

HANEFÎ HUKUK DÜŞÜNÇESİNDE HUKUKÎ DÜZENLEMELERE ETKİSİ BAKIMINDAN İCÂRE AKDİNİN KONUSUNU TESPİT SORUNU

Ünal YERLİKAYA*

Öz

Hanefî hukuk düşüncesinde menfaatler, en genel şekliyle, eşya ya da nesneden elde edilen menfaat ve insandan elde edilen menfaat biçiminde iki kısma ayrılarak ele alınmaktadır. İkinci türden olan menfaatler, literatürde daha çok amel tabiriyle ifade edilmektedir. İlk türden olan menfaatlerin belli birimler halinde bölünebileceği ve dolayısıyla belli birimler halinde akde konu olabileceği; buna karşılık ikinci türden olan menfaatlerin ise, belli birimler halinde bölünebilir nitelikte olmamaları sebebiyle, ancak bir bütün olarak akde konu olabileceği kabul edilmiştir. İkinci türden olan menfaatler (ameller), kendi içinde, eseri olan amel-eseri olmayan amel biçiminde iki kısma ayrılmaktadır. Akit konusu menfaat-gasp konusu menfaat ayrımı da hanefî düşüncede önemli bir yere sahiptir. Menfaatlerin mahiyeti bakımından yapılan bu tasnif, icâre akdine ilişkin düzenlemeler bakımından şekillendirici bir işleve sahip olduğu kadar, somut-soyut ilişkisinin, biçimsel eşitlik prensibinin ve sebep-hüküm ilişkisinin hanefî düşüncede nasıl kavrandığına dair genel bir fikir verecek nitelikte tasniftir.

Anahtar Kelimeler: Hanefî Hukuk Düşüncesi, İcâre Akdi, Menfaat, Amel, Eser, Gasp, Temekkün.

The Determination Problem of the Subject of Lease Contract Regarding the Effect on Legal Regulations in the Hanafi Law Thought

Abstract

In the Hanafi law thought, benefits are most generally classified in two parts: benefits derived from goods and benefits derived from man. The second kind benefits are usually expressed as act in the literature. It is accepted that the first kind benefits are divided into certain units and be subject of lease contract in certain units. On the contrary it is accepted that the second kind benefits are just be subject of lease contract as a whole. Because the second kind benefits are not divided into certain units. The second kind benefits are classified in two parts in itself: the act with concrete result and the act without concrete result. The classification of benefit obtained through lease contract and benefit obtained through extortion is important in the Hanafi law thought. This classification made in terms of the nature of benefits has a shaping function in respect of the norms relating to lease contract. At the same time this classification give a

* Dr. Öğr. Üyesi, SDÜ İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı,
unalyerlikaya@sdu.edu.tr

general idea about Hanafi law thought in terms of comprehension of concrete-abstract relation and the principle of formal equality and reason-legal norm relation.

Keywords: Hanafi Law Thought, Lease Contract, Benefit, Act, Concrete Result, Extortion, Opportunity of Benefit.

Giriş

Hukukî değer (mütekavvim olma) niteliğini ancak hukuken geçerli bir icâre akdinin varlığına bağlı olarak kazanabiliyor olması sebebiyle menfaat, hanefî teoride kendine özgü bir biçimde ele alınmaktadır. Bu husus, icâre akdinin konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından oldukça belirleyici bir etkidir. Bunun dışında, karşılıklı bedellerin mübâdelesini amaçlayan akitler (muâvazalı akitler) bakımından musâvât (biçimsel eşitlik) prensibinin benimsenmiş olması ve teori-pratik uyumu bakımından tutarlılık kaygısının ön planda tutulmuş olması, hanefî teoride, icâre akdinin konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından belirleyici olan diğer etkenlerdir.

Söz edilen etkenlerin varlığı sebebiyle hanefî teoride, icâre akdinin konusuyla ilgili olarak şu hususlar, daha doğrusu şu sorular ön plana çıkmaktadır: *Eşya ya da nesneden elde edilen menfaat ile insandan elde edilen menfaat arasında ne tür bir mahiyet farkı vardır? Hangi tür menfaatler birimler halinde bölünebilir niteliktedir? Eseri olan amel-eseri olmayan amel ayrımı, menfaatin mahiyeti ve icâre akdi bakımından ne tür bir ayrımı temsil etmektedir? Hangi durumlarda, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu, menfaati elde etmiş olma durumu yerine ikâme edilebilmektedir? Sebep-hüküm ilişkisinin kavranış biçimi ile icâre akdinin konu unsuru arasında ne tür bir ilişki vardır?* Hanefî literatürde, söz konusu soruların cevabı niteliğinde ortaya konan yaklaşım biçimi/biçimleri, icare akdinin konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından oldukça teknik ve aynı zamanda özgün sayılabilecek bir hukuki çerçeve ortaya koymaktadır.

Elinizdeki bu çalışmada, icâre akdinin konusuna ilişkin düzenlemelerin araştırma konusu edilmesi, esasında hanefî hukuk düşüncesinin karakteristik yapısının belli yönleriyle kavranması amacına matuftur. Bu bağlamda teori-pratik uyumu bakımından tutarlılık kaygısının, karşılıklı bedellerin biçimsel eşitliği prensibinin, somut-soyut ayrımının ve nihayet sebep-hüküm ilişkisinin kavranış biçiminin, icâre akdi bakımından hangi düzeyde şekillendirici bir etkiye sahip olduğu örneklendirilmeye çalışılmıştır.

I. İcâre Akdinin Konu Unsuru

Sonucu İtibariyle Eseri Görünen-Görünmeyen Ayrımı Bakımından Akdin Konusu

Mahiyeti hakkında farklı yaklaşımlar söz konusu olmakla birlikte, hanefî hukuk düşüncesinde icâre akdinin konusu hakkında öne çıkan ayrımlardan biri, *sonucu itibariyle eseri görünen akit konusu* (من لعمله أثر في العين)

- sonucu itibariyle eseri görünmeyen akit konusu (من ليس لعمله أثر في المعمول) biçimindeki ayırmadır. Söz gelimi, bir eşyanın boyanması için yapılan akitte boyama işi eseri görünen akit konusunu; bir eşyanın taşınması için yapılan akitte ise taşıma işi eseri görünmeyen akit konusunu temsil etmektedir. Bahsi geçen ayırım bakımından temel bir ölçüt işlevi gören *eser* (الوصف الخائب/أثر) kelimesiyle, *ayn üzerinde ilave niteliği taşıyan bir şeyin mi yoksa –ilave niteliği taşıyan ya da taşınmasın- aynda görülebilir (zâhiri) bir değişikliği temsil eden şeyin mi* kastedildiği konusunda iki farklı yaklaşım söz konusudur.¹ İlgili tartışmanın içeriği ve örnek çözümlenmelerden anlaşıldığı kadarıyla hanefî literatürde, *ayn üzerinde görülebilir bir değişikliği temsil eden şey* biçimindeki ikinci yaklaşımın ağırlık kazandığı görülmektedir.² Nitekim Mecelle Şerhi Dureru'l-Hukkâm'da eser kavramı, söz konusu tanımlamaya uygun olarak, *bir gasp olayında gasba konu mal ile mal sahibi arasındaki mülkiyet ilişkisinin ortadan kalkmasını gerektirecek türden olan şey (değişiklik)*³ biçiminde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, ayna ilave niteliği taşıyan değişiklik (bir eşyayı boyama vb.) eser kavramı kapsamına girdiği gibi, bütün haldeki bir nesneyi parçalara ayırma (kerestenin parçalara ayrılması vb.) biçiminde açığa çıkan değişiklik de eser kavramı kapsamına girmektedir. Kısacası, hanefî literatürde *ayn üzerinde eseri olan iş/amel* tabiri, bir ayn/eşya üzerinde görülebilir nitelikte değişiklik meydana getiren türden *ameli*; buna karşılık *ayn üzerinde eseri olmayan amel* tabiri ise, herhangi bir değişiklik söz konusu olmaksızın aynın nakli üzerine kurulmuş bir iş akdinde *ecîrin amelini* ifade etmektedir.

