

İSLÂM HUKUKUN'DA AKİTLERİN SINIFLANDIRILMASI (*)

Tercüme : Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

Giriş :

Akitler genel olarak dayandıkları esas, hedef aldıkları mevzu, ayırıcı özellikleri, ihtiva ettikleri vasıf ve hükümler ve İslâm Hukukunun diğer ölçüleri (kıstasları) bakımından birbirinden ayrılırlar.

Her grup akit ve onlara dahil küçük alt gruplar, bazı bakımlardan aralarında farklar ve aykırılıklar olsa da, bazı açılardan ve kıstaslarda aynı özelliklere sahip olup, ortaktırlar.

Mesela, vedia, âriyet, kira ve şirket, emânet akitlerinden olma bakımından ortaktırlar : Yani, akdin mevzuu, üzerine akdin yapıldığı ve icra edildiği mal, vediayi alan (vedi') ariyeti alan (müsteir) veya ortağın elinde emânettir, ve korumada tecavüz (teaddi) veya kusuru olmadan vukua gelen telef ve hasardan mes'ul değildir. Ama meselâ, satım, kasame (taksim), sulh ve ödünç (kraz) akitleri, zaman (tazminat) akitlerindedir ve bu sebeple mücerret teslim edilerek icra edilmesiyle, aktin üzerinde icrâ edildiği mal, teslim alan akit tarafın mes'uliyetine girmiş olur. Ve bu sebeple, semâvî bir âfet ile de olsa, telef ve hasar ortaya çıkarsa, bu, onu teslim alan âkit tarafı mes'uliyetine dahildir.

Tazminat bakımından bu iki ayrı grup akitlere dahil akitler, bir diğer bakımdan bir başka grup içinde birleşebilirler.

Meselâ, vedia, âriyet ve ödünç (kraz) akitleri, yukarıda belirtildiği

(*) Prof. Mustafa Ahmed Ez-ZERKA, El-Fıkhu'l-İslâmi fi sevbihil Cedid, El-Medhalu'l-Am, 1. c. 9. Bası Dimaşk, 1967-1968

gibi, ancak icra (tenfiz) ve teslim ile tamamlanan aynî akitlerdendirler; halbuki satım, kasame, sulh, kira ve şirket aynî akit sayılmazlar, hükümleri, icraya bağlı olmaksızın tamamlanır ve hüküm ifade eder, mücerret icap ve kabul ile müşteri mebie (satılan şey) ve kiracı menfeate mâlik olur.

Diğer taraftan, akitlerin sınıflandırılması, bir sınıfı diğerinden ayıran çeşitli kıstaslara göre yapılmalıdır. Öyle ki aralarındaki ayırım, çeşitli islâm hukuku hükümleri ve neticelerine esas olsun, veya bu akitlerin okutulması ve hükümlerinin ıslahı bakımından tenâsüb, bağlantı ve düzeni gerçekleştiren tertibe temel olsun.

İslâm hukukunda akitler, çeşitli kıstaslara göre, şu şekilde farklı sınıflara ayrılırlar :

Birinci kıstas - İsimlendirme :

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar :

1 — **İsimli akitler** : Bu akitler, İslâm Hukukunun, akitlerin mevzularına işaret eden bir isim ve kuruluşlarına talluk eden aslî hükümler kabul ettiği akitlerdir. Satım, bağışlama, kira, şirket ve bundan önceki hükümde belirtilen diğer : akitler gibi.

2 — **İsimsiz akitler** : Bunlar, mevzularına uyan özel bir terim ile isimlendirilmemiş, ve İslâm Hukukunun özel hükümler bağlamadığı akitlerdir.

İsimsiz akitler çoktur, sayılamaz, çünkü âkit tarafın ihtiyacı ve meşrû hudutlar ve gayeler dahilinde üzerinde anlaşılmiş mevzulara göre çeşitli tipleri vardır. Bu gruptaki akitleri birleştiren, ortak özellik "akit" veya "ittifak" tâbirleridir.

İslâm Hukukunda, çeşitli asırlarda birçok yeni akit doğmuş, islâm hukukçuları bunlara özel isimler vermiş ve hükümler bağlamışlar, böylece isimli akit olmuşlardır : Bey' bil-vefa (vefalı satış), vakıf mallarında yapılan, "**İcareteyn**" ve "**tahkir**" (1), ve satım akdinin bir çeşidi olup, bu-

(1) **İcareteyn akdi** : Vakıf mütevellisinin, vakfın "tâmiire muhtaç" bir bina-sını, tamir edecek mâli kudreti olmayınca tamir etmeğe yetecek bir meblağı vermek ve veien şahsın bu gayrı menkulde senelik cüzi bir bedel ile söz (karar) sahibi olması konusunda, onunla anlaşma yapmasıdır.

Tahkir akdi : Boş bir vakıf arazinin, "müaccel bedel" ismi ile kıymetine yakın bir meblağı verme karşılığı bir şahsa terketmek ve o şahsın o arazi-de söz (karar) sahibi olması, tıpkı maliklerin tasarrufları gibi, inşaat, ekip-

gün "cârî hesap" diye adlandırılan "isticar" akitleri gibi (Bkz. Reddül-Muhtar c. 4 sh. 12 (2)).

