapmış müteahhidin zor durumda kalması olayını beklenmeyen hal olarak değerlendirmiş ve gerek akidde karşılıklararası dengenin korunması ve gerekse bir tarafın sebepsiz zenginleşmesinin önlenmesi bakımından bu akde müdahaleyi zaruri görmüştür (27). Mahkemenin bu kararı bir süre tartışma konusu olmuş, fakat Mısır Temyiz Mahkemesi ulaşılan bu sonucu mevcut kanunların metnine aykırı gördüğünden 14 Ocak 1932 tarihli ic-tihadiyla mahkemenin bu kararını bozmuştur (28). 1936 larda yeni bir Medenî Kanun hazırlama çalışmaları başladığında İslam hukuku ve mevcut örf - âdet de kanunlaştırmada kaynak alındığı içindir ki 1949 yılında yürürlüğe giren yeni Mısır Kanunu, 147.

(25) Gözübüyük, 130 - 131; Zuhayfî, 316 - 317.

(26) Âdem, 49; el-Kubeyî, 215.

(27) Âdem, 47 - 48; es-Senhûrî, VI/23.

(28) Âdem, 48.

maddesinin I. fıkrasında akdi tarafların kanunu olarak ilan ederken II. fıkrasında beklenmeyen hali, hakimin akde müdahale edip akdi karşılıkları dengelemesine ve borçlunun borcunu makul bir seviyeye indirmesine imkan veren bir olay olarak değerlendirmiş ve beklenmeyen hali borçlar hukukunun genel bir prensibi olarak kabul etmiştir (29).

Ayrıca Mısır MK 346/II. maddesi, hakime, borçlunun durumunu gözönüne alarak borcunu erteleme yetkisi tanımakta, 608-609. maddeleri de bazı beklenmeyen durumların ortaya çıkması halinde kira ve iş akdinin süresi dolmadan sona erebileceği hükmünü getirmektedir (30). Aynı kanunun vekâlet ücretine ilişkin 709/II. maddesi, irtifak hakına ilişkin 1023/II ile 1029. maddesi ve 1024-1025. maddeleri de beklenmeyen hal nazariyesinin özel bir uygulaması mahiyetindedir (31). Bütün bu gelişmeler de Mısırlı hukukçular tarafından İslam hukukunun modern kanunlaştırmaya olan olumlu bir katkısı şeklinde değerlendirilmektedir (32).

Diğer İslâm ülkelerinde de benzeri bir gelişmeye şahit oluyoruz. Şu varki çağdaş kanunlaştırma hareketinde tamamen Batının etkisinde kalan birkısım İslâm ülkelerinde beklenmeyen hal nazariyesi prensip olarak kabul edilmezken Suriye (33), Irak (34) ve Libya (35) beklenmeyen hali, Mısır MK'nda yer alan metnin aynı veya benzeri bir ifadeyle, prensip olarak kabul etmişlerdir.

## B) TÜRK HUKUKUNDA BEKLENMEYEN HÂL

Türk - İsviçre hukukunda da genel ve temel kural ahde vefa ve akdin bağlayıcılığı prensibidir. Bununla birlikte bazı münferit olaylarda beklenmeyen hal nazariyesinin benimsendiğini görüyoruz. Doktrinde bu nazariyeyi kural olarak benimsemek yönünde bir yaklaşım bulunmadığı gibi Yargıtay ve Danıştay içtihatlarında da bu konuda net bir tavır yoktur. Bununla birlikte, istisna akdinde, ifayı son derece zorlaştıran ve önceden de taraflarca göz önünde bulundurulmayan beklenmeyen hallerin ortaya çıkması halinde hakim tarafından akdin tadil veya feshedilebileceğini benimseyen Borçlar Kanununun 365. maddesinden kıyas yoluyla yararlanıla-

(29) Maddenin metni için bkz. Âdem, 49-50; el-Kubeysi, 215; ez-Zuhayli, 317.

(30) Âdem, 50-51; el-Kubeysi, 215.

(31) es-Senhûri, VI/28, 2. dipnot.

(32) Âdem, 47-49.

(33) Suriye MK, 148/II. md.

rak, BK'nun 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ve 24. maddesindeki «esash hata» hükmü de işletilerek, beklenmeyen halin akdi tadil veya fesih için geçerli mazeret olarak değerlendirilebileceği fikri ağırlık kazanmaya başlamıştır (36).

**a) Şartları :**

Gerek günümüz Türk hukuk doktrininde ve gerekse uygulamada beklenmeyen halin kabulü için olayda şu şartların bulunması aranmaktadır (37).

1. Beklenmeyen hal, fevkalâde ve istisnâî olmalıdır.
2. Akitte karşılıklar arası denge büyük ölçüde ve açıkça bozulmuş olmalıdır.
3. Hal ve şartlardaki bu değişiklik, akdin yapıldığı sırada tasavvur edilemez, belkenmez nitelikte olmalıdır.
4. Beklenmeyen halin ortaya çıkışında taraflardan herhangi birinin kasıt ve kusuru bulunmamalıdır (38).

Bazı müellifler, beklenmeyen halin kabul edilebilmesi için tarafların borçlarını ifa etmemiş olmalarını da şart görmekte ise de (39) bu tartışılabilir. Zaten Türk mahkemelerinin uygulaması da, ifası tamamlanmış taahhütlerin dahi beklenmedik hal dermanına konu yapılabileceği tarzındadır (40).

**b) Hükümleri :**

Beklenmeyen olay sonucu karşılıklı borçlar arasında büyük bir nisbetsizliğin ortaya çıktığını ve borcun ifası mümkün olmakla birlikte önceden sezilemiyen ağır bir yük getirdiğini ileri süren borçlu, hakimden sözleşmedeki şartların yeniden gözden geçirilmesini isteyebilecektir. Hakim de haiz olduğu takdir yetkisine daya-

(34) Irak MK, 146/II. md.

(35) Libya MK, 147/IF md.

(36) Feyzioğlu, II/386-387.

(37) Feyzioğlu, II/386-387; Gözübüyük, 143-145; Onar, III/1636-1637.

(38) Çağdaş hukuk doktrininde de beklenmeyen halin kabulü için benzeri şartlar aranmaktadır. Bkz. Âdem, 46-47; Attar, 220-222; es-Senhûri, VI/25; ez-Zuhayli, 318-319.

(39) Feyzioğlu, II/381.

(40) Feyzioğlu, II/388.

narak ve değişen hal ve şartları gözönünde tutarak ya diğer karşı-  
lığın da artırılmasına karar verip bozulan dengeyi yeniden tesis  
edecek; ya da akdin feshi yoluna gidecektir (41).

İdare hukukunda, idare ile sözleşme yapmış müteahhit firma  
yahut imtiyaz sahibi tarafın, beklenmeyen halin vukuunda idare-  
den malî yardım ve bunu sağlayacak değişiklikler, daha doğrusu  
sözleşmenin yeni hal ve şartlara uydurulmasını isteyebileceği ka-  
bul edilmiştir. İdarenin sağlayacağı mali destek, ifayı güçleştiren  
hususun idarenin kusurunun bulunmaması ve akit mevzuunun dı-  
şında kalması sebebiyle akdi bir tazminat olarak değerlendirile-  
mez. Belki amme hizmetlerinin devam ve istikrarı özelliğinin gerek-  
tirdiği idari bir görevdir (42).

Tarafların beklenmeyen hal dermeyeranından önceden vazgeç-  
miş olması sonucu değiştirir mi ? Doktrinde, böyle bir anlaşmanın  
geçerli olacağını ve tarafları bağlayacağını, dolayısıyla beklenme-  
yen hal ortaya çıksa bile bu hakkından vazgeçen tarafın artık söz-  
leşmenin tadil veya feshini isteyemeyeceğini benimseyen müellif-  
ler mevcutsa da (43) bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü  
gerek mücbir sebep ve gerekse beklenmeyen halin kabul edilme-  
sindeki temel anlayış, akit yapan tarafları ani ve beklenmedik za-  
rarlardan korumadır. Tarafların bu haktan vazgeçmesini kabul et-  
mek bu amaca tamamen aykırıdır ve hukukun mağduru korumak  
için attığı bu ileri adımı kendi ellerimizle işlemez hale getirmek  
olur.

Nitekim beklenmeyen hali borçlar hukuku alanında umumî  
bir prensip olarak kabul eden İslâm ülkeleri, bunu emredici bir  
hukuk kuralı olarak vaz etmişler ve bu hükme aykırı olarak yapı-  
lacak her türlü anlaşmayı geçersiz saymışlardır (44).

### c) Uygulama Alanı :

Batı hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da beklenme-  
yen hal nazariyesi, ilk ve en geniş uygulama alanını «idare huku-  
ku» sahasında bulmuştur. Bu durum, idare hukukunun kamu ya-

(41) Feyzioğlu, II/389; es-Senhûri, VI/27-28; ez-Zuhayli, 319.

(42) Onar, III/1636-1637.

(43) Feyzioğlu, II/388-389.

(44) Bkz. Irak MK, 146/II. md; Mısır MK, Libya MK, 147/II; Suriye MK,  
148/II.

rarı ve kamu düzeni ile yakın alakasının bulunması ve ayrıca idare hukukunun özel hukuka nisbetle daha esnek bir yapıya sahip oluşu gibi iki önemli sebebe dayanır (45). Bir diğer sebep ise Yargıtay genellikle İsviçre hukuk sistemine temayül ederken Danıştay'ın Fransız doktrin ve tatbikatının tesiri altında kalmakta oluşudur.

Bilhassa ani ve aşırı fiyat hareketleri, malzeme ve işçi temininde doğan güçlükler, savaş, deprem, yangın, genel grev gibi toplumu yakından ilgilendiren olayların yol açtığı yokluk ve sıkıntılar, çoğu zaman belli bir kamu hizmetini yüklenmiş müteahhitleri zor durumda bırakmakta, idare de kamu hizmetlerinin devam ve istikrarını sağlamak gayesiyle sözleşmeyi yeni ortaya çıkan şartlara göre tekrar gözden geçirme ve beklenmeyen şartların yol açtığı kötü tesirleri kısmen azaltma ihtiyacını hissetmektedir.