Ayn üzerinde eseri olan amel-ayn üzerinde eseri olmayan amel ayırımı, hanefî hukuk düşüncesinde iş akdi niteliği taşıyan icâre akdinin konusunu tespit bakımından oldukça önemli olduğu anlaşılan bir ölçüt niteliği taşımaktadır. Şöyle ki, ayn üzerinde eseri olan bir işi yapma amacıyla gerçekleştirilen bir icâre/iş akdinde, akdin konusu, bizatihi yapılan iş (ecîrin ameli) değil, bu işin somut olarak açığa çıkmış sonucudur. Daha açık bir ifadeyle akdin konusu, kişinin bizatihi ameli değil, bu *amelin eseridir*. Söz gelimi, bir eşyayı boyama üzerine kurulu akitte akdin konusu, bizatihi boyama işlemi değil, boyama işleminin bitmiş son halî, yani eşyanın boyanmış halidir. Her ne kadar akit ecîrin

¹ el-Haskefi, Muhammed b. Alî b. Abdîrahmân b. Muhammed, *ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, Thk. Abdulmun'im Halîl İbrâhîm, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002, 571; et-Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Alî el-Kâdirî el-Hanefî, *Tekmiletu'l-Bahrî'r-Râik Şerhi Kenzi'd-Dakâik (el-Bahrû'r-Râik)*'in sonunda 7. 8. ve 9. ciltler), Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VII, 515.

² el-Haskefi, 571; et-Tûrî, VII, 515; el-Meydânî, Abdülğani b. Tâlib b. Hammâde el-Ğuneymî, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb*, I-III, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 2007, II, 38. Söz konusu ayırım bakımından, *ayn üzerinde objektif olarak tespit edilebilir bir değişiklik* kriterinin temel alındığı hakkında ayrıca bkz. es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Kitâbu'l-Mebsût (el-Mebsût)*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut ty., XVI, 24.

³ Alî Haydar, Hoca Emîn Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Ebu'z-Ziyâ, İstanbul 1330/1914, I, 811 (482. maddenin şerhi).

ameli (menfaati) üzerine kurulmuş olsa da, gerçekte, bu amele bağlı olarak açığa çıkan görülebilir sonuç (eser), akdin konusu olarak değerlendirilmektedir.⁴ Dolayısıyla amelin eseri yani sonucu somut olarak açığa çıkmadığı sürece akit konusu gerçekleştirilmiş sayılmaz. Buna karşılık ayn üzerinde eseri olmayan bir işi yapma amacıyla kurulan akitte ise, akdin konusu, amelin sonucu değil bizatihi kendisidir (المعقود عليه نفس العمل)⁵. Söz gelimi bir eşyanın naklinde akdin konusu, bizatihi taşıma işi olup, ilgili eşyayı akitte öngörülen yere götürüp bırakmış olma (taşıma işleminin sonucu) değildir. *Ayn üzerinde eseri olan amel-ayn üzerinde eseri olmayan amel* ayrımı, özellikle icâre akdinde ücretin tahakkuku ve tazmin yükümlülüğüne dönük hukukî düzenlemeler bakımından, işlevsel bir ölçüt niteliği taşımaktadır.

İcâre Akdinin Konusunu Tespitte Akdin Konusu-Gasbın Konusu Ayrımı

Hanefî hukuk düşüncesinde, icâre akdiyle elde edilmesi amaçlanan (veya açığa çıkan) menfaatin hangi koşullarda akdin konusu olma özelliği taşıdığı, buna karşılık hangi koşullarda akdin konusu olma özelliğini yitirdiği, icâre akdinin konusunu tespitte önemli bir husustur. Akdin konusu olma özelliğini kaybetmiş olmasıyla, menfaatin, akdin konusu olmaktan çıkıp gasbın konusuna dönüşmüş olması kastedilmektedir. Bu yönüyle, *akdin konusu-gasbın konusu* ayrımı, hanefî hukuk düşüncesi bakımından icâre akdinin konusunu tespitte olduğu kadar, hanefî yaklaşımı diğer yaklaşımlardan ayıran önemli bir ayrımdır. Hanefî yaklaşıma göre, açığa çıkan menfaatin, akdin konusu olma özelliği taşıyabilmesi için, akit esnasında öngörülen tüm şartlara riayet edilerek elde edilmiş olma zorunluluğu vardır. Bunun anlamı akde konu menfaatin, akitte belirlenen kişi tarafından akitte belirlenen dilimi içinde ve mekânda akde uygun olarak elde edilmesidir. Söz gelimi, belli bir şehirden bir başka şehre gidip dönmek üzere kiralanmış bir vasıtayla, akitte öngörülen bu şehre gidip dönülmesi halinde, açığa çıkan menfaat akdin konusu iken; akitte öngörülenin dışında başka bir şehre gidip dönülmesi halinde ise, açığa çıkan menfaat, alınan

⁴ el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, I-X, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2010, VI, 42; el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî* (Fethu'l-Kadîr içinde), I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 77; et-Tûrî, VII, 515; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-XIII, Dirâse, Ta'lîk ve Tahkik: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvîd, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003, IX, 23.

⁵ es-Semerkindî, Alâuddîn, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1984, I, 354; el-Merğînânî, IX, 78; el-Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed, *el-Inâye Şerhu'l-Hidâye* (İbnu'l-Humâm'ın Fethu'l-Kadîr'i ile birlikte), I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 77; et-Tûrî, VII, 515.

mesafe eşit bile olsa, akdin değil, gasbın konusudur.⁶ Kişinin bizatihi kendisi faydalanmak amacıyla kiraladığı bir eşyadan, ancak kendisi yararlanması halinde açığa çıkan menfaat akdin konusu; bir başkasını yararlandırması (استيفاء غير المعقود عليه) halinde ise gasbın konusudur.⁷ Ayrıca, açığa çıkan menfaatin akdin konusu olabilmesi, söz konusu menfaatin, akit esnasında öngörülen türden bir menfaat olma koşuluna bağlıdır. Binilmek üzere kiralanmış bir vasıtayla eşya taşıma örneğinde olduğu gibi, akit esnasında öngörülenin dışında başka türden elde edilen bir menfaat, akdin değil, gasbın konusudur.⁸

Söz konusu ayrıma göre, açığa çıkan menfaat ya akdin konusu ya da gasbın konusu olma özelliği taşımaktadır. Akdin konusu olma özelliğini taşıması halinde, icâre akdine ilişkin hukukî düzenlemelerin bir parçasını; gasbın konusu olma özelliğini taşıması halinde ise, gasba dönük düzenlemelerin bir parçasını teşkil etmektedir. Genellikle, açığa çıkan menfaat, aynı anda hem akdin hem de gasbın konusu olma özelliğini taşımamaktadır. Esasen, Mecelle'nin 86. Maddesi'nde "Ücret ve damân (tazmin yükümlülüğü) bir arada bulunmaz (ictimâ etmez)." biçiminde ifade edilen genel ilkenin varlığı da, açığa çıkan menfaatin, aynı anda hem akdin hem de menfaatin konusu olma özelliği taşımadığı anlayışının bir yansımasıdır. Çünkü bahsi geçen ilkede ücret, akitle ilgili düzenlemelerin bir parçasını; damân ise, gaspla ilgili düzenlemelerin bir parçasını teşkil etmektedir.⁹