Bazı akitler ise, kendisine bir isim verilinceye kadar, isimsiz olarak kalmakla devam edebilir.

Bu KABİL AKİTLERDEN biri, yukarıda belirtildiği gibi (f. 266 ve 273), satım ile rehin arasında tereddüt edilen "bey' bil vefa" aktidir.

Satım, vaad ve kiralama arasında tereddüt edilen istisna akdi de aynı şekildedir.

Yine bu kabilden olmak üzere, bu asırda, gazete ve diğer vasıtalarda yayın ve ilân akdi bir misaldir. Bir başka misal, "Mudayefe" ismi verilen akittir (yemek içmek dahil otellerde kalmak). Çünkü iki akitten meydana gelmektedir. Çünkü, mekân ve hizmet bakımından kira, yemek ve içmek bakımı ise, satım akdidir. Çok yaygınlaşmış ve zaruret olmasına rağmen bu akde bir isim verilmemiştir (3).

Taahhüd ve iltizam (borçlanma) akitleri de böyledir : Bizim eski Hukuk Muhakemeleri Usulu Kanunu, ki Osmanlı Kanunu idi, bu akitleri zikretmişti. "Taahhüd ve İltizam" başlığını taşıyan bölümün mevzuu bu akitler idi. Yeni Suriye Medeni Kanunu bu akitleri "mukavele" (4) olarak adlandırmıştır.

biçmek gibi tasarruta bulunması ve senelik cüzi bir bedel ödemek üzere andlaşmaktır.

Bu iki akde, vakıf mallarını satmak câiz olmadığı için sığınılmıştır. Her ikisinde karar (söz) sahibi olma hakkı, miras yolu ile geçer ve satılabilir. Bizdeki (Suriye'de) kanunlar, vakıf ile söz sahibi olan arasındaki münasebetleri tererruatlı bir şekilde düzenlemişlerdir.

Bu iki akdi yukarıda verdiğimiz isimli akitler arasında saymadık, çünkü temel (esas) akitlerden olmayıp, kira akdinin bir çeşididirler.

(2) Bu eser, Hanefi mezhebi hukuku üzerinde en son yazılmış, en geniş bir kitaptır (çeviren).

(3) İtalya ile Fransa arasında müşterek tek bir medeni kanun olması için hazırlanan İtalya-Fransa Kanun Projesi, bu akdi, "Hôte" kelimesinden türetilmiş olarak "Hotellerie" diye adlandırmıştır ki, ücret karşılığı geceleme için kabul ettiğinden dolayı "Hotel" kelimesinin türetildiği misafir mânasına gelir.

Aynı şekilde kelime türeterek arapça "mudayafa" diye isimlendirmeyi uygun gördüm.

(4) Bu başarısız bir tercümedir, çünkü akdin mevzuuna delâlet etmiyor. Medeni Kanun, 162. md. sinde bu akdi şöyle tarif etmiştir :

Aynı şekilde, ülkesinde petrol ve mâden arama imtiyazı veren devletler ile yapılan şirket akditi, bugün "antlaşmalar=ittifaklar" başlığı altında yer alıyor.

İslâm Hukuku, diğer mevzulara taşmaya engel olan muayyen mevzularda akit yapmaya inhisar etmez. İslâm Dini hükümlerinde, akitler mevzuunda, Dinin koyduğu genel kaide ve şartlara aykırı olması dışında, akitlerin çeşitleri ve mevzularını sınırlayan bir hüküm mevcut değildir.

Bu konudaki genel prensip Kur'ân-ı Kerimin şu âyetidir :

"Ey iman edenler akitler ifa ediniz." (Mâide süresi âyet 1).

Bu, modern hukuk teorisinin kabul ettiği bir esastır.

Roma Hukukunda isimli akitler ile isimsiz akitler arasında ayırım yapmanın önemli neticeleri vardı. Bu Hukuk, kabul ettiği ve isimlendirdiği akitlere bağlayıcı bir kuvvet tanımıştı. Bunun dışındaki çeşitli anlaşmalara ise, ancak anlaşma yapılan hususu taraflardan biri icra edince ve zor şartlar altında, bir bağlayıcılık tanımıştı.

Bugünkü, modern hukuk hükümlerinin ışığı altında, bu ayırımın artık hukukî bir neticesi yoktur. Çünkü taraflar özel hakları çerçevesinde, genel ahlâk ve kamu düzeni hudutları içinde her mevzuda akit yapabilirler. Ve isimsiz akitler, yapılmaları ve hükümlerinde, hukukun bütün akitler için kabul ettiği genel kaidelere tâbidirler (5).

Bu duruma göre, akitleri isimlendirmenin kolaylık dışında bir neticesi yoktur. İsimli akit insanlar arasında çok yaygındır. Bu sebeple akit taraflara kolaylık olsun diye akdin hükümlerini tafsilatı ile düzenleyen hukuk ve içtihatda yer alır, ta ki taraflar yaptıkları akdin maksatlarının tafsilatında tereddüde düşmesinler ve hukukun koyduğu hükümlere dayansınlar (Bkz. Prof. Es-Senhuri, "Akit Teorisi", fıkra 124-128).