Nitekim Danıştay, II. Dünya Savaşı yıllarında ilgili daire veya genel kurul kararlarında ithal malı inşaat malzemelerindeki fiyat artışını (46), işçi ve malzeme fiyatlarındaki aşırı yükselmeyi (47) sözleşmenin tadili için yeterli görmüş, bu arada ne tür olayların ve hangi oranlardaki fiyat artışının sözleşmenin tadiline imkân vereceği yönünde genel bir karar almak yerine dava konusu her olayı ayrı ayrı incelemeyi tercih etmiştir (48).

Bakanlar Kurulu da aynı yıllarda malzeme fiyatlarındaki artışın kısmen veya tamamen kabul edilmesi yönünde genel bir karar almaya mahal görmemiş (49), her sözleşmenin ayrı ayrı incelenmesini benimseyerek ihaleden sonra işçilik ve malzeme fiyatlarının artması halinde müteahhide fiyat farkı ödenmesi yönüne gitmiştir (50).

Beklenmeyen hal tartışması milletlerarası hukukta da mevcuttur. Fakat zımnî infisahî şart (rebus sic stantibus) ilkesinin kabulü iç hukuka oranla daha güç olmaktadır. Çünkü iç hukukta bir yandan kanun koyucunun müdahalesi öte yandan yargı organlarının kanunları sosyal hayatın değişen şartlarına uydurabilmesi mümkündür. Oysa milletlerarası hukuk düzeninde kanun koyucu

(45) es-Senhûrî, VI/23.

(46) 3. Daire, 1.4.1940.

(47) Genel Kurul, 6.4.1942; 3. Daire, 12.12.1942.

(48) Genel Kurul, 8.4.1940; Karar için bkz. Gözübüyük, 146-149.

(49) 3.7.1942 t. Bakanlar Kurulu kararı.

(50) 11.3.1942 t. Bakanlar Kurulu kararı. Karar için bkz. Gözübüyük, 150-151.

rolünü andlaşmanın tarafları oynamaktadır ve andlaşmanın yeni şartlara uydurulabilmesi tarafların oybirliği ile gerçekleşebilecek tir. Milletlerarası yargı organları böyle bir görevi icra etmede henüz yetesiz gözükmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse, milletlerarası hukukta «rebus sic stantibus» çoğunluk müellifler tarafından süresiz veya uzun süreli andlaşmalarda zımnî bir infisahî şart olarak değerlendirilmemekte ve buna paralel olarak andlaşmaların yapıldığı zamandaki şartların köklü değişikliğe uğraması halinde taraflardan birine andlaşmayı tek taraflı olarak feshetme hakkı tanımamaktadır. Buna karşılık şartlarda meydana gelen önemli ve beklenmeyen değişikliklerin, andlaşmanın yeni şartlara uydurulması talebini haklı kıldığı görüşü ağır basmaktadır (51).

Nitekim 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesi ile Boğazlar askerden arındırılmış, geçit hakkı ve askersizleştirilen bölgenin güvenliği sözleşmenin 18. maddesi gereğince, o tarihte Milletler Cemiyeti Konseyinin sürekli üyeleri bulunan Büyük Britanya, Fransa, İtalya ve Japonya tarafından garanti edilmişti. Fakat 1923'den 1936'ya kadar milletlerarası şartlarda büyük değişmeler olmuş ve değişen şartlar bu garantiyi yetersiz, hatta işlemez hale sokmuştu. Bu durum karşısında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti 11 Nisan 1936 günü Lozan Boğazlar Sözleşmesini imzalamış bulunan bütün devletlere gönderdiği bir nota ile, bu sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi talebinde bulundu. Türk Hükümeti bu notasında, siyasi ve askeri şartların sözleşmenin yapıldığı zamana nisbetle büyük ölçüde değiştiğini, garantinin zayıflamış olduğunu, 1923 sözleşmesinin genel niteliğini altüst eden unsurların ortaya çıktığını ve iyiniyetle konulmuş kayıtların işlemez hale geldiğini ileri sürerek konunun yeniden müzakere edilmesi talebinde bulundu. Neticede Türkiye'nin bu talebi ve girişimi kabul edildi ve Mont-rö'de toplanan konferansta Boğazlar rejimi yeniden düzenlendi (52).

Beklenmeyen hal nazariyesinin en önemli uygulama alanı şüphesiz «borçlar hukuku» dur. Fakat şunu da kaydedelim ki gerek günümüz borçlar hukuku doktrininde ve gerekse yargı organlarının kararlarında beklenmeyen hal, akdin tadil ve feshi için uygun

(51) Çelik, I/223 - 225; es-Senhûrî, VI/23:

(52) Çelik, I/225 - 226.

bir sebep olarak değerlendirilmekte ise de borçlar kanunları bu yönde bir genel kurala yer vermemişlerdir. Sadece Polonya (53) ve İtalya (54). İslâm ülkelerinden de Mısır, Suriye, Irak ve Libya kanunlarında birbirlerine yakın ifadelerle beklenmeyen hali ilke olarak benimsemişler (55) ve onu akdin hakim tarafından tadil ve feshi için geçerli bir sebep kabul etmişlerdir.

Türk hukukunda ise, doktrinde hakim genel eğilimin aksine Borçlar Kanunumuz beklenmeyen hali sadece istisna akdi için sözkonusu ederek 365/II maddesinde; «Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafca nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işgal ederse hakim haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrur eden bedeli tezyid veya mukaveleyi fesheder» hükmünü getirmekte, diğer borç münasebetlerinde bu özel hükümden kıyas yoluyla yararlanma ve ayrıca MK 2. maddedeki «iyiniyet kuralı» ve BK 24/IV. maddedeki «esaslı hata» hükmünü işletme yoluyla beklenmeyen halin uygulanmasına zayıf da olsa imkân tanımaktadır.

Kanundaki bu düzenlemeye paralel olarak yargı organları da kararlarında akdin bağlayıcılığı ve ahde vefa ilkesini esas almakta, akdin sona erdirilebilmesi için BK 117. madde istikametinde bir mücbir sebebin varlığı aramaktadır.

Nitekim Yargıtay, müteahhidin inşaat malzemelerini temin edememesini (56), hükümet tarafından tevziye tabi tutulduğu için serbest piyasada zor bulunur olmasını (57), kötü mevsim şartlarının yol açtığı kasaplık hayvan bulma sıkıntısını (58) BK 117. maddedeki kusursuz imkânsızlık çerçevesinde mütalaa etmediği içindir ki akdin sona erdirilmesi için haklı bir sebep saymamıştır.

Ayrıca BK 365/II hükmü emredici bir hukuk kuralı olarak değerlendirilmediğinden tarafların sözleşme esnasında bu madde istikametinde bir beklenmeyen hal ileri sürmekten vazgeçmesi halin-

- 
- (53) 1933 t. Polonya Borçlar Kanunu 269. md. maddenin metni için bkz. Feyzioğlu, II/386, 72. dipnot; es-Senhûrî, VI/24.  
(54) İtalya Borçlar Kanunu 467. md. Metni için bkz. es-Senhûrî, VI/24.  
(55) Maddeler arası farklar için bkz. es-Senhûrî, VI/28.  
(56) Y4HD, 12.12.1957 - 7173/7373.  
(57) YTD, 19.11.1957 - 2779/2493.  
(58) Y4HD, 6.4.1965 t. ve 64/8845 - 19668 s. karar.

de bu hakkın düşeceği görüşü de hakim olup (59) bu durumda, vazgeçen kimsenin ancak MK 2. maddedeki iyiniyet kuralına dayana-  
nabileceği benimsenmektedir (60).

İdarenin, idarî yargı organlarının ve Yargıtay'ın, istisna ak-  
dinde beklenmeyen hali uygulamadaki farklı ve değişken tavrı, bu  
akitte taahhüt ve ödemelerin birim fiyatlar üzerinden kararlaştırı-  
lması yolunu açmıştır. Böylece, malzeme ve işçi ücretlerindeki  
fiyat artışları idare tarafından tespit edilen birim fiyatlara yan-  
sıtılarak tarafların beklenmeyen hal dermeyeranından uzak tutul-  
ması sağlanmış olmaktadır.

## II — İSLÂM HUKUKUNDA «BEKLENMEYEN HAL» MESELESİ

İslâm hukukunun doğuşunu ve gelişmesini yakından bilen ve  
yapısını tanıyanların da ifade ettiği gibi (61) İslâm hukuku baş-  
langıçta umumî bir akit nazariyesi geliştirerek doğmamış, aksine  
meseleci (kazuistik) bir metod takip ederek borçlar hukukunu  
akit akit teşekkül ettirmiştir. Çözülmesi gereken meseleler çoğal-  
dıka, toplumsal hayat, dolayısıyla borç münasebetleri karmaşık-  
laştıkça hukuk da gelişmiştir. Bu seyri ister Roma huku olsun is-  
ter diğerleri, bütün aslî hukuk sistemlerinde de müşahade ediyö-  
ruz. Bu özellik biraz da hukukla yaşanan hayat arasındaki kop-  
maz bağın zarûrî bir sonucudur.

İslam borçlar hukukunun umumî hükümlerini ve akit naza-  
riyesini araştırmak isteyenler, İslam hukukundaki her bir akdi  
ayrı ayrı incelemek ve aralarındaki alakayı kavramak zorundadırlar.  
Ancak o zaman akitlerle ilgili olaylardan ve çözümlerinden ha-  
reketle İslâm hukukçularının genel tavır ve telakkileri hakkında  
bilgi sahibi olmak ve devamla İslam hukuku doktrinini o yönüyle  
kavramak mümkün olacaktır.