Hanefî kaynaklarda, ağırlıklı olmamakla birlikte, ücret ve tazmin yükümlülüğünün aynı anda söz konusu olabileceğini gösteren bazı örneklere rastlanmaktadır.¹⁰ İlgili örneklerde, açığa çıkan belli bir menfaatin, aynı anda hem akdin hem gasbın konusu olma özelliği taşıması değil, (ister aynı türden isterse farklı türden olsun) iki ayrı menfaatin aynı anda açığa çıkmış olması söz konusudur. Esasen ücret ve tazmin yükümlülüğünün aynı anda bulunması, akdin konusu olma özelliği taşıyan menfaat ile gasbın konusu olma özelliği taşıyan menfaatin (iki ayrı menfaatin); bir diğer ifadeyle ücretin sebebi ile tazmin yükümlülüğünün sebebinin aynı anda açığa çıkmış olması durumunda söz konusudur.¹¹ Söz gelimi, yalnızca binmek üzere kiralanana bir vasıtayla aynı zamanda yük taşımak bu durumu örneklemektedir. Kiralanan vasıtaya binmekle akdin konusu olan menfaat; akit esnasında öngörülmemiş olmasına rağmen, yük taşımakla da gasbın konusu olan menfaat açığa çıkmış olmaktadır. Bu husus,

⁶ el-Kâsânî, VI, 65; el-Haddâd, Ebû Bekr Alî b. Muhammed, *el-Cevheratü'n-Neyyira*, I-II, Pakistan ty., I, 320-321; Alî Haydar, I, 891 (546. Maddenin şerhi).

⁷ el-Kâsânî, VI, 47; İbn Mâze, Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-Fıkhî'n-Nu'mânî*, I-IX, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2004, VII, 512; el-Haskefî, 575; et-Tûrî, VII, 523.

⁸ el-Kâsânî, VI, 62; İbn Mâze, VII, 565; et-Tûrî, VII, 523; İbn Âbidîn, IX, 45-46.

⁹ el-Kâsânî, VI, 60; el-Haddâd, I, 320-321.

¹⁰ el-Kâsânî, VI, 62-63; İbn Mâze, VII, 567-568; et-Tûrî, VII, 524.

¹¹ el-Kâsânî, VI, 62-63; et-Tûrî, VII, 524; İbn Âbidîn, IX, 50.

hanefî hukuk düşüncesinde, sebep-hüküm ilişkisinin kavranış biçimine dönük genel yaklaşımın bir parçasını teşkil etmektedir.¹²

Akdin konusu-gasbın konusu ayrımı, ilerleyen kısımda ele alınacağı üzere, icâre akdinde ücretin tahakkuku konusu bakımından belirleyici bir ayrımdır. Bunun dışında söz konusu ayrım, icâre akdi-tazmin yükümlülüğü ilişkisine dönük düzenlemeler bakımından da, oldukça işlevseldir.

Bizzat Menfaati Elde Etme-Menfaati Elde Etme İmkânına Sahip Olma Ayrımı Bakımından Akdin Konu Unsuru

Bizzat menfaati elde etme-menfaati elde etme imkânına sahip olma ayrımı, hanefî hukuk düşüncesi bakımından icâre akdinin konusunu tespitte öne çıkan önemli ayrımlardan bir diğerini temsil etmektedir. Bu ayrım, her ne kadar bizatihi elde edilmemiş olsa da, akde konu menfaati elde etme imkânına sahip olmanın, ücretin tahakkuku için yeterli olup olmayacağı sorununa bağlı olarak açığa çıkmaktadır. Burada, *menfaati elde etme imkânına sahip olma* (التمكن من الإستيفاء) tabiriyle, genel olarak *kendisinden menfaat elde edileceği öngörülen malın, kiralayan tarafından, menfaati elde etmeye elverişli bir biçimde teslim alınmış; ancak kullanılmamış olması durumu* kastedilmektedir. Hanefî kaynaklarda, akde konu menfaatin akit esnasında varlığının düşünülmemesi; dolayısıyla kendisinden menfaat elde edilmesi öngörülen malın, menfaat elde etmeye elverişli bir biçimde kiralayana teslim edilmesinin, menfaatin teslimi yerine ikâme edileceği; böylelikle ücrete karşılık gelen akit konusu menfaatin açığa çıkmış olacağı biçimindeki kabul, genel bir prensip düzeyinde yer almaktadır. Söz gelimi bu yaklaşım Dureru'l-Hukkâm'da "İcâre-i sahîhada menfaate, akd vârid olan müddette, akd kendisine muzâf kılınan mekânda temekkün ve iktidar ile dahi ücret lâzım olur. Yoksa hakikaten intifâ lüzûm-u ücrette şart değildir. Zira menfaat araz ve iki zamanda gayr-i bâkî olduğundan bunun teslimi mütesavver değildir. Mahalli menfaatin (malın) teslimi, teslim-i menfaat makamına ikâme edilmiştir."¹³ biçiminde ifade edilmektedir.

Hanefî düşüncede, kiraya verilen malın, akitte öngörülen koşullara uygun ve menfaat elde etmeye elverişli bir biçimde kiralayana tesliminin, akit konusu menfaatin varlığı bakımından yeterli olacağı anlayışı genel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hangi durumların *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu* olarak görüleceği, kaynaklardaki ilgili örnekler incelendiğinde, nispeten bir sorun olarak açığa çıkmaktadır. Söz gelimi, bizatihi kendisi kullanılmak üzere belli bir malı kiralayan kişinin, akitte öngörülen şartlara uygun olarak kullanıma elverişli bir biçimde kendisine teslim edilmiş malı,

¹² Akdin konusu-gasbın konusu ayrımının sebep-hüküm ilişkisinin kavranma biçimiyle doğrudan ilgili olduğu hakkında bkz. Alî Haydar, I, 187-188 (86. Maddenin şerhi).

¹³ Alî Haydar, I, 790 (470. Maddenin şerhi). Söz konusu ilkenin, *menfaat konusu malı teslim etmenin, menfaati elde etme imkânı yerine, menfaati elde etme imkânının da menfaat yerine ikâme edileceği* biçiminde ifade edilmiş hakkında bkz. İbn Mâze, VII, 460.

kullanıma engel hukukî bir gerekçe olmamasına rağmen, kendisi kullanmayıp bir başkasına kullandırması, *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu* olarak değerlendirilmemektedir.¹⁴ Bahsi geçen durumun, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu olarak değerlendirilmemesi, akit konusu menfaatin varlığının söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir. Nitekim benzer bir durumu es-Serahsî, aşağıdaki örnek üzerinden şu şekilde temellendirmektedir:

“(Akşama kadar kendisi giymek üzere elbise kiralayan) kişi, bunu başkasına verir, o kişi de o gün giyerse, elbiseye bir şey olması durumunda tazminle yükümlü olur. Çünkü kiralayan kişi, elbiseyi başkasına giydirmeye hususunda gasp eden sayılır. Elbise telef olmaz veya değerini azaltacak duruma maruz kalmazsa elbise sahibine ücret verilmesi gerekmez. Çünkü akdin konusu, elbiseyi giymekle (kiralayanın giymesiyle) elde edilen yararadır. Oysa başkasının giymesiyle elde edilen yarar, akdin konusu değildir. Akdin konusu dışındaki şeyi elde etmek ücreti gerektirmez... Şayet ‘Elbiseyi başkasına giydiren kişi, bundan bizzat yararlanma imkânına sahiptir. (Akdin konusunun varlığı ve dolayısıyla) ücretin gerekli olması için bu yeterlidir. Nitekim kiralayan, elbiseyi alıp giymeksizin evine koysa ücreti vermesi gerekir.’ denirse, buna şu cevabı veririz: kişinin elbiseden yararlanma imkânının bulunması, elbisenin onun elinde olmasına bağlıdır. Kişi, elbiseyi evine bıraktığında, elbise onun elinde (gerçekten) olmaya devam eder... Fakat onu başkasına giydirdiğinde, kiralayanın elbise üzerindeki kullanımı gerçek anlamda değil, hükmen geçerlidir.”¹⁵