Diğer taraftan isimli ve isimsiz akitler meselesi, adı geçen eserde beyan edildiği gibi (Bkz. fıkra 209, 210), irade hakimiyeti ve andlaşmanın şartlarında serbestlik prensipleri ile de yakın alakalıdır.

"Akitlerden birinin diğer tarafın bir ücret taahhüdüne mukabil bir şey yapması veya çalışmasıdır."

(5) İşte Suriye Medeni Kanunu hükümlerinin gerekli gördükleri hususlar bunlardır. Bizdeki eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 64. md. sinde aynı hüküm kabul edilmiş bulunuyordu. Yukarıda buna işaret etmiştik (Bkz. fıkra 256).

İkinci kıstas-meşruiyet :

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar :

1 — **Meşrû akitler** : Bunlar, İslâm Hukukunun câiz gördüğü ve yapılmasına izin verdiği akitlerdir. Metekavvim bir malı satmak, rehin ve bağışlama gibi.

2 — **Yasak akitler** : Bunlar, İslâm Hukukunun yasakladığı akitlerdir. Anne karnındaki ceninin satımı ve arap-cahiliyye devrinde tatbik edilen ve İslâm Dininin yasakladığı "Melâkih" ve "Mezamin" in satımı gibi (6).

Aynı şekilde, küçüğün malından teberrü (hibe) akdi yasaktır. Ve genel adaba, ya da kamu düzenine aykırı akitler de yasaktır. Suç işlemek için insan kiralamak ve mut'a nihakı gibi. Bütün bu akitler gayr-i meşrû olup, yasaktır.

Yasak akdin neticesi, daha önce belirtildiği gibi, in'ikad şartlarından biri bulunmadığı için in'ikad etmemiş, bâtil olmasıdır. (Bkz. fıkra 14 ve 172).

Üçüncü kıstas-Akdin sıhhati :

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılırlar :

1 — **Sahih akitler** : Bunlar, aslında ve teferruatında, İslâm Hukukunun istediği genel ve özel şartları bulunan akitlerdir. Metekavvim bir malı, peşin veya bilinen bir vâdeye kadar, bilinen bir bedel ile satmak, ve bir aynı, belirli bir müddetle muayyen bir bedel ile kiraya vermek gibi.

2 — **Fâsid akitler** : Bunlar, bazı tâli hususlara ait şartların bir kısmının olmaması halindeki akitlerdir. Meçhul yani muayyen olmayan bir bedel ile bir şeyi satmak, veya muayyen bir bedeli ile fakat meçhul bir vadeye kadar satmak gibi. Aynı şekilde bedeli veya müddeti belirli olmayan kira (7) akdi bir misaldir.

(6) **Melâkih satımı** : Dişi hayvanların gebe kalacağı şeyin satımıdır.

Mezâmin satımı : Hayvan dölünden doğacak şeyin satımıdır (Bkz. Reddül-Muhtar, c. 4, sh. 102).

Bu satımlar câhiliyye devrinde, deve ve at soyu üzerinde yapılagelmekteydi. Bu satımlarda aldanma-zarar (garar) olduğundan, Hz. Peygamber (ASM) yasaklamıştır. Doğan yavrunun meşrû satımı için, doğmasının beklemek gerekir.

(7) Akitleri, münakid ve batıl diye gruplara ayırmadık, çünkü bâtil isâlm hukuk gereğince yoktur, bu sebeple sınıflandırması olamaz.

Fesadın mânası ve hükmünün açıklanmasını hukukî müeyyideler teorisinde bahsinde göreceğiz.

Dördüncü kıstas-Aynîlik :

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılır :

1 — **Aynî akitler** : Bunlar, tamamlanması için akdin üzerine kurulduğu şeyin teslimi şart olan akitlerdir. Bu akitlerin tamamlanması ve hüküm doğurması, ancak icra edilmesi ile mümkündür. Bu akitler, daha evvel belirtildiği gibi, 5 adettir (fıkra : 163 Bağışlama, âriyet, vedia, para ödöncü ve rehin).

2 — **Aynî olmayan akitler** : Tamamlanması ve hüküm doğurması, mücerret akdin yapılması ile gerçekleşen akitlerdir. Bunlar birinci grup dışındaki diğer akitlerdir.

Beşinci kıstas-Şeklilik :

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılırlar.

1 — **Şekli akitler** : Bunlar, daha önce belirtildiği gibi, akit sırasında ilân etmek şeklinde şekli şartlara tabi olan akitlerdir (8). Hak inşa eden

(8) Fransa, İsviçre diğer avrupa devletleri gibi, lâik hukuk sistemini benimseyip, medeni nikâhı kabul etmiş, devletlerde evlenme akdi ahval-i şahiyye memuru nezdinde bulunan medeni sicile kayıt yoluyla alenî hale gelmektedir. Meşhud ve meşhur da olsa, bu şekilde sicile kaydedilmeden evlilik muteber değildir. Fransız Medeni Kanununun 75. md. si, iki nişanlının evlendirme memurunun önüne gelmelerini şart koşuyor. Evliliklerini ilan için huzurları ve nikâh akdi defterini imzalamalarını gerekli görüyor ve evlilik akdinde vekaleti kabul etmiyor (Bkz. Daloz., *Precis de droit civil* = Medeni Kanun özeti, c. lf. 101).