Aynı yapısal özellik sonucudur ki İslam hukukunda başlan-  
gıçta «beklenmeyen hal» bir nazariye olarak değil, aksine borç mü-  
nasebetlerinde karşılıklı dengeyi korumada bir çare olarak düşü-  
nülmüş ve münferit meselelerde ele alınmıştır. Bu durum iki se-  
bebe bağlanabilir :

(59) YHGK, 6.11.1957 - 76/82; YHGK, 16.1.1963 - 20/2; Tunçomağ, 550-551.

(60) Tunçomağ, 552.

(61) es-Senhûrî, VI/19-20, 90; ez-Zuhaylî, 311.

1. Birinci sebep; İslâm hukukunun meseleci yapısıdır (62). Müslümanlar Allah'ın ve Rasulünün emir ve tavsiyelerini bir hayat düsturu olarak benimsemişler ve onları, İslâm hukukunun temelini oluşturan küllî prensipler olarak kabul etmişlerdir. Günlük hayatın âyet ve hadislerde çizilen model hayata uygunluğunu sağlama gayreti, bu temel dinî talimatların münferit olaylara uygulanması yönündeki tartışmalar ve yeni olaylara bu yönden değer hükmü kazandırılması, sonuçta hukukun özelden genele, münferit olaydan genel bir hukukî anlayışa doğru gelişmesine yol açtı. Nitekim birer hukuk ekolleri olan fıkıh mezheplerinin kuruluş ve gelişmesi de böyle olmuştur.

Denilebilir ki bu durum modern hukukta da böyledir. Önce hukuk düzenini zorlayan yeni bir olay ortaya çıkar ve bunun üzerine mevcut hukukla olay arasındaki çatışmayı giderici izah tarzları geliştirilir. Çünkü nasıl ulaşılan hukuk düzeni belli bir ihtiyacın ve aşamanın sonucu ise bu yeni gelişme de yeni bir ihtiyaçtır ve mevcut hukuk sistemi içerisinde yerini alacaktır.

Öte yandan İslam hukukunun kazuistik metodu hiçbir zaman hukuk dalları hakkında umumî nazariyesinin ne olduğunun araştırılmasına ve tesbitine engel değildir. Aksine, bu sahada yapılan çağdaş çalışmalar İslam hukukçularının gerek amme hukuku ve gerekse özel hukuk alanında umumi bir hukuk nazariyesinin tesisine imkân verecek doktriner tartışmalar yaptıklarını, münferit meselelerin tahlilinde bile birtakım ilkelerden hareket ettiklerini göstermektedir. Öyleki İslam hukukçusunun benimsediği bu anlayış giderek bütün hukukî çözümlerde kendini hissettiren genel bir nazariye halinde gözükmektedir.

2. İkinci sebebi ise İslam hukuku ile Batı hukuku arasındaki farklılıkta aramak gerekir. XVIII. ve XIX. yüzyılda Batı'da hakim ferdiyetçi ve hürriyetçi düşünce tarzı hukukî anlayışı da etkilemiş, bunun sonucu olarak bu dönemde akit hürriyeti ve akdin bağlayıcılığı ilkesinde oldukça ileri gidilmiş, sosyal denge, akdî denge pek göz önünde bulundurulamamıştır. Fakat insan tabiatına aykırılığı ve sosyal adaleti zedelediği görülünce bu katı tavrın yumuşatılması yönünde yeni tartışmalar başlamış, yeni anlayışlar geliştirilmiştir. İşte «beklenmeyen hal nazariyesi» de bunun küçük bir örneğidir. Denilebilir ki Batı, akdin bağlayıcılığındaki sert tutumunu bu nazariye ile hafifletmek ve böylece daha âdil ve dengeli bir akdin kurulabilmesine imkân tanımak istemiştir (63).

(62) es-Senhûri, VI/20.

(63) es-Senhûri, VI/90.

İslâm hukuku ise akit ve hak mefhumunu mücerret bir nazariye içinde dondurmak yerinde, akdi tarafların ihtiyaçlarını karşılıklı giderebileceği bir vasıta olarak değerlendirmiş, beşerî münasebetlerde dengeyi ve adaleti, karşılıklı rızayı, açıklığı esas almış, aldanma ve zararı önlemeyi gaye edinmiştir. Buna biraz da İslam hukukunun dini yönü yardımcı olmuş, hukukun otoritesi ile dinin kontrol gücü birleşerek tarafların adil ve dengeli bir akdi münasebet kurmasını sağlamıştır. Beşerî münasebetlerde aksayan bir yön ortaya çıktığında bu ilkeler doğrultusunda tedbirler alınarak aksaklık giderilmeye çalışılmıştır. Böyle olunca da yeni bir nazariye geliştirme ihtiyacı kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Burada şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki Batı hukukunun XX. yüzyılda tartıştığı ve değişik hukukî esaslara dayandırmak istediği «beklenmeyen hal» meselesini İslam hukukçuları Hicri 3. asırdan itibaren münferit olaylarda tartışmaya başlamışlar ve beklenmeyen hali, borcun makul bir seviyeye indirilmesi veya akitin feshi için yeterli bir sebep olarak telakkî etmişlerdir.

Biz burada özel hukukun önemli akitlerinden olan alışveriş, kira ve iş akitlerinde beklenmeyen hal meselesinin gündeme geldiği birkaç konuyu ele alacak ve bu konular çerçevesinde İslam hukukçularının görüşlerine hukuk ekolleri sistemi içerisinde temas edeceğiz.

#### A) MEYVA VE SEBZELERİN ZARAR GÖRMESİ

İslam hukukunda ortada olmayan (ma'dûm), miktarı, cinsi, vasfı bilinmeyen (meçhûl) ve elde edilip edilemeyeceği kesin olmayan şeyin satışı caiz değildir. Kural bu olmakla birlikte insanların ihtiyacına binaen meyva ve sebzelerin satışında müsamahalı davranılmış, dalındaki meyvaların, tarladaki ekin ve sebzenin belirli bir devreden, daha doğrusu olgunlaştıktan sonra satışına müsadde edilmiştir. Bu müsaddeye binaendir ki İslam toplumunda meyva ve sebzeler öteden beri olgulaştıktan sonra henüz ağaçta ve tarlada iken satılmakta (64) ve müşteri tarafından pazarlama durumuna göre bilahare peyderpey veya toptan toplanarak teslim alınmaktadır.

(64) Toplumumuzda zaman zaman şahit olduğumuz, bir bahçenin meyvalarını ağaçlar henüz çiçekte iken satma, bu konuda Hz. Peygamberden varid yasağa aykırı olduğu gibi tarafları beklenmedik durumlarla karşı karşıya getirmesi bakımından da sakıncalı gözükmektedir.

İşte böyle bir usulle meyva ve sebze dalında veya tarlada iken satılmış, müşteri tarafından usulüne uygun teslim alınmış fakat henüz toplanmadan önce beklenmedik bir olay bu meyva ve sebzelere zarar vermişse, alışveriş akdinin tamam olduğu ve tarafları bağladığı, zarara müşterinin katlanması gerektiği rahatlıkla söylenebilecek mi, yoksa bu zarara satıcının da katılmasını isteyecek miyiz ?

İslâm hukukunda bu konu, yani meyva ve sebzelerin uğradığı bu beklenmedik zarar «el-câiha» adıyla anılır ve tartışılır.

### el-Câhia

el-Câiha kelimesi lûgat olarak âfet, musibet demektir (65). Hukuk dilinde ise; meyva ve sebzelere kısmen veya tamamen zarar veren, önceden sezilemez ve önüne geçilemez beklenmeyen olaylar, daha doğrusu âfetlerdir. Dolu, kuraklık, aşırı yağmur, çekirge istilası, ziraat hastalığıdır ve benzerleri gibi. Böyle bir âfetin vuku üzerine müşterinin ödeyeceği bedelin zarar oranınca azaltılması ise «vadu'l-câiha» olarak âdlandırılır.

Câbir b. Abdullahın rivayet ettiği hadisi şerifte Hz. Peygamber (S.A.V.) : «Kardeşine bir meyva satmış olsan ve akabinde o meyvaya bir âfet isabet etse, artık o kardeşinden birşey alman sana helal olmaz. Sen kardeşin demek olan müşterinin malını (parasını) haksız olarak neye karşılık alacaksın» (66). buyurmuştur.

Enes (R.A.) bu hadisi şu şekilde rivayet etmektedir : «Aliah bu meyvayı (bir âfetle) men ettiği vakit kardeşin demek olan o müşterinin malını (parasını) neye mukabil helal sayacaksın?» (67).

Câbir'in (R.A.) rivayet ettiği bir başka hadiste ise : «Hz. Peygamber (S.A.V.) âfetlerin yol açtığı zararı karşılayacak miktar parayı müşteriden indirmekle emretti» (68) buyurulmaktadır.

Bu hadislerden hareketle Mâlikîler ve Hanbelîler câihayı, müşterinin ödeyeceği bedelin zarar oranınca azaltılması için yeterli ve uygun bir sebep olarak görmüşlerdir. Buna karşılık Hanefî ve Şa-

(65) Asım Efendi, I/871.

(66) Müslim, hn. 1554; Ebu Davud, K. Buyû ve'l-İcârât 60; Nesaî, Buyû 29.

(67) Müslim, hn. 1555.

(68) Müslim, hn. 1555; Nesaî, Buyû 29.

fii hukukçular akde bağlılığı esas almışlar ve akdin tamam olduğu noktasından hareketle bu zararı, malı teslim alan müşterinin zarara uğraması çerçevesinde mütalaa ederek böyle bir bedel indirimini doğru bulmamışlardır.

#### a) Mâlikî Mezhebi

Dalında veya tarlasında satılan meyvaların beklenmedik bir zarara uğraması halinde müşterinin borcunu zarar oranınca azaltma yönünde en müsamahalı ve ileri adımı İmam Mâlik ve ona tâbi olan Mâlikî hukukçular atmışlardır.