Görüldüğü üzere, es-Serahsî’nin örneklemesinde, *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumuyla* ilgili olarak iki farklı husus vurgulanmaktadır. Onlardan ilkinde göre, elde edilen menfaatin, akdin konusu olmaktan çıkıp gasbın konusuna dönüşmesi halinde, *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu* söz konusu değildir. Çünkü menfaat konusu mal (her ne kadar hükmen kiralayanın elinde kabul edilse de) fiilen (gerçekte/hakikaten) bir başkasının tasarrufu altındadır. İkinci duruma göre ise, belli bir süreliğine kiralanan malın, bir başkasının tasarrufuna bırakılmamakla birlikte kiralayan tarafından kullanılmayıp fiilen elde tutulması halinde, *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumunun* ve dolayısıyla akdin konusunun varlığı söz konusudur. Bahsi geçen ikinci durumu örneklemek üzere, hemen tüm hanefî kaynaklarda, belli bir süreliğine kiralanan evin, kullanıma elverişli bir biçimde teslim alınmış olmakla birlikte belirlenen süre zarfında kullanılmamış olması, *menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu* olarak değerlendirilmektedir.¹⁶ es-Serahsî’nin örnekleme biçiminden anlaşıldığı kadarıyla, belli bir durumun, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu olarak değerlendirilmesinde; *akit konusu menfaati gasp konusu menfaate dönüştüren bir durumun olmaması ve aynı*

¹⁴ es-Serahsî, XV, 165; el-Kâsânî, VI, 47; İbn Mâze, VII, 512-513.

¹⁵ es-Serahsî, XV, 165. Aynı örnek hakkında benzer bir izah biçimi için bkz. el-Kâsânî, VI, 47.

¹⁶ el-Kâsânî, VI, 65; el-Haddâd, I, 331; el-Haskefi, 570; et-Tûrî, VII, 522.

zamanda kendisinden menfaat elde edilmesi öngörülen malın fiilen kiralayanın elinde bulunması asgari bir koşuldur. Bu durum es-Serahsî'nin şu örneklemesinden daha net olarak anlaşılmaktadır: Bir beldeden başka bir beldeye yapacağı yolculuk esnasında kullanmak üzere çadır kiralayan kimse, kiraladığı çadırı yolculuk esnasında yanında bulundurmamakla birlikte kullanmamış olsa bile, akitte öngörülen ücreti ödemekle yükümlü olur. Çünkü her ne kadar menfaati somut olarak elde etmemiş olsa da, kiraladığı eşyayı, akitte öngörülen yerde (yolculuk esnasında) fiilen elinde bulundurması (yanında taşınması) sebebiyle, menfaati elde etme imkânına sahip olmuştur.¹⁷ Aynı kişi, kiraladığı malı (çadırı), yolculuk esnasında yanında bulundurmayıp kiraladığı belde (örneğin evinde) bırakmış olsa, akitte öngörülen kira bedelini ödemesi gerekmez. Çünkü kiraladığı malı, akitte öngörülen yerde (yolculuk esnasında) fiilen elinde bulundurmamış ve dolayısıyla menfaati elde etme imkânına sahip olmamıştır.¹⁸ Kiralanan malın, akitte öngörülen yerde fiilen elde bulundurulmaması ise, kiralayan bakımından tazmin (gasp) yükümlülüğü doğurmaktadır.¹⁹ Sözü edilen son durumda tazmin yükümlülüğünün söz konusu edilmesi, akdin konusunun gasbın konusuna dönüşmüş olduğu anlamını ifade etmektedir.

el-Kâsânî, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumunu, benzer bir örnek üzerinden ancak farklı bir prensibe atıfla ele almaktadır. Ona göre, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumunun tespiti bakımından belirleyici olan, akdin *süre* veya *mesafeden* hangisi üzerine kurgulanmış olduğudur.²⁰ Şöyle ki, bir beldeden bir başka beldeye giderken binmek veya eşya taşımak üzere kiraladığı hayvanı, beraberinde götürmesine rağmen kullanmayan kişinin, yine de akitte öngörülen ücreti ödemesi gerekir. Çünkü söz konusu durumda akit, belli bir mesafeyi gitme üzerine gerçekleşmiş ve kiralanan hayvan da akitte öngörülen mesafeyi kat etmiş; böylelikle akdin konusu gerçekleşmiştir (temekkün).²¹ Mesafe üzerine gerçekleştirilen bir akitte, hayvanın, mesafe boyunca elde bulundurulmayıp evde tutulması durumunda ise, akdin konusu gerçekleşmemiştir. Çünkü menfaat konusu mal (kiralanan

¹⁷ es-Serahsî, XVI, 25. Benzer bir örnekleme için ayrıca bkz. el-Haddâd, I, 321; Kâdîzâde, Şemsüddîn Ahmed b. Mahmûd el-Edirnevî, *Netâicu'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr/Tekmiletu Fethi'l-Kâdir* (Fethu'l-Kâdir'in devamında 8, 9 ve 10. ciltler), Ta'lik ve Tahric: Abdurrezzâk Gâlib el-Mehdî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, IX, 72.

¹⁸ es-Serahsî, XVI, 27. Söz konusu durumun, menfaati istifaya (elde etmeye) imkân bulamama durumu (adem-i temekkün) olarak görülmesi hakkında farklı bir örnekleme için bkz. İbn Mâze, VII, 401, 512-513; Kâdîzâde, 72; et-Tûrî, VIII, 7.

¹⁹ es-Serahsî, XVI, 27; İbn Mâze, VII, 401; İbn Âbidîn, IX, 46.

²⁰ el-Kâsânî, VI, 65.

²¹ el-Kâsânî, VI, 65; İbn Mâze, VII, 401; el-Haddâd, I, 321; Kâdîzâde, IX, 72; et-Tûrî, VIII, 9.

hayvan), akitte öngörülen mesafeyi gitmemiştir (adem-i temekkün).²² Bir evin belli bir süreliğine belli bir ücret karşılığı kiralanması örneğinde olduğu gibi, sürenin esas olduğu akitlerde ise, her ne kadar kiralanmış mal kullanılmamış olsa da, akitte belirlenen sürenin dolmasıyla akit konusu menfaatin açığa çıkmış olduğu kabul edilir.²³ Bir diğer ifadeyle akit konusu malın, akit süresince kiralayana teslim edilmiş olması, menfaatin teslimi yerine ikame edilmektedir. Bu tıpkı, bir elbisenin, belli bir süreliğine giyilmek üzere kiralandığı halde öngörülen süre zarfında giyilmeyip evde bekletilmesi durumu gibidir.²⁴ Çünkü söz konusu durumda akit, belli süreliğine yapılmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, akit konusu menfaati elde etme imkânına sahip olma durumunun varlığından bahsedilebilmesi için, öngörülen süre zarfında, akdın konusunu gasbın konusuna dönüştürecek farklı bir durumun açığa çıkmamış olması gerekmektedir. el-Kâsânî'nin yaptığı ayırım bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu ve dolayısıyla akit konusu menfaatin açığa çıkmış olup olmama durumu bakımından işlevsel olduğu anlaşılan bu ayırım, ecîr-i hâss-ecîr-i müşterek ayırımına benzer bir ayırımı çağrıştırmaktadır.²⁵ Nitekim hanefî literatürde benzer bir ayırım, iş (amel)-süre ayırımı ölçütü esas alınarak da yapılmaktadır.²⁶