Bizim Suriye'de, Osmanlı Türk idaresi devrinde çıkarılmış aile kararnamesi ve nüfus kanunu, dinî mahkeme marifetiyle evlenme akdinin yapılmasının, mahkemedeki nikâh siciline ve nüfus siciline (ahval-i medeniyye) kaydedilmesi mecburiyeti getirmiştir. Bunlar, dinî ve sağlık engellerinin bertaraf edilmesi, nüfus durumlarını düzenleme, doğumları kayıt ve istatistikleri düzenli bir şekilde tutmak gayesiyle yapılmaktadır. Ancak bizdeki bu kanun hükümlerine göre, mahkemenin kontrolü dışında, tescil edilmeden fakat dinî şartlara uygun olarak yapılan evlilik muteber olup, karı-koca dinî mahkeme önünde ilân edince veya iki taraftan biri isbat edince, evliliğe taalluk eden bütün aile hukuku ve medeni neticeleri ortaya çıkar. Fakat mahkemenin aracılığı olmadan evliliğin bu şekilde icrası, karı kocaya ve aralarında şahitlerin huzurunda bu nihakı akden kimseye muayyen bir ceza verilmesini gerektiren bir aykırılık kabul edilir. İşte bizde Ahval-i Şahiyye Kanununun kabul ettiği sistem budur. Bu mevzuda en iyi ve en âdil olanıdır ve İslâm Hukuk bakımından da makbuldür.

Böylece görüyorsunuz ki, İslâm Hukukunda evlenme akdi, sırf lâik olanlar da dahil, diğer sistemlerdekinden daha kolay ve az şeklidir.

akitler, ve kanun Koyucunun-Mecbur Tuttuğu evlenmedeki merasimler gibi, Çünkü kanun koyucu akdin sıhhati için bunlara şart koşturmuştur. Ayrıca gayr-ı menkul üzerindeki mülkiyet, rehin, irtifak ilâh... aynî hakların tesisi gibi... Çünkü kanun hükümlerinde, bunların tapu siciline kaydedilmesi mecburiyeti vardır. Bu da ya akdin in'ikadı için ya da neticelerinin başlaması için ve akit olmayan taraflara karşı kullanılır. Kanun koyucunun bu tedbirlerden beklediği gayelere daha önce temas etmiştir. (Bkz. f. 168).

2 — **Rızaî akitler** : Şekilsiz akitler olup, in'ikadı için sadece tarafların rızası kâfidir, akitlerin çoğunluğunda olduğu gibi (9).

Altıncı kıstas-infaz :

Akitler bu açıdan oda iki gruba ayrılırlar :

1 — **Nâfiz akitler** : Bunlar taraflar dışında birinin hakkı ile ilgili bir engeli kaldırmak, o kimsenin iradesini almaya bağlı bulunmayan ve infazına engel her türlü engellerden uzak akitlerdir.

2 — **Mevkuf akitler** : Bunlar akit taraflardan başka birinin hakkına tecavüz eden ve durdurulması onun irade ve icazetini gerektiren akitlerdir. Temsil yetkisi bulunmayan kimsenin (fuzulî) yaptığı akit, veya infaz edilememeye bahsinde belirtildiği gibi (Bkz. fıkra 194/4), ikrah gibi akdin infazına engel diğer bir mani bulunan akitlerdir.

Yedinci kıstas-Bağlayıcılık (lüzum) ve devamlılık :

Akitler bu açıdan dört gruba ayrılırlar :

1 — **Bağlayıcı (lâzım) akit** : Bunlar iki taraf için bağlayıcı olan ve karşılıklı anlaşma (ikale) ile feshedilemeyen akittir. Bu, evlenme akdidir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi (fıkra 290), karşılıklı rıza ile ilga edilemez. Yani karşılıklı anlaşma ile iptal edilemez, ancak İslâmî hukukundaki özel yollarla sona erdirilmesi kabul edilmiştir. Boşanma, muhalaa, erkeğin kusurları sebebiyle kazai boşanma ve islâm hukukunda kabul edilen diğer sebeplerin varlığı halinde fesh gibi. Bunlar, İslâm hukuku ki-

(9) Akitlerin şekliliği bugün hukuk politikası, yargı düzeni ve malî vergilerle ilgisi olan her mes'eledede kanun hükümlerinin genişlik ve yumuşaklığına götürür.

Dâva vekâleti, yargı nazarında, ancak, özel şekilde tescil ve tasdik edilmişse muteber kabul edilir.

Ve hukukî şirketler akdi, ancak Medeni Kanununun 475 md. sine uygun olarak kaleme alınmışsa, uygulanabilir.

taplarının ilgili yerlerinde, eski Osmanlı Aile Hukuku kararnâmesi md. 119-130 da ve bizim Ahval-i Şahsiyye Kanununun evliliğin inhilâli (sona ermesi) faslında belirtilmiştir (10).

2 — **İki tarafı bağlayıcı** ancak iki tarafına ittifakı (ikale) yoluyla fesh ve ilgası kabul edilmiş **akitler**. Satım, sulh ve diğer bağlayıcı akitler bu gruba misaldir.