Mâlikî hukukçulara göre semavî olan her âfet; dolu, aşırı yağmur, su baskını, kuraklık, soğuk, zirâî hastalık vs. ittifakla câiha-  
dır (69). Çünkü bunlar insanüstü sebeblere bağlıdır. Önlenmesi ve sakınılması mümkün olmayan beklenmedik olaylardır.

Fakat, insanların fiil ve müdahalesi sonucu meydana gelen zarar ve hasarlar câiha sayılır mı ? Daha doğrusu bedeli azaltma sebebi olabilir mi ? Bu konuda Mâlikî hukukçulardan üç ayrı görüş vardır. Bir kısmına göre, sadece semâvî olan âfetler câiha sayılır, bunun dışındaki zararlar câiha sayılmaz. Bir kısmına göre ise; ordu birliklerinin geçmesi gibi karşı durulamaz beşerî olaylar câiha sayılırken hırsızlık gibi sakınılması mümkün olaylar câiha sayılmazlar. Üçüncü grup Mâlikî hukukçulara göre ise müşterinin dahli olmaksızın meydana gelen her zarar bir câihadır ve bedeli azaltma sebebidir (70).

Bu ihtilafın sebebi Hz. Peygamber'in (S.A.V.) yukarda zikredilen hadiste «Eğer Allah meyveyı vermezse kardeşinin parasını ne karşılığı alacaksın» buyurmasıdır. Hadiste geçen «Allah vermezse» ifadesini esas alanlar sadece insanüstü âfetleri câiha sayarken kıyas yoluna gidenler bir kısmı beşerî olayları da bu çerçevede mütalaa etmişlerdir (71).

Câiha ile ilgili hadislerde meyva geçtiği için Mâlikî hukukçular câihanın meyvada bedeli azaltma sebebi olacağına ittifak etmişlerdir. Sebzelere gelince; sebzenin de meyva gibi telakkî edilip edilemeyeceği noktasından hareket edildiğinden bazı görüş farklı-

(69) İbn Rüşd, II/209; İbn Cüzeyy, 288.

(70) Mâlik, el-Müdevvene, V/38; el-Bâci, IV/232-233; İbn Rüşd, II/209.

(71) İbn Rüşd, II/209; es-Senhûrî VI/114; Karaman, II/410.

lıkları olmuş ise de meşhur görüş, sebzelerin de câiha yönünden meyva hükmünde olduğu ve sebzelerde meydana gelen zararın da bedeli indirme sebebi olacağı yönündedir (72).

Câihanın tanımı ve alanı kadar ne zaman meydana geldiği de satış bedelinin azaltılıp vaki zarara satıcının ortak olması açısından önemlidir. Müşteri meyva ve sebzeyi dalında veya tarlada haklı bir sebebe dayanarak bırakmış da beklenmedik zarar bu esnada isabet etmişse, satış bedelinin tenkis edileceğinde ittifak vardır. Çünkü meyvaların olgunlaşmadan satışı yasak ise de peyderpey olgunlaşan meyva ve sebzelerin bir kısmı olgunlaştıktan sonra tamamının satışı caiz görülmüştür. Böyle olunca bu nevi meyvayı alan müşterinin henüz olgunlaşmamış meyvayı toplaması düşünülmez ve istenemez. Aksine haklı olarak, meyva ve sebzeleri olgunlaştıkça toplayacaktır. Meselâ, satın aldığı üzümleri ancak tatlandıktan kesip alacak ve piyasaya sürecektir. İşte câiha sayılan türde bir zarar bu esnada isabet etmişse, elbetteki bedeli azaltma sebebi olacaktır (73).

Buna karşılık, meyva ve sebzeler olgunlaştığı ve toplanıp alınma zamanları geldiği halde müşteri tedricen satma veya fiyat artışını bekleme gayesiyle bunları bir müddet daha yerinde bırakır da âfet bu esnada isabet ederse yine bedeli azaltma sebebi olacak mıdır? Yukardaki durumda ittifak edildiği halde bu durumda görüş ayrılığı vardır. Taze satmayı veya uygun fiyatla satmayı, olgunlaşmayı bekleme gibi telakkî edenler ikisine de aynı hükmü verirken arada fark görenler bu ikinci durumu bedeli azaltma sebebi olarak kabul etmemişlerdir (74).

Câiha konusunda bir başka önemli nokta ise meydana gelen zararın ölçüsüdür. Mâlikilere göre bedelin azaltılmasını gerektirecek zarar oranı üçte birdir. Âfet ve zarar sonunda meyvanın üçte biri veya daha fazlası zayi olmuş ise, bedel zarar ölçüsünde eksiltilir. Sebzelere gelince; bir görüşe göre sebzeler de meyvalar gibidir, zarar oranı üçte bire yükselmedikçe nazarı itibara alınmaz. Bir diğer görüşe göre ise sebzelerde zarar ne miktar olursa olsun indirim sebebidir (75). Mâlikiler bu konuda Hz. Peygamberin (S.A.V.)

(72) Mâlik, el-Müdevvene, V/32-33; el-Bâcî, IV/233-234; İbn Rüşd, II/209; İbn. Cüzeyy, 288.

(73) İbn Rüşd, II/211; es-Senhûrî, VI/105.

(74) İbn Rüşd, II/211; İbn Cüzeyy, 288; es-Senhûrî, VI/105.

(75) İbn Rüşd, II/210.

meyvalarda üçte biri geçen zararlar da bedelin indirilmesini emrettiğini rivayet etmektedirler (76). Tâbiûn âlimlerinden de bu yönde görüş ve tatbikat nakledilmiştir (77). Sözkonusu zarar oranının hesaplanmasında ölçünün mü yoksa kıymetin mi esas alınacağı meselesi de tartışılmış olup her iki yönde de görüş geliştirilmiştir (78).

Görüldüğü gibi câiha bahsi Mâlikî hukuk ekolünün bütün kaynaklarında önemli bir yer işgal etmekte olup İmam Mâlik ve talebeleri konuyla ilgili olarak birtakım ölçüler benimsemişler, benzer ve farklı olay ve nisbetleri bu ölçüler çerçevesinde ele almış ve tartışmışlardır. Konunun bu şekilde ele alınması, Batı hukukunda son yüzyılda ortaya çıkan «beklenmeyen hal nazariyesi» nin hususî bir uygulaması mahiyetindedir.

#### b) Hanbelî Mezhebi

Hanbelî hukukçular da prensip olarak Mâlikîler gibi câiha sebebiyle bedelin indirilmesini kabul ederler. Bununla birlikte birkaç noktada Hanbelî hukukçuların farklı düşündüklerini görüyoruz. Bunları şöylece özetleyebiliriz : Sadece kuraklık, dolu, soğuk, yağmur, çekirge istilası gibi insanüstü, semavî âfetler câiha sayılır. İnsanların fiili sonucu meydana gelen zararlar karşısında müşterinin; a) akdi feshedip ödediği bedeli satıcıdan istemek, b) akdi feshetmeyip uğradığı zararı haksız fiil sahibine ödetmek gibi iki seçeneğe hakkı vardır. Ayrıca müşterinin dalında meyveyı satın alması teslim de alması anlamına gelmez. Bu durumda tam bir kabz henüz gerçekleşmediği için zarara satıcı da iştirak eder. Fakat müşteri haksız olarak teslim almayı geciktirmişse işte o zaman müşteri zarara tek başına katlanmak zorundadır. Hanbelîlerde kuvvetli görüşe göre zarar için üçte bir gibi belli bir nisbet şartı da yoktur. Bedelin tenkisi için zararın mutad sınırı aşması kâfidir (79).

Görüldüğü gibi iki önemli İslâm hukuk ekolü ve bu ekole mensup İslâm hukukçuları, dalındaki veya tarladaki meyva ve sebzelere bir zararın ulaşmasını sonuçlayan olayları «beklenmeyen hal»

(76) Mâlik, el-Müdevvene, V/31.

(77) Mâlik, el-Muvatta', II/52; el-Müdevvene, V/32; Ebû Davud; Buyû ve'l-İcârât 61; el-Bâcî, IV/235; eş-Şevkânî, V/201.

(78) İbn Rüşd, II/210; İbn Cüzeyy, 288.

(79) Geniş bilgi için bkz. İbn Kudame, IV/80-82; es-Senhûrî, VI/ 108-110.

olarak değerlendirmişler ve satıcıyı da zarara ortak ederek alışveriş akdinde karşılıklar arası dengeyi korumaya çalışmışlardır. Bu durum, beklenmeyen hal nazariyesinin özel bir borç münasebetine yansıyan uygulamasından ve hakimin beklenmeyen hal sebebiyle mevcut sözleşmeyi tadil edebilmesinden başka birşey değildir.

Özden uzaklaşmamak için tarafların görüşlerinin ayrıntısına, özellikle bu konuda aksi kanaatte olup akdin bağlayıcılığını ve zararı müşterinin çekmesini savunan Hanefî ve Şafîî hukukçuların delillerine ve delillerin değerlendirmesine geçmiyor, konuyu bu yönde yapılacak başka bir araştırmaya bırakıyoruz.

## B) KİRA AKDİNİN MAZERET SEBEBİYLE FESHEDİLMESİ

Bilindiği gibi kira akdi İslâm hukukunda iş akdi ile birlikte «icâre akdi» adı altında ele alınmış olup akdin menfaat üzerine kurulmuş olması sebebiyle birtakım farklı özelliklerle gösterir. Bunlardan birisi de kira akdinin mazeretler sebebiyle feshedilebilmesidir.

İslâm hukukçuları kira akdinin bilhassa kiralananında (mecur) ortaya çıkan kusur (ayıb) sebebiyle feshedilebileceğinde ittifak ettikleri halde mazeret (özc) sebebiyle feshedilip feshedilemeyeceğinde görüş ayrılığına düşmüşlerdir. İbn Hazm (v. 456/1063) ve Hanefî hukukçular kira akdinin mazeret sebebiyle feshedilebileceğini ileri sürerken çoğunluk İslâm hukukçuları prensip olarak bunu kabul etmezler. Ancak münferit olaylarda onların da mazereti, akdi fesih için geçerli bir neden saydıklarına şahit oluyoruz.