Özetle hanefî terminolojide, *akit konusu menfaati elde etme imkânına sahip olma* durumuyla, *kiralanmış malın, akitte belirlenen yer ve zaman dilimi içerisinde, hukuka aykırı bir davranış söz konusu olmaksızın, fiilen kiralayana elinde bulunma durumu* kastedildiği anlaşılmaktadır. Esasen, Dureru'l-Hukkâm'dan yapılan aktarımda "İcâre-i sahîhada menfaate, akd vârid olan müddette, akd kendisine muzâf kılınan mekânda temekkün ve iktidar ile dahi ücret lâzım olur." ifadesiyle kastedilen de budur. Zira hemen tüm hanefî kaynaklarda, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu bakımından, kiralanmış malın, *akitte öngörülen yer (akd kendisine muzâf kılınan mekân)* ve *zaman dilimi içerisinde (akd vârid olan müddet)* fiilen kiralayana elinde olması, temel bir ölçüt olarak vurgulanmaktadır.²⁷ Söz gelimi, bir kimse, belli bir gün içerisinde bir belleden başka bir beldeye yapacağı yolculuk esnasında kullanmak üzere binek kiralsın, ancak akitte belirlenen bir gün sonra yolculuğa çıksa, kiralandığı bineği yolculuk esnasında fiilen elinde bulundursa bile, menfaati elde etme imkânına sahip olmuş değildir. Çünkü söz konusu durumunda, her ne kadar akitte öngörülen mekânda olsa da, kiralanmış binek,

²² el-Kâsânî, VI, 65. Sözü edilen durumun, menfaati elde etme imkânına sahip olma durumu olarak değerlendirilmemesi (adem-i temekkün) hakkında ayrıca bkz. İbn Mâze, VII, 401; el-Haddâd, I, 320; Kâdizâde, IX, 72; et-Tûrî, VII, 522.

²³ el-Kâsânî, VI, 65; el-Haddâd, I, 321.

²⁴ el-Kâsânî, VI, 48; İbn Mâze, VII, 513; et-Tûrî, VII, 522.

²⁵ Ecîr-i hâss-ecîr-i müşterek ayırımının iş akdi bakımından söz konusu edilmesine karşılık, es-Kâsânî'nin metinde yaptığı ayırım, kira akdi bakımından söz konusudur.

²⁶ İbn Mâze, VII, 401.

²⁷ İbn Mâze, VII, 401, 513; Kâdizâde, IX, 72; et-Tûrî, VIII, 7, 10; İbn Âbidîn, IX, 14.

öngörülenin dışında bir zaman dilimi içerisinde fiilen elde bulundurulmuştur.²⁸ Bu ise akdin gereklerine aykırılık teşkil eden bir durumdur. Öyle anlaşılmaktadır ki, *akit konusu menfaati elde etme imkânına sahip olma durumunun* tespitinde yegâne ölçüt, *akit konusu menfaati gasp konusu menfaate dönüştüren bir durumun olmamasıdır*. Bu yönüyle, *akdin konusu-gasbın konusu ayrımı, bizzat menfaati elde etme (الإستيفاء)-menfaati elde etme imkânına sahip olma (التمكن من الإستيفاء)* ayrımı bakımından bir zemin teşkil etmektedir. Kısacası söz konusu koşulların varlığı halinde, malın tesliminin menfaati teslim yerine ikame edileceği ve dolayısıyla, her ne kadar somut olarak elde edilmemiş olsa da, akit konusu menfaatin açığa çıkmış olacağı kabul edilmektedir.

II. Akdin Konu Unsuru ile Akde Dönük Hukukî Düzenlemeler Arasındaki İlişki

Eseri Olan-Eseri Olmayan Akit Konusu Ayrımının İcâre Akdine İlişkin Hukukî Düzenlemeler Bakımından İşlevi

Hanefî hukuk düşüncesinde *akdin konu unsuru-İlgili hukukî düzenlemeler* ilişkisi bakımından icâre akdi, en genel şekliyle iki kısma ayrılarak ele alınmaktadır. Bu ayrım, modern hukuktaki *kira akdi-iş akdi* ayrımı türünden bir ayrımı temsil etmektedir. İlk türden olan icâre akdinde akdin konusu, menkûl/taşınabilir olsun veya olmasın, herhangi bir eşya ya da nesneden elde edilmesi öngörülen menfaattir.²⁹ Söz gelimi, belli bir süreliğine kiralanan ev ya da işyerinden elde edilecek menfaat; belli bir mesafeyi gitmek veya belli bir süreliğine kullanılmak üzere kiralanan ulaşım vasıtasından elde edilecek menfaat ya da günlük hayatta kullanılmak üzere belli bir süreliğine kiralanan herhangi bir eşyadan elde edilecek menfaat bu türden bir menfaattir.

İkinci türden olan icâre akdinde ise akdin konusu, belli bir eşya veya nesneden değil, doğrudan belli bir kişiden elde edilmesi öngörülen menfaattir.³⁰ Söz gelimi, kendisiyle nitelikleri belli bir yapı inşâ etmek üzere sözleşme yapılan kişinin menfaati ya da belli bir eşyayı bir yerden başka bir yere taşıyan kişinin menfaati bu türden bir menfaattir. Anlaşılacağı üzere ilk türden olan akitlerde, herhangi bir eşyadan elde edilmesi öngörülen menfaat; ikinci türden olan akitlerde ise bizatihi bir kişiden elde edilmesi öngörülen menfaat, akde konu teşkil etmektedir. İkinci türden olan menfaatler de, belli bir eşya/ayn üzerinde somut bir değişiklik meydana getirip getirmemesi bakımından iki kısma ayrılmaktadır. Hanefî literatürde, eşya/ayn üzerinde somut bir değişiklik

²⁸ İbn Mâze, VII, 401; Kâdizâde, IX, 72; et-Tûrî, VIII, 7; İbn Âbidîn, IX, 14.

²⁹ el-Kâsânî, VI, 41-42. es-Semerkindî'nin konusu bakımından icâre akdini, metinde bahsedilen tasnife tümüyle denk düşecek biçimde, "إجارة على الأعمال", "إجارة على المنافع" şeklindeki tasnifi için bkz. es-Semerkindî, I, 347.

³⁰ el-Kâsânî, VI, 42; es-Semerkindî, I, 352. Hanefî literatürde, teknik anlamda kullanıldığında, belli bir eşya veya nesneden değil, doğrudan belli bir kişiden (ecîr) elde edilmesi öngörülen menfaat, *amel* tabiriyle ifade edilmektedir. Bkz. es-Semerkindî, I, 347, 352.

meydana getiren türden amel, eseri olan amel; eşya/ayn üzerinde somut bir değişiklik meydana getirmeyen amel ise, eseri olmayan amel tabiriyle ifade edilmektedir.

Bahsi geçen tasnif biçiminin, hanefî hukuk düşüncesinde, birçok hukukî düzenleme bakımından oldukça işlevsel bir tasnif olduğu görülmektedir. Bu tasnifin işlevselliği, özellikle karşılıklı bedellerin söz konusu olduğu akitlere (muâvazalı akitlere) ilişkin düzenlemelerde ve menfaatin mahiyetine dönük teorik izahlarda açığa çıkmaktadır. Zira hanefî hukuk düşüncesinde karşılıklı bedellerin söz konusu olduğu akitlerde, *biçimsel eşitlik (musâvât)* prensibi, ilgili akdin meşruiyeti ve geçerliliği bakımından en işlevsel bir ölçüt niteliği taşımaktadır.³¹ Bu prensibin işlevselliği, muâvazalı bir akit olması sebebiyle, hemen tümüyle icâre akdi bakımından da söz konusudur. Bu bağlamda hanefî hukuk bilginleri, hangi tür menfaatlerin belli birimler halinde bölünüp parçalanabileceği (tecezzi); buna karşılık hangi tür menfaatlerin, belirtilen nitelikte olmayıp yalnızca bir bütün halde akde konu edilebileceği sorunu üzerinde, oldukça teknik sayılabilecek yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.³² Tekrar vurgulamamız gerekir ki; sözü edilen yaklaşımlar, hemen tümüyle musâvât (karşılıklı bedeller arasındaki biçimsel eşitlik) prensibiyle ilişkili olarak ortaya konmaktadır.