3 — **Taraflardan sadece birini bağlayan akitler** : Rehin ve kefâlet gibi. Bu iki akit rehin veren ve kefil içni bağlayıcı olup, alacaklı mürtehin ve lehine kefil olunanı bağlamaz. Çünkü bu iki akit, herbirinin hakkın garantiye bağlayan şahsî menfaati lehinedir. Bu sebeple istediği zaman rehin ve kefaleti feshederek alacağının garantisinden vazgeçebilir.

4 — **Taraflardan hiçbiri için bağlayıcı olmayan akitler** : Bu akitlerde herbir tarafın rücu ve ilga hakkı vardır. Vedia, âriyet ve vekâlet gibi. Bunlar hakkında daha önce akitlerin genel neticelerini bağlayıcılığı bahsinde bilgi verilmişti (fıkra 197-202).

Sekizinci kıstas-Hakların mübadelesi :

Akitler bu açıdan üç gruba ayrılırlar :

1 — **İvazlı akitler** : Bunlar, iki taraftan birinin bir şey almak ve mukabilinde bir şey vermek suretiyle karşılıklı vecibeler tesis etme esasına dayanan akitlerdir. Satım, kira, mala karşı mal ile sulh gibi.

2 — **Teberru akitleri** : Bunlar, taraflardan birinin diğerine bağıışı ve yardımı esasına dayalı akitlerdir. Bağışlama ve âriyet gibi.

3 — **Başta teberru, sonunda ivazlı akitler** : Ödünç (karz), borçlunun isteği üzerine kefalet ve ivaz şartlı bağışlama gibi :

(10) İslâm Hukuku delillerine göre, boşama ve eşler arasındaki evliliğe son verme sebepleri, evlenmek akdinin iptali demek değildir, bilakis burada belirttiğimiz gibi, sona erdirmedir. Meselâ evlilik ile sabit olan (ortaya çıkan) sıhrî hısım ile evlenme yasağı, boşama ve mahkeme kararı yoluyla boşanma ile ortadan kalkmaz : meselâ karısının boşamış dahi olsa, onun anesi (kayınvalide) ile evlenme yasağı ebedi olarak devam eder.

Câmiu'l-Fusuleyn eserinin sahibi, İslâm hukukçularının "Evlenme akdi feshedilemez" sözünü, evliliğin dinden çıkma (ridde) ve eşlerden birinin diğerine sahip olması (köle olarak) halinde feshedildiğini söyleyerek şüphe ve tereddüt husule getiriyor (c.1/sh 334, Hiyarat bahsi 25 fasıl, Ezher matbaası tabı). Sona erme ve iptal arasındaki ayırımı ait açıklamamız ile bu problem (şüphe ve tereddüt) ortadan kalkıyor. Hukukçuların evlenme akdinin feshedilemez yolundaki sözlerinin mânası, iptal edilemez demektir.

— Borç veren (mukriz), borç alanın istediği malı ona vermekle, onun bu arzusunun yerine getirmekle teberru yapandır.

— Borçlunun isteği üzerine kefil olan, borçlunun borcunu eda etmeği tahhüt etmekle teberru yapandır.

— Bağışlamasına mukabil ivaz şartı ile bağışlama yapan, verdiği şey ile teberrü yapan durumundadır.

Ancak borç veren, verdiği karşılığını isteyince, kefil borçlu adına ödediği ile borçlu ya rücu edince ve bağışlayan bağışladığına mukabil, lehine bağış yapılandan bir şey alınca, akit vasıf değiştirir ve ivazlı olur.

Bunun neticesi olarak bu kabil akitlere başta teberrü şartları sonunda ise ivaz hükümleri tatbik edilir. O halde bu akitlerde, akit tarafın teberrua ehliyetinin varlığı şarttır. Meselâ, küçüğün kefaleti muteber değildir, bağışın ivazında satım akdinin hükmü işler (câridir) ve mesela ayıp halinde iade edilir, eğer gayr-ı menkul ise, şuf'a ile alınabilir (şuf'a hakkına sahip olur) (Mecelle md. 1022). Eğer kefalet, borçlunun talebi ile değil de bir, şahsın serbest iradesi ve isteği ile borluya kefil olunmuşsa, tamamiyle bir teberru hükmündedir. Çünkü bu takdirde artık kefilin borçlu için ödediği şey için ona rücu hakkı yoktur. (Bkz. Dürrü'l-Muhtar, c. 4, sh. 1271-272).

Dokuzuncu kıstas-Tazmin (zaman) :

Akitler bu açıdan üç gruba ayrılırlar :

1 — **Zaman akitleri** : Aktin ifa ve icrası icabı bir elden diğer ele intikal eden mal, teslim alanın tazmin mesuliyetine geçmiş kabul edilen akitlerdir. Bu sebeple semavî afet de olsa, mala gelecek telef ve hasardan teslim alan mesul olur.

Bu akitler şunlardır : Satım, taksim, mala karşılık mal ile sulh, muharace (varislerin terekeden çıkma anlaşması), ödünç ve ikale.

2 — **Emanet akitleri** : Akdin icrasında teslim alınan malın, teslim alanın elinde emânet sayıldığı akitlerdir. Bu sebeple teslim alan, tecavüz veya muhafazada kusuru bulunmadıkça, teslim edilene gelecek telef ve hasardan mesul olmaz.