### a) Hanefî Mezhebi

Biz burada, kira akdinin mazeret sebebiyle feshini caiz gören Hanefîlerin mazeret anlayışlarına temas edecek, bazı örnekler üzerinde beklenmeyen hal nazariyesini araştıracağız. Bundan önce de, bütün hukukçuların fesih için haklı sebep saydıkları «kusur» ile sadece Hanefîlerin benimsediği «mazeret» arasındaki farka temas etmek istiyoruz.

#### aa) Kusur - Mazeret Ayırımı :

Kusur ve mazeret arasındaki ayırıcı çizgi nedir? Bu soruyu şöyle cevaplandırabiliriz : Kusur; akitten beklenen menfaatin ta-

mamen veya kısmen yok olmasına sebep olan şeydir (80). Mazeret ise, akdin devamı halinde taraflardan birinin akitle üslenmediği bir zarara uğramasını sonuçlayan arızî gelişmelerdir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan birinin akitle yüklendiği borcu ifaya devam etmesi halinde malına veya canına önceden hesap edilemeyen bir zarar ulaşacaksa bu mazerettir (81).

Kusur, kiralanandan beklenen yararı veya akitten güdülen gayeyi yokettiği veya azalttığı için artık kiralanandan akdin getirildiği şekilde yararlanma imkânı kalmamıştır. Bu durum da genellikle kiralanana eşyada birtakım eksikliklerin ortaya çıkması halinde sözkonusu olur. Mazeret halinde ise kiralanandan gerektiği şekilde yararlanmak mümkündür. Fakat diğer taraftan, akde devam edildiği takdirde taraflardan birine akitte öngörülme-yen yeni ve beklenmedik bir zarar ulaşacaktır. Tabîdir ki böyle bir zararın mazeret sayılabilmesi için, akde bağlılıktan ayrılmayı meşru kıla-cak bir ölçüde olması gerekir.

Çoğunlukla İslâm hukukçulara göre kira akdi mazeret sebebiyle feshedilemez. Çünkü kira akdi bağlayıcı bir akittir. Dinî nasslar akde bağlılığı ve ahde vefayı emretmektedir (82).

Hanefî hukukçulara göre ise mazeret, kira akdinin feshi için yeterli bir sebeptir. Madem ki kusur halinde akdin feshedilebilme-sinin sebebi zararı önleme maksadıdır, aynı maksat mazerette de mevcuttur (83). Mazerette feshin sebebi, sonradan mazereti ortaya çıkan tarafın akdi yaparken düşünmediği ve akdin de gereği olmayan bir zarara katlanmak mecburiyetinde kalmasıdır. Ayrıca kira akdinin menfaat üzerine kurulması, menfaatin da hemen akdi müteakip gerçekleşmeyip tedricen, peyderpey gerçekleşecek oluşu bu feshi mümkün kılar (84).

Görüldüğü gibi Hanefîlerin «mazeret» anlayışı modern hukukun «beklenmeyen hal» anlayışına oldukça yakındır. Çünkü her ikisinde de «borcun ifası ve akde devam mümkün olmakla birlikte bir tarafın beklenmeyen bir zararla karşılaşması» temel düşüncesi hakimdir.

(80) Mecele, 514. md.

(81) İbn Abidin, VI/81.

(82) eş-Şarâni, II/94.

(83) es-Serahsî, XVI/2; el-Kâsânî, IV/197.

(84) es-Sarahsî, XVI/2; Mecelle, 515. md.

bb) Mazeret Sayılan Olaylar :

Hanefilerin, kira akdinin feshine imkân veren bir mazeret olarak telakkî ettikleri olaylardan birkaçını şöyle sıralayabiliriz :

1. Belli bir mesleği icra etmek üzere bir dükkânı kiraya tutan kiracının ticareti terkederek çarşıdan kalkması, kira akdini feshedebilmesine imkân veren bir mazerettir (85).

2. Kiracı başka bir mesleği icra etmek ister de dükkânın yeri o mesleğin icrasını mümkün kılmazsa, meselâ demirci çarşısında demircilik yapan bir sanatkârın kuyumculuğa yönelmesi gibi, bu da akdi fesih için bir mazeret sayılır (86).

3. Kiracının başka bir şehre taşınması da böyledir (87).

4. Bir şahıs yolculuk için bir hayvanı kiraya tutmuşken sonradan yolculuktan vazgeçerse, bu da fesih için haklı bir mazerettir. Ancak hayvanı kullandığı veya meşgul ettiği günlerin bedelini öder (88).

5. Hastalık da böyledir. Bir yere gitmek veya bir yükü taşımak için hayvanı, ziraat için araziyi kiraya tutan kimse hastalanır da bu işleri yapamaz ve yaptırılmaz duruma gelirse, geçen sürenin kirsını vererek akdi feshedebilir (89).

Kiracının örnek kabilinden saydığımız bu nevi beklenmedik mazeretleri ortaya çıkmışken kira akdine, dolayısıyla kira bedelini ödemeye devam etmesini istemek, açıkca onun karşılıksız bir zarara uğramasına sebep olmaktır. Kiralayanın zararı da tazmin edileceğinden, akde devam edilmesinde kiralayan açısından da olağanüstü bir yarar yoktur. Bu durumda sırf akdin bağlayıcılığı ve akdin ifası kavramlarına takılıp, meselâ, ev sahibi ile bir yıllık kira kontratı yapmış fakat bir ay geçmeden başka bir şehre tayini çıkmış memuru onbir ay daha kira akdinin icaplarını ifaya zorlamak adalet ve hakkaniyet ölçülerimize uygun düşmez.

Bununla birlikte Hanefî hukukçular kiracının daha ucuz ve iyi şartlarda başka bir ev bulmasını, işlerinin iyi gitmemesini, ev

(85) et-Tahâvî, 130; el-Kâsânî, IV/197.

(86) es-Serahsî, XVI/4; el-Kâsânî, IV/197.

(87) es-Serahsî, XVI/4.

(88) el-Kâsânî, IV/198.

(89) Ali Haydar, I/740.

(90) es-Serahsî, XVI/4; el-Kâsânî, IV/198.

alıp da artık kiralık ev ihtiyacının kalkmasını akdi fesih için yeterli bir mazeret olarak görmemişlerdir (90). Çünkü bu durumlarda kiracının uğrayacağı zarar, feshi meşru kılacak ölçü ve mahiyette değildir.

6. Kiralayan için akdi feshedebilme mazeretlerine gelince; kiralayanın borcu olur, kiraya verdiği evden başka bir malı olmaz ve hapse girmemesi için tek yol da bu evin satışı olursa, hakim kira akdini feshedebilir (91). Çünkü bu kiralayan açısından beklenmedik bir durumdur. Buna karşılık kiralayanın daha yüksek bir kira bedeli öneren yeni bir kiracı bulması, başka bir şehre taşınması, kiralananı başka bir şahsa satması (92), kiralananı ihtiyacının olması (93) gibi durumlar akdin feshine imkân veren mazeretler değildir (94).

#### cc) Fesihte Usul :

Bu ve benzeri mazeretler ortaya çıktığında mazeret sahibi taraf kira akdini feshedebilir. İslâm hukukçuları bu fesihte karşı tarafın bulunmasını ve feshin onun bilgisi dahilinde olmasını gerekli görmüşlerdir (95). Çünkü bir zararı önleme gayesiyle açılan yolun başka bir zarara vesile olmaması gerekir.

Mazeret sahibinin akdi fesih hakkı, bu mazeret devam ettiği müddetçedir. Mazeret kalkacak olursa fesih hakkı da kalkar (96).

- (91) el-Kuduri, 55. Burada kiralayanın akdi re'sen feshedemeyip mahkeme marifetiyle akdin feshine imkân verilmesi, kiralayanın gayri vaki borç iddiasıyla kiracıyı haksız olarak evden çıkarmasını önlemek içindir.
- (92) Bu noktada İslâm hukukçularının modern hukuka göre oldukça farklı düşündüklerini görüyoruz. Çoğunluk İslâm hukukçularına göre kira akdi de alışveriş akdi gibi sağlam ve bağlayıcı bir akittir. Kira aktinde kiralayan, mecurun belli bir süredeki menfaatını kiracıya belli bir bedel karşılığı satmıştır. Bu sebeple mecurun satışı mevcut kira akdini iptal etmez. Satış, kira süresinin sonuna kadar çıplak mülkiyetin satışı şeklinde devam eder. Bkz. el-Kâsânî, IV/207; İbn Kudame, V/250.
- (93) Meselâ, kiralayanın iki evi olsa da oturduğu ev yansa, kiracısını kira süresi dolmadan çıkartamaz. Çünkü kiracı gibi kiralayanın da başka bir evi kiraya tutması mümkündür. Bu düşüncenin sebebi, ortada beklenmedik bir zarar olmadığı sürece akde bağlılığın esas alınmış olmasıdır.
- (94) el-Kâsânî, IV/199.
- (95) Mecelle, 518. md; Ali Haydar, I/846.
- (96) Ali Haydar, I/851.