Niteliği bakımından belli bir menfaatin, birimler halinde bölünüp bölünemeyeceğine ilişkin tespit, ilgili menfaat üzerine kurulu akde dönük hemen tüm hukukî düzenlemeler bakımından belirleyici bir işleve sahiptir. Şöyle ki, menfaatin, birimler halinde bölünebiliyor olması, öncelikle, elde edilen birim/birimler oranında akdin konusunun (menfaatin) gerçekleşmiş olduğu anlamına gelmektedir. Diğer taraftan toplam menfaatin birimler halinde bölünüp parçalanabiliyor olması, toplam ücretin de bölünebileceği anlamına gelmektedir. Esasen karşılıklı bedeller arasında, asgari bir zorunluluk olarak aranan biçimsel eşitliğin de, böylelikle sağlanmış olduğu kabul edilmektedir.

Hanefî hukuk düşüncesinde, menkûl/taşınabilir olsun veya olmasın, herhangi bir eşya ya da nesneden elde edilmesi öngörülen toplam menfaat, belli birimlere bölünebilir nitelikte menfaattir. Bir ev veya işyerinin belli bir süreliğine kiralanması ya da bir ulaşım vasıtasının belli bir mesafeyi gitmek üzere kiralanması bu türden menfaatleri örneklemektedir. Dolayısıyla, menfaatin açığa çıktığı birim oranında, kiraya veren mal sahibi lehine ücret tahakkuk eder.³³ Çünkü birimlere ayrılabilir nitelikteki menfaatin belli oranda açığa çıkmış olması, birim ücrete karşılık gelen akit konusunun açığa çıkmış olması ve

³¹ el-Kâsânî, VI, 37; el-Merğînânî, IX, 68-69; İbn Mâze, VII, 399; el-Haddâd, I, 324; Kâdizâde, IX, 70; et-Tûrî, VIII, 7.

³² es-Serahsî, XV, 111; el-Kâsânî, VI, 42-43; İbn Mâze, VII, 399-400; Kâdizâde, IX, 73-75; et-Tûrî, VII, 512-513; İbn Âbidîn, IX, 19; el-Meydânî, II, 34.

³³ el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Muhtasarü İhtilâfi'l-Ulemâ'*, I-V, Dirâse ve Tahkik: Abdullâh Nezîr Ahmed, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1995, III, 90; es-Serahsî, XV, 111; İbn Mâze, VII, 522; İbn Âbidîn, IX, 19.

dolayısıyla, karşılıklı bedellerin *musâvât* koşulunu sağlayacak biçimde varlığı anlamına gelmektedir.³⁴ Bu, herhangi bir sebeple toplam menfaatin açığa çıkmadığı ve çıkma imkânının ortadan kalktığı durumlar bakımından da geçerlidir.³⁵ Söz gelimi, belli bir süre kullanılmak üzere kiralanan bir eşyanın, öngörülen toplam süre dolmadan ve dolayısıyla akitte öngörülen toplam menfaat elde edilmeden çalınması durumunda, menfaatin açığa çıktığı oranda eşya sahibi lehine ücret tahakkuk eder.

Eseri olan amel-eseri olmayan amel ayrımının icâre akdine ilişkin düzenlemeler bakımından işlevselliği farklı şekillerde açığa çıkmaktadır. Hangi durumlarda menfaatin teslim edilmiş kabul edileceği, hangi durumlarda akitte öngörülen ücretin tahsili için menfaatin hapsedilebileceği ve menfaati hapis hakkı ile tazmin yükümlülüğü arasında ne tür bir ilişki olduğu gibi sorunlar hemen tümüyle söz konusu ayrımla ilişkilendirilerek ele alınmaktadır. Bahse konu ayrımın, icâre akdi ile satım akdi arasındaki ilişkinin kavranmasına etkisi de, onun bir diğer işlevsel yanını temsil etmektedir. Bunların dışında eseri olan amel-eseri olmayan amel ayrımı ile birimlere ayrılabilir menfaat-birimlere ayrılamayan menfaat ayrımı arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu da aynı bağlamda ele alınmaktadır.

Eseri olan amelin/menfaatin, ücreti gerektirecek şekilde açığa çıkmış sayılabilmesi, menfaate bağlı eserin (menfaatin somut sonucunun), akitte belirtildiği şekliyle açığa çıkmış ve teslim edilmiş olmasına bağlıdır.³⁶ Çünkü eseri olan amel niteliğindeki menfaatin (ecîrin/kiralanan kişinin amelinin), belli birimler halinde bölünebilmesi söz konusu değildir.³⁷ Diğer taraftan belli bir ayn üzerinde somut bir değişiklik (eser) meydana getirmek amacıyla gerçekleştirilen iş akitlerinde, gerçekçe akdin konusu, işin/amelin kendisi değil, onun somut sonucudur (eser/aynda kâim vasıf).³⁸ Dolayısıyla eser niteliği taşıyan somut sonucun açığa çıkmamış olması durumunda, akitte öngörülen ücretin karşılığı olan akit konusunun gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmektedir. Akit konusunun gerçekleşmemiş olması durumunda ise, karşılıklı bedellerin biçimsel eşitliği anlamına gelen *musâvât* koşulu sağlanmamış olmaktadır. Bu tıpkı, belli bir aynın belli bir ücret karşılığı satım sözleşmesine konu edilmesi gibi bir durumdur.³⁹ Nasıl ki, satım akdinde satılan şeyin/aynının teslimi söz konusu olmadan ücretin tahakkuku söz konusu değilse, iş akdinde de eser niteliği taşıyan somut sonucun kiralayana teslim edilmeden ücretin tahakkuku söz konusu değildir. Anlaşılacağı üzere bu tür akitlerde, akdin konusu, gerçekte

³⁴ es-Serahsî, XV, 111; el-Merğînânî, IX, 74; İbn Mâze, VII, 399; İbn Âbidîn, IX, 19.

³⁵ Bahsi geçen durumların örnekleme hakkında bkz. İbn Mâze, VII, 522-523.

³⁶ el-Cassâs, III, 90; es-Serahsî, XV, 103-104; es-Semerkindî, I, 353; el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 75; İbn Mâze, VII, 522; Kâdîzâde, IX, 76-77; el-Haskefî, 571; et-Türî, VII, 512.

³⁷ el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 75; el-Haddâd, I, 325; et-Türî, VII, 512.

³⁸ es-Serahsî, XV, 106; el-Kâsânî, VI, 42; et-Türî, VII, 515; İbn Âbidîn, IX, 23.

³⁹ el-Kâsânî, VI, 42; İbn Mâze, VII, 403; Kâdîzâde, IX, 77; et-Türî, VII, 515; İbn Âbidîn, IX, 20.

işçinin ameli değil, onun amelinin ayn niteliğindeki eseridir. Bu sebeple, söz gelimi, akit konusu eser, henüz tümüyle ortaya çıkmadan veya tümüyle ortaya çıkmış olup kiralayana teslim edilmeden telef olsa, işçi/kiralanan lehine herhangi bir ücret söz konusu değildir.⁴⁰

Bir eşyayı taşımak üzere hamal kiralama örneğinde olduğu gibi, sonucu itibariyle eser niteliğinde somut bir sonucu olmayan işlerde ise, ücretin tahakkuku için, toplam işin bitirilmiş olması yeterli olup kiralayana teslimi şart değildir.⁴¹ Bu tür akitlerde, işin bitirilmiş olması, aynı zamanda teslim edilmiş olması anlamına gelmektedir. Çünkü bu tür akitlerde, akdin konusu, ayn niteliği taşıyan bir eser değil, doğrudan işçinin amelidir.⁴² Dolayısıyla işçinin, akitte öngörülen işi yapmış olması, ücretin tahakkuku için yeterlidir. Buna göre, bir eşyayı bir yerden bir başka yere taşınması için kiralanan işçinin, akitte öngörülen mesafe boyunca eşyayı taşımış olması durumunda, henüz teslim gerçekleşmeden mal telef olsa bile, ücret karşılığı olan akit konusu menfaat, tümüyle açığa çıkmış olmaktadır.⁴³ Bu ise, karşılıklı bedellerin var olduğu ve musâvât koşulunun sağlandığı anlamına gelmekte ve ücretin tahakkuku için yeterli görülmektedir. Bahse konu genel yaklaşımdan farklı olarak, kimi haneî kaynaklarda eseri olmayan amelin de, belli birimlere ayrılabilmesi ve dolayısıyla açığa çıktığı oranda (birimde) ücret tahakkuk edeceği şeklinde örnek çözümlenmelere yer verildiği görülmektedir.⁴⁴