Bu akitler şunlardır : Vedia, âriyet, bütün çeşitleriyle şirket, vekâlet ve vesâyet.

3 — **Çift vasıflı akitler** : Bir taraftan tazmin diğer taraftan ise emanet hükümlerini ortaya çıkaran akitlerdir.

Bu akitler şunlardır : Kira, rehin ve mala karşılık menfaat ile sulh.

Kira aktinde, kiralanan mal, kiracının elinde emânettir. Fakat üzerine akit yapılan şey, istifade edilmek üzere menfaattir ki, mücerret istifade edebilme kabiliyeti ile beraber, kiracının elinde tazminlidir. Bu sebeple, kiracı kiralanan şeyi, istifade etmeden kira müddeti içinde terkederse, boşa giden menfaat aleyhine işler ve bu menfaatin kıymeti olan ücreti ödemeğe mecburdur (Mecelle md. 470).

Mala karşılık menfaat ile sulh, akitlerin çeşitleri bahsinde belirtildiği gibi, kira hükmündedir. (Bkz. fıkra. 284).

Meselâ, sulh yapan taraflardan birinin, muayyen müddet içinde menfeati üzerinde sulh akdi yapılan şeyin bedeli olmak üzere verdiği mal, kiracının elinde kiralanan şey gibi kabul edilir. Bu malın menfeati, onu teslim alanın hesabına tazminlidir (mazmundur). Ve bu sebeple müddetin işlemesiyle sulh bedeline karşılık ondan istifade edilmiş kabul edilir, ama malın kendisi (aynı) onun elminde emânettir.

Rehin edilmiş mal, daha evvel belirtildiği gibi, borca tekabül eden kısmı rehin alanın üzerine tazminli, fazlası ise onun elinde emanettir (Bkz. fıkra 87).

Tazminli ve emanet akitler arasındaki ayırım kıstası :

Çeşitli durumlarda, hükümler ve hukuki illetlerinden çıkarılan neticelerin verdiği kanaate göre, tazminli ve emânet akitleri arasındaki ayırımın üzerine kurulduğu islâm hukuku prensibi sonu itibariyle de olsa, tazminat düşüncesinin, ivaz mânasıyla beraber söz konusu olduğudur. Bu takdirde akit ivazlaşmanın talluk ettiği açıdan tazminli akit olmaktadır. Ve bu açıdan kabzedenden mesul hale gelmektedir. Bunun dışındaki hallerde ise, akit emanet akdidir. Teslim ve tesellüm ile yapılan akdin ifası teslim alanı, aldığı mal üzerinde emin hale getirmektedir.

Bu prensipten şu neticeleri çıkartabiliriz :

a — Satım akdi mutlak olarak bir tazmin akdidir. Aynı şekilde mala karşı mal ile sulh akdi de böyledir. Çünkü ikisinde de akdin mevzuu olan malın kabzı, kabzedenin ivaz karşılığı hakkı olan istifade etmek esası üzerine olan bir kabzdır.

Ödünç akdi de aynıdır. Çünkü mal, ivaz olarak mislini iade etmek esasına dayalı mülkiyete geçirmek üzere olan bir kabzdır.

b — Kira akdindeki karşılıklı ivaz ise, kiralanan şeyin aynı olmayıp, ücret ve menfeattir. Ayn'ın teslimi ise ancak menfaatinden istifade için

zorunlu bir vesiledir. Bu sebeple kira, ücret ve menfaat bakımından bir tazminli akittir, çünkü her ikisi de karşılıklı ivazın konusudur ve ona taalluk ederler. Ve kiraya veren teslim aldığı ücretten, kiracı ise, tasarrufu altındaki menfeatten mesul olur.

Ama kiracının elindeki kiralanan şeyin aynı ise, akit onun hakkında bir emânet akdidir.

Rehin akdi de böyledir. Daha evvel belirtildiği gibi (fıkra 87), rehnedilmiş malı kabz, garanti manasının yanında, gerektiğinde istifade esasına dayalı bir kabzdır.

Buradaki istifade ivazdır. Ancak rehnedilen maldan istifade borç miktarı ile sınırlanmıştır. Rehnedilen maldan istifade borç miktarı ile sınırlanmıştır. Rehnedilenin fazla kısım ise, emânettir, çünkü bu kısım için bir ivazlaşma sözkonusu değildir.

c — Ariyet, vekâlet ve benzeri akitler ise, karşılıklı ivaz verme manasından tamamen mahrumdurlar. Bunlar emanet akitleri olarak kabul edilir ve müekkilin malı vekilinin elinde, küçüğün malı vasisinin elinde, ortağın malı ortağının elinde, ariyet mal, ariyeti alanın elinde akit gereğince, vedia gibi, mazmun olmayıp sadece ve sadece emânettir (11).

Onuncu kıstas-Akdin gayesi :

Akitler bu açıdan beş gruba ayrılırlar :

1 — **Gayesi temlik olanlar** : Satım, bağışlama, vasiyet, kira ve âriyet gibi.