Mazeret sebebiyle kira akdinin feshinde hakimın hükmüne ihtiyaç olup olmadığı, daha doğrusu feshin mazeret sahibi tarafından mı, yoksa hakim tarafından mı yapılacağı konusunda Hanefî hukukçular farklı görüştedirler. Fakat bu farklı görüşleri şu şekilde izah ve telif etmek mümkündür : Mazeret açıkça bilinmekte olup herhangi bir tespitte ihtiyaç duyulmuyorsa mazeret sahibi akdi mahkemeye başvurmadan, kendiliğinden feshedebilmelidir. Fakat mazeretin varlığı açık ve net olmayıp bir yargı organının tespitine ihtiyaç hissettiriyorsa, akdin feshi için hakimın hükmüne ihtiyaç vardır (97).

dd) Mazeret Sebebiyle Feshin Hukukî Esası :

Örnek olaylardan da anlaşılacağı gibi burada feshi meşru kılan mazeret, akit yapılırken bilinmeyen ve beklenmeyen yeni bir olayın ortaya çıkmasıdır. Öyle ki artık bu beklenmedik durumdan sonra akde devam edildiği takdirde bir taraf, açık, karşılıksız ve anlamsız bir zarara uğrayacaktır. Halbuki akit, tarafların ihtiyaçlarını meşru ölçüler içerisinde karşılıklı olarak giderebilmesi için vaz' olunmuştur. Üstelik akde devam edildiğinde mazeret sahibinin uğrayacağı zararın mukabilinde karşı tarafın elde edeceği bir kâr da sözkonusu değildir.

Hanefî hukukçuların kira akdi için benimsediği bu mazeret anlayışı modern hukukun beklenmeyen hal telakkisine oldukça yakındır. Şu var ki, modern hukuk beklenmeyen halin ortaya çıkması durumunda akdin tadiline, daha doğrusu borcun makul bir seviyeye indirilmesine imkân tanırken İslam hukukçuları mazeretin bulunması halinde sadece kira akdinin feshine imkân vermektedirler. Bu da mevcut mazeret anlayışlarının çok tabii bir sonucudur.

b) Diğer Mezhepler

Hanefîler ile İbn Hazm dışında kalan çoğunluk İslâm hukukçuları, diğer bir ifadeyle Malîkîler, Şafîîler ve Hanbelîler kira akdinin mazeret sebebiyle feshedilmesini kural olarak mümkün görmezler. Çünkü kira akdi diğer bağlayıcı akitler gibi sadece akit konusunda ortaya çıkan ayıplar sebebiyle feshedilebilir. Özür, ak-

(97) Farklı görüş ve rivayetler için bkz. : es-Serahsî, XVI/3; et-Tûrî, VIII/42; el-Fetvâ'el-Hindîyye, IV/458; Ali Haydar, I/741.

de bağılıktan ayrılmaya imkân verecek ölçüde kuvvetli bir feshin sebebi değildir (98).

Şu varki bu mezhepler, sonradan ortaya çıkan ve kira akdinin işleyişini etkileyen olayları Hanefilerin yaptığı şekilde kusur - mazeret veya klasik tabiriyle ayb - özür şeklinde ikili bir ayırma tabii tutmamışlar, aksine «ayb» ve «özr» kavramlarını çoğun zaman eş anlamlı olarak kullanmışlardır. Bu iki kavramın kullanımındaki düzensizlik yanıltmış olacak ki bazı çağdaş İslam hukukçuları bu mezheplerin de —daha sınırlı bir şekilde de olsa— mazeret sebebiyle kira akdinin feshini benimsediği yönünde ifadeler kullanmışlar, bunu ihsas ettiren örneklendirmelere gitmişlerdir (99).

Halbuki ele alınan ve örnek kabilinden kaydedilen olaylar —kaynakların zaman zaman «özr» kelimesiyle ifade etmesine rağmen— «ayb» çerçevesinde mütalaa edilmelidir. Çünkü kira akdinde kiralanan eşyadan yararlanmayı azaltan veya yok eden olaylar «ayb» olarak nitelendirilmekte ve bu durumun akdin feshine imkân verdiği bütün mezheplerce kabul edilmektedir.

Aybın yani kusurun mevcudiyeti halinde akde gereği şekilde devam etmek ve kiralananın hakkıyla yararlanmak mümkün değildir. Akde konu olan «yararlanma» harici bir sebeple eksilince veya ortadan kalkınca, ilgili tarafın buna karşılık olarak ifa edeceği borç da eksilir veya sona erer. Bu tartışmasız açık bir sonuçtur ve bu anlamda kusur «beklenmeyen hal» olarak değerlendirilemez. Çünkü beklenmeyen halde akde gereği şekilde devam etmek mümkün olmakla birlikte akdin ifası bir taraf için ağır bir yük ve zarar getirmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçular, münferit olayların çözümünde gösterdikleri farklı tavırlara rağmen, kira akdinde akit konusu eşyadan yararlanmayı azaltan veya yok eden olay ve gelişmeleri, meselâ, değirmenin tarlanın suyunun kesilmesini, kiralanan hayvanın kör olmasını, evin duvarının yıkılmasını kira akdinin feshi için yeterli görmüşlerdir (100). Dikkat edilirse burada feshi mümkün kılan ayb, doğrudan kiralananla ilgili ayblardır. Su baskını, çekirge sürüsünün istilası, ku-

(98) İbn Hazm, IX/11; eş-Şirazi, I/405; İbn Rüşd, II/260; İbn Kudame, V/333.

(99) Bkz. es-Senhûri, VI/97 - 103; Karaman, II/408 - 409.

(100) Malik, el-Müdevvene, IV/414, 530; eş-Şirazi, I/405 - 406; İbn Kudame, V, 360 - 361; İbn Cüzeyy, 304 - 305.

raklık gibi kiralananandan ziyare kiracının emeği ve malı ile ilgili afetlerin akdi fesih sebebi olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Kiracı ve kiralayanın şahsı ile ilgili mazeretlere gelince —ki bunları Hanefiler «özer» olarak adlandırıyorlardı— fesih sebebi kabul edilmemiştir.

Ancak Hanbeliler bu genel kaideye bir istisna getirerek, herkesi ilgilendiren umumî olayları kira akdinin feshi için yeterli sebep saymışlardır. Bu cümleden olarak, o bölgede deprem, heyelan, su baskını gibi umûmî bir tehlike başgösterir de evde oturmak kiracı için tehlikeli olmaya başlarsa, şehir düşman tarafından kuşatılır da şehir dışındaki kiralanan tarlaya gitmek mümkün olmasa, hayvanı kiraladıktan sonra kervan veya hac yolu kapanmışsa, bu ve benzeri durumlar kiracının akdi feshetmesine imkân veren mazeretlerdir (101). Buna karşılık tehlike umûmî değil de sadece kiracının şahsı ile alakalı ise bu fesih için muteber mazeret olmaz (102).

Hanefilerin mazeret anlayışına fazla yakınlık göstermemekle birlikte Hanbelilerin konuya bu yaklaşımı, beklenmeyen halin umumî, herkesi ilgilendiren bir olay olmasını şart koşan çağdaş İslam Ülkeleri medenî kanunları ile benzerlik arzeder.

### C) İŞ AKDİNİN MAZERET SEBEBİYLE FESHEDİLMESİ

Her ikisinde de akit konusunun «menfaat» olması sebebiyle iş akdi birçok yönden kira akdi ile benzerlik arzeder. İslam Hukukçuları iş akdinin gerek emek ve gerekse ücret yönünden ortaya çıkan ayıblarla feshedilebileceğinde ittifak etmişlerdir. Hanefiler buna ilave olarak, kira akdinde olduğu gibi iş akdinin de mazeretler (özer) sebebiyle feshedilebileceği görüşünü getirmişlerdir. Biz bunlardan birkaçını şöyle sıralayabiliriz :

1. Velisi veya vasisi küçüğü bir işe vermişken küçük bulûğa ererse, reşit hale gelen bu işçi dilerse akdi feshedebilir (103). Çünkü velî ve vasi küçüğün yetişmesi, bir meslek ve sanat sahibi olması amacıyla onu böyle bir işe vermişlerdir. Halbuki bu şahıs bulûğa erdiğine göre kendi menfaatını ve geleceğini daha iyi görebilecektir. Şafîiler de buna yakın bir görüştedir (104).

(101) İbn Kudame, V/338-339.

(102) İbn Kudame, V/339.

(103) es-Serahsî, XVI/6; el-Kâsânî, IV/200.

(104) eş-Şirbînî, II/356.

2. İşçinin akitle yapmayı üslendiği işi ifadan vazgeçmesi bu akdi fesih için mazeret olmaz. Fakat işçinin üslendiği iş, kendi aslı meslek ve sanatı değilse ve işin aynı zamanda küçültücü bir yönü de varsa işçi bu işi ifadan vazgeçip akdi feshedebilir. Hanefi hukukcular bu görüştedir (105). Aynı şekilde durumuna uygun olmayan bir işte çalışan kadına da ailesinin engel olabileceğini, dolayısıyla akdin feshedebileceğini belirtmişlerdir (106).

3. İşçi belli bir işi ifayı yüklenmişken daha sonra, işin ifasını son derece zorlaştıran beklenmedik haricî bir hal ortaya çıkmışsa, bu genellikle akdin feshi için bir özürdür. Meselâ, işçi belli bir derinlikte bir kuyu kazmayı üslenmişken alt tabakada taş veya sert toprak çıksa da kazıya devam mümkün olmasa veya işçi için hayatî bir tehlike belirse, kuyuyu kazmaya zorlanamaz, akdi feshedebilir (107).

Bu sebebedir ki İbn. Hazm, işçi ile «su çıkarıncaya kadar veya şu derinlikte kuyu kazmak üzere» iş akdi yapılmasını caiz görmez ve akdin işçinin gündeliği üzerine kurulması gerektiğini, ancak o zaman tarafların beklenmedik bir zararla karşılaşmasının önlenilebileceğini belirtir (108).

Gerek Hanefilerin bu nevi beklenmeyen hali fesih için mazeret saymaları ve gerekse İbn Hazm'ın beklenmeyen zarara yol açabilecek kapıları önceden kapatması, tarafların özellikle işçinin haklarını koruyucu ileri bir adımdır.