Eseri olan amel-eseri olmayan amel ayrımının şekillendirici işlevlerinden bir diğeri de, yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, işçi bakımından hangi tür akitlerde ücretin tahsili amacıyla menfaati hapsedme hakkının olduğudur. Eseri olan belli bir ameli gerçekleştirme üzerine yapılan akitlerde, işçinin, eser şeklinde somut düzeyde açığa çıkan menfaatini, ücretin tahsili amacıyla hapsedme hakkı bulunmaktadır.⁴⁵ Bu tıpkı, satım akdinde satıcının,

⁴⁰ es-Semerkindî, I, 353; el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 77; İbn Mâze, VII, 405; el-Haddâd, I, 330; Kâdizâde, IX, 76-77; el-Haskefî, 571; İbn Âbidîn, IX, 19.

⁴¹ es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 43; el-Haskefî, 571; et-Türî, VII, 512. Bu nitelikteki bir iş bakımından ücretin tahakkuku için toplam işin bitirilmiş olması gerektiği hakkında ayrıca bkz. İbn Mâze, VII, 522.

⁴² es-Serahsî, XV, 106; es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 43; el-Merğînânî, IX, 78; et-Türî, VII, 515.

⁴³ es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 45; İbn Mâze, VII, 405; el-Haskefî, 571; et-Türî, VII, 512.

⁴⁴ Bu bağlamda örneğin es-Serahsî, eseri olan amel niteliği taşınmaması sebebiyle, hamalın taşıdığı yükün yolun belli bir kısmında çalınması durumunda gidilen mesafe oranında hamal lehine ücret tahakkuk edeceği fikrini benimsemektedir. Bkz. es-Serahsî, XVI, 24. Bölünebilir nitelikte olmayan menfaati, eseri olan menfaatle/amelle sınırlayan bir yaklaşım için ayrıca bkz. Kâdizâde, IX, 75.

⁴⁵ el-Cassâs, III, 92; el-Kudûrî, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Haneî, *Muhtasarü'l-Kudûrî fi'l-Fıkhü'l-Haneî*, Tahkîk ve Ta'lik: Kâmil Muhammed Uveyda, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, 104; es-Serahsî, XV, 106; el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 77; İbn Mâze, VII, 402; el-Bâbertî, IX, 76; Kâdizâde, IX, 76; et-Türî, VII, 515.

ücreti tahsil etmeden malı/aynı teslim etmeme hakkının bulunması gibidir. Çünkü eseri olan bir ameli gerçekleştirmek üzere yapılan icâre/iş akdinde eser, satım akdinde satıma konu olan ayn/eşya niteliğindedir.⁴⁶ Bununla birlikte ücreti tahsil amacıyla elinde tuttuğu eserin (eserin üzerinde gerçekleştirildiği aynın) telef olması durumunda, işçi lehine herhangi bir ücret tahakkuku da söz konusu değildir.⁴⁷ Eseri olmayan ameli konu edinen akitlerde ise, akde konu iş/amel açığa çıktıktan sonra işçinin, ücreti tahsil amacıyla aynı (örneğin taşıdığı malı) teslim etmeme hakkı bulunmamaktadır.⁴⁸ Çünkü söz konusu durumda akdin konusu, ayn niteliği taşıyan bir eseri açığa çıkarma değil, doğrudan işin/menfaatin kendisidir.⁴⁹ Eser/somut sonucu olmaması sebebiyle, bu tür bir menfaatin/amelin hapsi, niteliği gereği söz konusu değildir. Niteliği gereği diyoruz, çünkü hanefî yaklaşımda bir şeyin hapsi, o şeyin ancak ayn niteliği taşıması durumunda düşünülebilir.⁵⁰ Buna göre, bir ayn üzerinde eseri olmayan bir işi yapmak üzere kiralanan işçinin, söz konusu işi tamamladıktan sonra, ücreti tahsil amacıyla aynı teslim etmeyip elinde tutması ve bu esnada malın telef olması, kendisi bakımından tazmin yükümlülüğü doğurmaktadır.⁵¹ Çünkü kendisi bakımından bir hak olarak tanınmamış olmasına rağmen aynı elinde tutmakla, söz konusu aynı gasp eden konumuna düşmüştür.⁵²

Akdin Konusu-Gasbın Konusu Ayrımının İcâre Akdine İlişkin Hukukî Düzenlemeler Bakımından İşlevi

Hanefî hukuk düşüncesinde, kira bedeli olarak belirlenen ücretin tahakkuku ve tazmin yükümlülüğüne ilişkin hemen tüm hukukî düzenlemeler bakımından oldukça işlevsel olduğu anlaşılan bir diğer ayrım da, akdin konusu-gasbın konusu biçimindeki ayrımdır. Bu ayrım, çalışmanın geçen kısımlarında ifade edildiği üzere, *akit konusu menfaati somut olarak elde etme-akit konusu menfaati elde etme imkânına sahip olma* ayrımı bakımından da, aynı düzeyde işlevsel bir ölçüt niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle, akdin konusu olan menfaat-

⁴⁶ el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 77; İbn Mâze, VII, 403; el-Bâbertî, IX, 77; Kâdîzâde, IX, 76.

⁴⁷ el-Kâsânî, VI, 42; el-Merğînânî, IX, 77; İbn Mâze, VII, 403; el-Bâbertî, IX, 77; el-Haddâd, I, 330; Kâdîzâde, IX, 77; et-Tûrî, VII, 515. Eserin üzerinde gerçekleştiği aynın menfaatin tahsili amacıyla hapsi esnasında telef olması halinde, ecirin tazmin yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hakkında hanefî yaklaşımda farklı yaklaşımlar açığa çıkmıştır. Konumuzla doğrudan ilgili olmaması sebebiyle burada, tazmin yükümlülüğüne ilişkin söz konusu yaklaşım farklılıklarının detaylandırılması gerekli görülmemiştir.

⁴⁸ el-Cassâs, III, 92; el-Kudûrî, 104; es-Serahsî, XV, 106; es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 43; el-Merğînânî, IX, 78; el-Bâbertî, IX, 77; el-Haddâd, I, 330; et-Tûrî, VII, 515.

⁴⁹ es-Serahsî, XV, 106; es-Semerkindî, I, 354; el-Merğînânî, IX, 78; el-Bâbertî, IX, 77; el-Haddâd, I, 330; et-Tûrî, VII, 515.

⁵⁰ el-Merğînânî, IX, 78; el-Bâbertî, IX, 77; ; el-Haddâd, I, 330; et-Tûrî, VII, 515.

⁵¹ es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 43; et-Tûrî, VII, 515.