(11) “**El-Hadiye**” adlı kitabın Şirket-i İnan bahsinin sonunda şu ibare var : “Ortağın, ortaklık malı üzerindeki eli emânet elidir, çünkü o malı malikin izni ile kabzetmiştir, bedel ve teminat için değil, ve bu sebeple bu mal, vedia gibi olur... ilah...” (Bkz. El-Hidaye ve'l-fethu'l-Kadir, c. 4. sh. 404).

Böylece ifade etmek istiyor ki, tazminli olan kabz, başkasının mülkü üzerinde malikin izni olmadan vukua gelen kabzdır, gasbedilmiş malın kabzı gibi, veya bir akdin karşılıklı, yani ivazlı olarak satılan malı kabz gibi, ifası ile, ya da rehnedilen malın kabzının taminata bağlanması yoluyla ortaya çıkan kabzdır.

Biz bu ifadede özellikle ve herbir akit için kabul edilmiş hükümlerde genellikle tazminli akitler ile emanet akitler arasındaki ayırım için belirttiğimiz bu hüküm ve kıstasın dayanağını buluyoruz. Ancak bizim konumuz tazmin (zaman) üzerinedir, yoksa tazmini kabz hakkında değildir, ve bu sebeple izin ve izinsizliği zikretmeğe gerek yoktur.

Yukarıda açıkladığımız gibi, “**teminat**” ın illeti yerine “ivaz” illetinin koymanın mümkün olduğunu gördük, çünkü teminatı zikretmekten maksat, rehin tazminatı mefhumunun yorumunu ve ondaki hükmü belirtmektir. Bu ise, rehinde mevcut ivaz mânasına ircâ edilebilir.

2 — **Gayesi ortaklık olanlar** : Şirket, mudarebe ve müzaraa gibi.

3 — **Gayesi teminat olanlar** : Rehin ve kefalet gibi.

4 — **Gayesi tevkil olanlar** : Vekâlet ve vesâyet gibi.

5 — **Gayesi muhafaza ve koruma olan** : Vedia akdi.

Onbirinci kıstas-Zamana bağlılık (süreklilik) :

Akitler bu açıdan da iki gruba ayrılırlar :

a — **Ânî ifalı akitler** : Bunlar, icra edilmeleri devamlı olarak akdi meşgul eden ve uzayıp giden bir zamana muhtaç olmayan akitlerdir, akit tarafların tensip ettiği bir vakitte, bir defada ve derhal ifa ve icrası tamamlanır. Bedeli taksitle olsa dahi satım, sulh, ödünç ve bağışlama gibi. Bu akitler, akdin herbir tarafın, akdin istifadesini sağladığı şeyden istifade etmesiyle sona erer ve bir anda vecibeleri son bulur.

2 — **Devamlı akitler** : Bu akitler, mevzuları gereği, ifası zaman içinde uzayan akitlerdir. O kadar ki zaman, bu akitlerin icrasında bir temel unsur olur. Bu sebeple **zamanlı akitler** olarak da adlandırılırlar. Kira, âriyet, şirket-i akd ve vekâlet gibi. Bu ve benzeri akitlerin, kiralanana veya ariyet olarak verilen şeyden istifade, ve şirket ve vekâlet işlerinin yapılması ile gerçekleşen ifası, içinde akdin hükmünün devamlı olarak yürüdüğü bir zamana muhtaçtır.

Günümüzde hukukî açıdan bu kabil akidlere benzer misaller bulmak mümkündür. Meselâ periodik gazete ve dergilere abone olmak, lokanta, otel ve hastahanelere günlük erzak ve yiyecek temin etmeyi tahhüt etmek, asıl bünyeleri itibariyle satım akdi kabilinden olsa da, devamlı bir akit olarak kabul edilirler. Bu akitler, modern hukuk terminolojisinde "**tevid akdi**" olarak adlandırılmaktadır (12).

(Bkz. Prof. Senhurî Akit Teorisi fıkra 147-148).

Ânî ifalı akitler ile devamlı akitler arasındaki ayırımın neticeleri :

Ânî ifalı akitler ile devamlı akitler arasındaki ayırımın, İslâm Hukuku ile Modern (lâik) hukukun üzerinde ittifak ettikleri iki önemli neticesi vardır :

1 — Satım gibi fevrî bir akit, feshedilirse, feshi geçmişe uzanır ve bu besepile âkit tarafların vecibelerinden ifa edilenlerin iadesi gerekir. De-

(12) Bu terimin ihtiva ettiği akit, türkçe ayrı bir terim ile ifade edilmiyor. Ancak, teslimi tazammun eden akitler kategorisine girer. Almandada ise, "Lieferung" ve "Warenversorgung" tabirleri kullanılmaktadır (Çeviren).

vamlı akit ise, akdin sona ermesi ,inhalali) bahsinde gördüğümüz gibi (fıkra 263), feshi, uzantısı olmayan bir netice (muktasar) doğurur.

2 — Devamlı ivazlı bir akitdeki karşılıklı vecibeler, iki taraf arasında **“bir şey mukabilinde bir şey”** tarzında mütenâzırdır. Meselâ menfeatin bedel karşılığı olduğu kira akdinde kiracının vecibesi, her istifade etmesinde ve istifade ettiği kadarına karşılık verilecek ücret ile tedricen tahakkuk eder. (Bkz. Prof. Senhurî, Akit Teorisi fıkra 147-149).