4. İşveren belirli bir olayın gerçekleşmesini esas alarak ona bağlı ikinci bir iş için işçi tutmuşken birinci yani esas olay gerçekleşmezse, ona bağlı olan bu iş akdi de feshedilebilir. Meselâ, düğünde yemek pişirmesi için aşçı tutmuşken daha sonra düğünden vazgeçilmesi veya müstakbel eşlerden birinin vefatı gibi sebeplerle düğün yarım kalsa iş akdi kendiliğinden son bulur. Ağrıyan bir dişin çekimi için dişçiyle, hasta bir uzvun ameliyatı için doktorla anlaşma yaptıktan sonra ağrının veya hastalığın zail olması halinde de durum böyledir (109).

(105) el-Kâsânî, IV/199; el-Fetave'l-Hindiyye, IV/261.

(106) el-Kâsânî, IV/199.

(107) el-Kâsânî, IV/198; Ali Haydar, I/739.

(108) İbn Hazm IX/27.

(109) eş-Şirâzî, I/406; el-Kâsânî, IV/198; Ali Haydar, I/739.

5. İşverenin iş akdinden beklendiği maksat zail olmuşsa ve iş akdine devam edilmesi işveren için karşılıksız bir zarar doğuracaksa, bu durum işveren için akdi fesihle geçerli bir mazerettir. Meselâ, işveren evini yıkmayı için bir işçi ile anlaşmışken sonradan bundan vazgeçse, iş akdini feshedebilir. Çünkü işveren belli bir gaye ile bu zarara katlanacak olup gayenin devam edip etmediğine karar vermek onun hakkıdır. Hiç kimse kendine zarar vermeye zorlanamaz (110).

Netice olarak ifade etmek gerekirse, İslam Hukuku doktrininde işçi ve işverenin iş akdini fesih hakkı münferit olaylarda tartışılmış veya örnek kabilinden bazı durumlar zikredilmiştir. Fakat tarafların mazeret sebebiyle akdi feshetme hakkını sadece bu sayılanlar içinde görmek doğru olmaz. Bu ve benzeri örneklerden genel bir ilke çıkarmak mümkündür.

Dikkat edilirse Hanefî hukukçular iş akdinin mazeret sebebiyle bozulabileceğini ifade ederken tarafların zararları arasında bir denge kurmuştur. Akdin ifası halinde işçinin veya işverenin uğrayacağı zararlar akdin feshi halinde karşı tarafın uğrayacağı zarar mukayese edilmiş, akde bağlılık prensibi de göz önünde bulundurularak makul bir tercih yapılmıştır. Denilebilir ki Hanefî hukukçular iş akdinin mazeret sebebiyle feshinde «zarar» ve «zararın izalesi» noktasından hareket etmişlerdir. Böyle olunca, meselâ zirâî ilaçlama için işçi tutmuşken havanın bulutlu olması sebebiyle ilaçlamadan vazgeçen işveren, işçilerle yaptığı iş akdini feshedebilmelidir. Akdin bağlayıcılığını ve tarafların akde devam etmelerinin gerektiğini savunursak işverenin açık zararına göz yummuş oluruz. Bu arada diğer hukuk ekollerine mensup hukukçuların ileri sürdüğü gibi, yapılan akitle işin belirlenmiş sayılmayacağı, işverenin bu işçileri başka işlerde çalıştırabileceği söylenebilir. Fakat bu kural olacak ölçüde kuvvetli bir gerekçe olmadığı gibi işveren için de her zaman mümkün ve yararlı olmaz.

Mazeret sebebiyle iş akdinin feshini caiz gören Hanefî hukukçulara yapılan itirazların belki de asıl sebebi, belli bir iş için tutulup daha sonra mazerete binaen akdin bozulması sonucu ortada kalan işçilerin mağduriyetidir. Fakat bu mağduriyetin ve zararın izalesi mümkündür. Zaten İslâm Hukukçuları çeşitli vesilelerle, işçinin (ecri misl) pidenmesinde ittifak halindedirler. Öyleyse bu nevi

(110) el-Kâsânî, IV/198.

işçilerde geçen sürenin değer ücreti verilmelidir. Çünkü çalışmalarını işverenin emrine tahsis etmişler fakat işverenin temerrüdü sebebiyle işe baylayamamışlardır. Fakat fesihden dolayı işçilerin uğrayacağı mağduriyet ve zararın, akde devam mecburiyeti getirilerek izale edilmesi isabetli gözükmemektedir.

İş akdinin feshini mümkün kılan zararın da belli şartları ve ölçüsü vardır. Herşeyden önce, zarar akde bağlılıktan ayrılmayı gerektirecek ölçüde ve fiilî olmalıdır. Ayrıca zararlar akde devam arasında kuvvetli bir illiyet bağı olmalıdır. Ve bu zararın iş akdiyle üslenilmemiş, beklenmeyen bir zarar olması gerekir. Nitekim işverenin daha ucuz bir işçi, işçinin daha yüksek ücretle bir iş bulması halinde söz konusu edilebilecek zarar fiilî bir zarar olmadığı gibi mevcut iş akdiyle de sıkı bir münasebeti yoktur. Bu sebeple son iki durum iş akdinin bozulmasına imkân veren mazeretler arasında değerlendirilmemiş, ilgili tarafa akdi fesih hakkı tanınmamıştır.

## S O N U Ç

Buraya kadar makalemizin dar hacmi içerisinde İslâm hukukunda beklenmeyen halin nasıl karşılandığını ve ne gibi çözümler düşünüldüğünü üç akit nevini konu alarak örneklendirmeye çalıştık. Problem hakkında genel bir değerlendirmeye gidilebilmesi ve ortak bazı ilkeler çıkarılması, konu diğer akit nevilerinde de araştırılıp incelendiğinde herhalde daha çok mümkün olacaktır. Fakat şunu söyleyebiliriz ki İslâm hukukçuları akitlerin kuruluş ve devamında tarafların rızasını esas alarak rızayı aşan ve karşı tarafa da ciddi bir fayda sağlamayan tek taraflı zararları mümkün olduğu ölçüde önlemeye çalışmışlardır.

Hızla değişen ve gelişen bir toplum içinde yaşadığımız, çevre şartlarının çoğu zaman önceden tahmin edemeyeceğimiz ölçüde değişikliğe uğradığı göz önünde bulundurulursa, hukukun da ayrımı meselelerde sabit çözümlerden kurtularak bu dinamizme ayak uydurmasının gerektiği açıkça görülür.

Batı hukuku olaylara yaklaşırken daha kuralcı olduğu içindir ki, borç münasebetlerinde öteden beri ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi hakim olmuş, beklenmeyen hal meselesi önemini son yüzyıl içinde hissettirmeye başlamış ve beklenmeyen halin mevcut

akde tesiri gerek doktrinde ve gerekse uygulamada bu dönemde tartişılır olmuştur.

İslâm hukuk ekolleri ise, sınırları âyet ve hadislerde çizilen ve beşerî münasebetlerde hakim birtakım genel ilkelerden hareket ettikleri fakat olayları meseleci bir yaklaşımla ele aldıkları içindir ki, borç münasebetlerinin aksayan yönlerine anında müdahale etme, haksızlık ve zararı zamanında önleyerek akitlerde karşılıklar arası dengeyi daha çabuk kurma imkânı bulmuşlardır. Hukuk ekollerinin meseleci tavrı ile hukukun canlılığı arasında çok yakın bir münasebet vardır. Daha doğrusu İslâm hukukunun yaşanan hayatla olan sıkı bağı bu hukuk ekollerini olayları tek tek takip etmeye, hukukun vahye dayanan kaynaklarını en adil şekilde günlük problemlere yansıtarak hukuku sürekli canlı tutmaya mecbur bırakmıştır.

İnsan tabiatı gereği itidali arar ve çevresindeki şartların da olduğu gibi devam edeceğini zihni bir kayıt olarak varsayar. Akit yaparken de mevcut durum ve şartların ciddi boyutlarda değişmeyeceği kanaatiyle hareket ettiği için borç ve yükümlülüklerini o gün için sabit bir takım değer ve birimlerle tespit eder. Zaten yaşadığımız çevrede bu ölçüde olsun bir değişmezlik olmasa beşerî münasebetlerde sağlıklı bir yapı, güven ve süreklilik aramak mümkün olmaz.

Fakat haricî durum ve şartlar bazen önceden tahmin edilemeyen şekilde değişir ve akdin karşılıklı yükleri arasındaki denge büyük ölçüde sarsılır. Akdin, beşerî münasebetlerde açıklık ve güveni sağlamak için var olduğunu düşünürsek tarafların mevcut akde devam etmesini isteriz. Fakat akdin, topluluk halinde yaşayan insanın eksiklik ve ihtiyaçlarını meşru bir kalıp içerisinde gidermesi gibi önemli bir sosyal fonksiyon ifa ettiği noktasına ağırlık verirsek, akdi yeni şartlara intibak ettirmeyi daha âdil ve dengeli bir çözüm olarak görebiliriz. Her ne kadar İslam hukukçuları hangi olayların beklenmeyen hal sayılacağına anlaşmazlığa düşmüşlerse de bu ikinci bakış açısı, yani akidlerin sosyal fonksiyonu üzerinde görüş birliğine varmışlardır.

Akitlerin kuruluşunda açıklık yani tarafların bilerek ve farkında olarak borç altına girmesi esas olduğundan taraflara ne gibi yük getireceği önceden bilinmeyen akitler ve şartlar İslâm hukukçuları tarafından «gararlı alışverişler» gurubunda mütalaa edilerek caiz görülmemiştir. Beklenmeyen hal de önceden görüleme-

yen bir risk ve tehlike (garar) taşımaktadır. Bu anlayış tarzı şart ve durumların beklenmedik değişiklik gösterdiği günümüz toplumlarında daha da önem arzeder.

Beklenmeyen hal açısından ele alınması mümkün konulardan biri de «enflasyon» dur. Gerçekten belli bir para birimi üzerinden akit yapıldıktan sonra o para biriminin önceden sezilemeyen ölçüde değer kaybetmesi alacaklı taraf açısından «beklenmeyen hal» olarak dermeyan edilebilir mi? Gerçi enflasyonun paranın satınalma gücü üzerindeki olumsuz tesirine İslâm hukukunun ilkeleri esas alınarak birtakım çözümler getirilmiş, bu cümleden olarak paranın başlangıçtaki değerinin ödenebileceği, paranın vafındaki ayıb sebebiyle akdin feshedilebileceği vb. söylenmiştir. Fakat konuya beklenmeyen hal açısından da yaklaşmak mümkündür. Akitlerde karşılıklı rıza esas olduğuna göre beklenmeyen halin ortaya çıkması ile akde rızanın kaybolduğu söylenebilir. Bu durumda, tarafların akdi yaparken şartlarda ciddi bir değişiklik olmayacağı şeklinde zihni ve zımnî bir anlayış içerisinde bulunduğu göz önünde tutularak, beklenmeyen halin zuhuru ile akdin hakim tarafından yeni şartlara intibak ettirilmesi ve böylece enflasyonun akit üzerindeki olumsuz tesirinin giderilmesi mümkün görülmelidir.

İslâm hukukunun beşerî münasebetlerde hakim kıldığı ilkelere biri; akit yapan tarafların birbirine zarar vermemesi esastır. Bu zarar akdin kuruluşundaki eksiklik, aldatma ve kapalıktan geliyorsa zaten akit geçersizdir. Zarara sonradan ortaya çıkan beklenmedik bir hal yol açmışsa bu durumda ise hakime akdi tadil veya fesih yetkisi tanınabilir. Bu tanınmanın amacı sebepsiz zenginleşmeyi ve hakedimeyen zararı önlemektir. Daha doğrusu akdin başlangıçta kurulan dengesini muhafaza etmektir. Çünkü beşerî münasebetlerde karşılıklar arası denge evlilik akdi gibi nevi şahsına münhasır bir akitte bile etraflıca konuşulmuş ve aranmıştır. Nitekim Hz. Peygamber (S.A.V.) Berîre ismindeki cariyeyi hürriyetine kavuştuğu zaman, köle olan kocasıyla evliliğe devam edip etmeme konusunda muhayyer bırakmıştır (111).

Hadiseyi konumuz açısından şöyle değerlendirebiliriz: Berîre adlı cariye kendisi ile aynı statüye sahip köle kocası ile evliliğe devam ederken birden hürriyetine kavuşarak hayatının seyrinde beklenmedik önemli bir değişiklik olmuş, artık o günkü toplumun değer ölçülerine göre çok farklı bir statü kazanmıştır. Zaten bir cari-

(111) Buharî, İtk 10; Hadis hakkında geniş bilgi ve farklı rivayetler için bkz.: ez-Zeyla'î, III/204 - 206.

ye için en önemli olay hürriyete kavuşmaktır. Böyle olunca Hz. Peygamber ona hür hayatını dilediği tarzda kurma hakkı vermiş, cariye iken razı olduğu evliliğe devam edip etmeme serbestisi tanımıştır. Çünkü bu yeni durum karşısında evlilik akdinin karşılıklı dengesi kadın aleyhine büyük ölçüde bozulmuş olmaktadır.

Borç münasebetlerine göre daha bağlayıcı ve anlamlı bir yönü olan evlilik bağı böyle bir beklenmeyen hal karşısında çözülebiliyorsa alelâde borç münasebetleri beklenmeyen halden daha çok etkilenecek ve hakime akdi tadil veya fesih hakkı tanımak daha kolay olacaktır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse gerek İslâm hukukunda ve gerekse Batı hukukunda beklenmeyen halin borç münasebetlerine tesiri bir problem olarak ele alınmış ve adil bir çözüm getirme gayretine girilmiştir. Şu varki hukuk sistemleri her devirde toplumun yaşanan olaylarını işleyerek geliştiğinden İslâm hukukunda ve Batı hukukunda ele alınan olaylar farklı olmuştur. Çünkü toplumlar ayrı, karşılaşılan ve çözülməsi istenen meseleler farklı farklıdır. Fakat müşahade etmekteyiz ki değişik olaylarda da olsa beklenmeyen hal her iki hukuk sisteminde de benzeri bir yaklaşımla ele alınmakta, ilgili tarafın maruz kaldığı aşırı ve karşılıksız zararı önlemek, dengeli bir borç münasebeti kurmak istenmektedir. Şüphesiz akıl için yol birdir. Bu yüzden öteden beri mukayeseli hukuk araştırmalarının, günümüz meselelerini yorumlamada ve çözümedeki hukuki tavrımıza berraklık kazandıracığı inancını taşımaktayız. Beklenmeyen hal konusunda İslâm hukukçularının Onüç asır gibi bir farkla önde olması ve meseleyi tespit ve tahlilde gösterdikleri diyyet ise ayrı bir iftihar kaynağıdır.

#### KAYNAKLAR

- Adem, Abdussettâr, eş-Şerî'atü'l-İslâmiyye ve'l-Kânunu'l-Medeniyyu'l-Misri, Kâhire 1389/1969.
- Ahmed b. Hanbel, (V. 241/855); el-Müsned, c. I - VI, Beyrut 1389/1969.
- Ali Haydar Efendi (v. 1355/1936); Dururu'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. I - IV, İstanbul 1330/1912.
- Âsim Efendi, Ebu'l-Kemâl Ahmed el-Mütercim (v. 1235/1820); el-Okya'ûsu'l-Basît fi Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît, c. I - IV, İstanbul 1305/1887.
- el-Attâr, Muhammed Kâzım Kemâl; Nahve Kanûni Medeniyyi Arabî, Bağdâd 1978.
- el-Bâcî, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Endülüsî (v.494/1101) el-Müntakâ Şerhu Muvatta, c. I - VII, Mısır 1331/1913.
- el-Buharî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmâ'il (v. 256/870); el-Câmi'u's-Sâhîh, c. I - VIII, İstanbul 1315/1897.

- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1980, V. Baskı.
- Ebu Davud, Süleyman b. Eşas es-Sicistânî (v. 316/928) Sünen.  
el-Fetâve'l-Hindiyye, c. I - VI, Beyrut 1400/1980.
- Ebü Zehra, Muhammed; el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Serîati'l-İslâmiyye, Mısır 1977.
- Usûl-u'l-Fıkh, Mısır Tz. Nşr. Dâru'l-Fikri'l-Arabî.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Umûmî Hükümler, c. I - II, İstanbul 1967.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat; Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, II. Baskı, Ank. 1957.
- İbn Abidîn, Muhammed Emîn b. Ömer (v. 1252/1836); Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr, c. I - VI, Mısır 1386/1933.
- İbn Cüzeyy, Muhammed b. Ahmed el-Gırnatî (v. 741/1340), Kavâninu'l-Ahkami's-Seriyye, Beyrut 1967.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endülüsî (v. 456/1063); el-Muhalâ, c. I - XII, Mısır 1389/1969.
- İbn Kudame, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (v. 620/1223) el-Muğni, c. I - X, Mısır 1389/1969.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafid (v. 595/1199); Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, c. I - II, Kahire 1975.
- Karaman, Hayreddin, Mukâyeseli İslâm Hukuku, C. II, İstanbul 1982.
- el-Kâsânî Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ud (v. 587/1191); Bedâi'us-Sana' fi Ter-tibi's-Serâyi, c. I - VII, Beyrut 1974.
- el-Kubeyşî, Hamd Ubeyd; Nazratun fi'n-Nusûsi'd-Dustûriyye, (Mecelletü Kulleyeti'l-İmâm'l-A'zam; II. sayı 1394/1974.
- el-Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed (v. 428/1037); el-Muhtasar, İstanbul 1310.
- Mâlik, b. Enes (v. 179/795); el-Muvatta, c. I - II, Mısır 1370/1951.  
el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, c. I - VI, Mısır 1323/1905.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc (v. 261/875); es-Sahîh, c. I - V, Mısır 1374/1955.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc (v. 261/875); es-Sahîh, c. I - V, Mısır 1374/1955.
- en-Nesâî, Ebû Abdurrahmân Ahmed b. Ali (v. 303/915); es-Sünen, c. I - VIII, Kâhire 1348/1930 (Ofset).
- Onar, Sıddık Samî, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I - II, İstanbul 1966.
- es-Senhûrî, Abdurrezzâk; Masâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, c. I - VI, Beyrut tz., Nşr. El, Mecmu'ul-İlmiyyi'l-Arabiyyi'l-İslâmî.
- es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl (v. 483/1090); el-Mebsût, c. I - XXX, Mısır 1331 (Ofset) Nşr. Dâru'l-Ma'rife - Beyrut.
- eş-Şa'rânî, Abdulvehhâb b. Ahmed b. Ali (v. 973/1565); el-Mizânü'l-Kübrâ, c. I - II, Mısır 1306/1888 (Ofset)
- eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Yemenî (v. 1255/1839); Neylu'l-Evtâr, c. I - VIII, Mısır tz.
- eş-Sirâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali (v. 476/1083), el-Mühezzeb, c. I - II, Mısır 1315/1879.
- eş-Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (v. 977/1569), Muğni'l-Muhtar, c. I-IV, Beyrut tz.
- et-Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmet b. Muhammed (v. 321/933); el-Muhtasar, Kâhire 1370/1951.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Borçlar Hukuku, İstanbul 1971.  
et-Türî, Muhammed b. Husyn b. Ali (v. 1004/1595); Tekmiletu Bahri'r-Râik,  
c. VIII. Mısır 1311/1893 (Ofset).  
Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku, c. I - II, İstanbul 1974.  
ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhü'l-İslâmî fi Sevbihi'l-Cedid, c. I - III, Dimaşk  
1967 - 1968.  
ez-Zeylâf, Abdullah b. Yusuf (v. 762/1361), Nasbu'r-Râye li Ehâdis'il Hidâye,  
c. I - IV, Hindistan 1357/1938.  
ez-Zuhaylî, Vehbe; Nazariyyetü'd-Darüreti's-Şer'iyye, Beyrut 1399 - 1979.