Hatta kiralayanı nkiracından ücreti istical edip isteme hakkı olsa dahi, ücretin muaccel olarak verilmesini şart koşsa, kiracının zimmetinde bu ücreti ödeme vecibesi ortaya çıkmaz. Ancak kiralanan şeyin menfeatinden tedricen ortaya çıkan istifade kiracının hesabına dahil olur (onun bedelini ödeyeceği bir şeydir.)

Bu sebeple eğer kira müddetinin sona ermesinden önce akit feshedilirse, geriye kalan müddet ücretten düşülür,

Hukukçularımız, kirada asolanın, kiralayanın ücret talebi hakkının an be an istihkak kesbetmesinin olduğunu belirtiyorlar. Ancak eğer aksine bir şart veya örf yoksa, ev kira bedelinin gün-gün, hayvan kirasının her mesafenin sonunda talep etmesini istemek zorluklara yol açar (Bkz. El-Hidaye ve Şerhi, 8/16-17, Reddu'l-Muhtar, 5/9).

3 — **Devamlı ivazlı akitler**, islâm hukuk nazarında, ifasının içine aldığı müddet içinde yenilenen akitler olarak kabul edilir.

Bineanaleyh kira akdinde, kiracının elinde bulunan kiralananmış şeyde ortaya çıkan ayıp sebebiyle fesih hakkı olduğu gibi, eski bir ayıp sebebiyle de feshedebilir. Fevri (derhal) satışta durum aksine olup, müşteri, satılan malı kabzettikten sonra ortaya çıkan ayıp sebebiyle satım akdini feshedemez, ancak onda mevcut eski bir ayıp sebebiyle ve teslimden evvel fesih hakkı vardır. (Bkz. Mecelle, md. 337, 339, 515).

Bu sebeple kira akdinde zamanın seyriyle beraber söz konusu olan yenilenme özelliği neticesi, kiralanan şeyde ortaya çıkan yeni ayıp, gelecek bakımından eski bir ayıp kabul edilir.

Onikinci kıstas-Asli tebeî :

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar :

1 — **Asli akitler** : Vücudunda müstakil, ve varlığında ve sona ermesinde bağımlılık bakımından başka bir şeye bağlı olmayan akitlerdir. Satım, kira, vedia, ariyet ilah...

2 — **Tebeî akitler** : Bu aktiller, dalın gövdeyle bağlantısı gibi, varlığı ve sona ermesinde başkasının hakkına bağlı ve ona mürtabit olan her akittir. Rehin ve kefalet gibi.

Rehin ve kefalet her ikisi de başkası lehine bir teminattır, bu sebeple mukabilinde başka birinin hakkı sabit veya muhtemel değilse, ibtidâen inşa edilemezler.

Borç vadine mukabil rehin akdi yapılabilir. Bir kimsenin diğerine bir miktar para ödünç vermeyi vaad etmesi, ve ondan peşinen mukabilinde rehin almasında böyledir.

Kesinleşecek bir borca karşılık kefalet akdi yapılabilir. Bir kimsenin diğerine “şu kimseye sat, ben ondan olan alacağına kefilim” derse durum böyledir (Bkz. Reiddü'l-Muhtar, c. 2, sh. 252, 298).

Bu iki akit ancak başka birinin hakkı karşılığında yapılabildiği gibi, gövdenin sukutu ile dalların sukut etmesi gibi, bu hakkın zevali ile de son bulurlar.

Aynen bunun gibi, rehin akdinin alacaklının borçluyu ibra etmesi ile bâtil olduğu söylenir (13).

(13) Alim Prof. Senhuri'nin “Akit Teorisi” kitabında tebeî akdinin şöyle bir tarifi vardır :

“Bu kendinden önce mevcut aslî bir akde tâbi olan akittir.”

Açıklamalarımıza göre, bu tarif şu düşüncelerle isabetli değildir :

1 — Çünkü, rehin ve kefalet aslında bir akitden değil, bir fiilden doğan borca teminat (garanti) olarak da akdetilebilirler. Telefî tazmin karşılığı (için) kefalet ve rehin gibi.

2 — Çünkü, satım bedeli semen, sulh bedeli, kiralanan şeyin bedeli gibi, bir akitden ortaya çıkan borçlara mukabil rehin ve kefalet, bu hakkı ve bu borcu inşa eden akde tâbi olmayıp, bu akitle ortaya çıkan hakka tâbidirler. Bu sebeple satıcı, müşteriyi satım bedeli semenden ibra etse, satım akdi kefilî de semenden ibra etmiş olur, ve onun için alınmış rehin de sukut eder.

3 — Çünkü tebeî akdin, tebîliği ondan sonra ortaya çıkacak (var olacak) bir hakka da ait olabilir, yoksa kendisinden önce mevcut olan bir hakkın zorunlu değildir. Meselâ, yukarıda belirttiğimiz gibi, vaadedilen bir borca karşılık rehin ve mekfulaleyh aleyhine ve mekfulleh lehine ortaya çıkacak ve sâbit olacak bir hak için kefalet mümkündür.

Bu sebeple tebeî akdin isabetli tarifi, bizim yaptığımız gibi, şöyledir :

“Tebeî akit, başkasının hakkına tâbi olan akittir.”