⁵² es-Semerkindî, I, 354; el-Kâsânî, VI, 43; ; el-Haddâd, I, 330; et-Tûrî, VII, 515.

gasbın konusu olan menfaat ayrımına bağlı hukukî düzenlemeler, aynı zamanda *menfaati elde etme-menfaati elde etme imkânına sahip olma* ayrımına bağlı düzenlemeleri de içermektedir. Bu sebeple elinizdeki bu çalışmada, her iki ayrıma bağlı hukukî düzenlemelerin, ayrı ayrı değil, ortak bir başlık altında bir bütün olarak ele alınmasının daha uygun olacağı düşünülmüştür. Bu arada, bahsi geçen her iki ayırım biçiminin ve dolayısıyla ilgili düzenlemelerin, iş akdi türünden değil, daha çok kira akdi türünden olan icâre akitleriyle ilişkili olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Hanefî düşüncede, bir menfaat aynı anda hem akdin hem gasbın konusu olma niteliği taşımamaktadır. Bu anlayış, hanefî teoride, sebep-hüküm ilişkisinin kavranış biçimiyle doğrudan ilişkilidir. Şöyle ki, belli bir menfaatin akdin konusu olarak görülebilmesi, o menfaatin kişi, mekân, zaman aralığı ve tür bakımından akitte öngörülmüş tüm şartlara riayet edilerek elde edilmiş olmasına bağlıdır. Bu türden bir menfaat, akitte belirlenen ücret bakımından bir sebep niteliği taşımaktadır. Buna karşılık akitte öngörülen koşulların dışına çıkılarak elde edilen menfaat ise, ücretin değil, aynen iade ya da tazmin yükümlülüğü bakımından bir sebep niteliği taşımaktadır. Esasen hanefî düşüncede, Mecelle'nin 86. Maddesi'nde ifade edildiği şekliyle, *ücret ve tazmin yükümlülüğünün bir arada bulunamayacağı* şeklindeki prensibin kabulü de, sebep-hüküm ilişkisinin kavranış biçiminin bir yansıması niteliğindedir.⁵³ Ancak kimi durumlarda, akitte öngörülen zaman aralığında hem akdin konusunun hem de tazmin yükümlülüğünün konusunun açığa çıkmış olması söz konusudur. Söz gelimi, belli bir süreliğine kiralanmış bir eşya, akitte belirlenen menfaat hukuka uygun bir biçimde elde edildikten ve süre dolduktan sonra teslim edilmez ve telef olursa, kiralayan açısından ücret ve tazmin yükümlülüğü bir arada söz konusu olur. Çünkü akitte öngörülen menfaatin hukuka uygun biçimde elde edilmesiyle ücretin sebebi; öngörülen sürenin dolmasından sonra teslim edilmeyen eşyanın telef olmasıyla da tazmin yükümlülüğünün sebebi açığa çıkmıştır.⁵⁴

Ücretin değil, aynen iade ve tazmin yükümlülüğünün açığa çıktığı tüm durumlarda, akit konusu menfaatin gasp konusu menfaate dönüşmesi söz konusudur. Gasp sebebiyle açığa çıkan yükümlülük ise, aynen iade veya malın değerini tazmindir.⁵⁵ Gasp konusuna dönüşen maldan elde edilen ve dolayısıyla *gasp konusu menfaat* olarak tabir edilen menfaatin ise tazmini söz konusu değildir.⁵⁶ Söz gelimi, menfaatten istifade üzere kiraladığı bir malı, akitte öngörülenin dışında hukuka aykırı biçimde kullanan ve dolayısıyla akitte öngörülenden farklı bir menfaat elde eden kişi, yukarıda bahsi geçen yaklaşıma

⁵³ bkz. Alî Haydar, I, 187-188 (86. Maddenin şerhi).

⁵⁴ el-Haskefi, 576. Aynı durumun farklı bir örnek üzerinden izahı hakkında bkz. es-Serahsî, XV, 151; et-Türî, VII, 524.

⁵⁵ es-Serahsî, XI, 49; XI, 51; el-Kâsânî, X, 24-25; el-Merğînânî, IX, 327; İbn Mâze, V, 466; et-Türî, VIII, 198; İbn Âbidîn, IX, 46; el-Meydânî, II, 105.

⁵⁶ Kâdzîade, IX, 362-363; İbn Âbidîn, IX, 47; el-Meydânî, II, 110.

göre, malı ya aynen iade ya da tazmin etmekle yükümlü olur. Elde ettiği menfaat için ayrıca ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü hanefî düşüncede menfaat, ancak hukuken geçerli bir akdin (icâre) varlığına ve aynı zamanda akitte öngörülen tüm koşullara riayet edilerek elde edilmesi durumunda bir *ıvaz/bedel/mali değere sahip şey* niteliği kazanabilir. Ancak hanefîler, bu genel prensibin bir istisnası olarak (istihsân), gasp konusu malın, yetim malı, vakıf malı ve sırf kiraya verme amacıyla edinilmiş bir mal olması (muaddun li'l-istiğlâl) durumunda, söz konusu maldan elde edilen menfaatin ücrete konu olacağı ve dolayısıyla gasp eden kişi bakımından tazmin yükümlülüğü doğuracağı fikrini benimsemişlerdir.⁵⁷ Akit konusu menfaatten gasp konusu menfaate dönüşen türden bir menfaatin, sözü edilen kimi durumlar bakımından bir hukukî değer olarak görülse de, genel prensip düzeyinde hukukî bir değer olarak görülmemesi, karakteristik yapısı bakımından hanefî düşüncenin, kıyas (genel prensip) eğilimli bir düşünce yapısını temsil ettiği yönünde bir değerlendirme yapmamıza imkân vermektedir.

Sonuç ve Değerlendirme

İcâre akdinin konusunu temsil eden menfaat, hanefî hukuk düşüncesinde, *eşya ya da nesneden elde edilen menfaat ve insandan elde edilen menfaat* biçiminde temelde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Teknik anlamda kullanıldığında ikinci türden olan menfaat, daha çok *amel* tabiriyle ifade edilmektedir. Mahiyeti bakımından incelendiğinde eşya ya da nesneden elde edilen menfaat, belli birimler halinde bölünüp parçalanabilen ve dolayısıyla belli birimler halinde akde konu olabilen nitelikte bir menfaattir. Bir menfaatin belli birimler halinde bölünebiliyor olması, ilgili akitte toplam menfaat karşılığı öngörülen toplam ücretin de belli birimler halinde bölünebiliyor olması ve dolayısıyla menfaatin açığa çıktığı oranda kiraya veren lehine ücret tahakkuk edeceği anlamına gelmektedir. Diğer taraftan bu tür menfaatler bakımından ücretin söz konusu olabilmesi için, akit konusu menfaati gasp konusu menfaate dönüştüren herhangi bir durumun açığa çıkmamış olması da asgari bir ölçüttür. Aksi durumda menfaat tümüyle açığa çıkmış olsa bile, kiraya veren bakımından herhangi bir ücret tahakkuku söz konusu değildir. Esasen Mecelle'de ifade edildiği şekliyle *ücret ve damân/tazmin yükümlülüğü bir arada bulunmaz* ilkesiyle belirtilmek istenen de bu husustur. Bu arada, akit konusu menfaat-gasp konusu menfaat ayrımı esas alındığında, icâre akdinde önemli bir yeri olan temekkün kavramının doğru şekilde anlaşılabilmesi de, hemen tümüyle icâre akdi ile gasp arasındaki ilişkinin kavranmış olmasına bağlıdır.

Amel türünden olan menfaatler ise, kendi içinde *eseri olan amel* ve *eseri olmayan amel* biçiminde iki kısma ayrılmaktadır. İster eseri olsun ister olmasın, bu tür menfaatler belli birimler halinde bölünebilir nitelikte değildir. Bu sebeple bu türden bir menfaatin ancak tümüyle açığa çıkması durumunda akdin konusu

⁵⁷ Kâdizâde, IX, 363; et-Tûrî, VIII, 222; İbn Âbidîn, IX, 56; el-Meydâni, II, 110; Alî Haydar, I, 701 (426. Maddenin şerhi).

gerçekleşmiş olur. Buna göre toplam menfaat açığa çıkmadan, işçi lehine herhangi bir ücret tahakkuku söz konusu değildir. Şu kadar var ki, ücretin tahakkuku için, eseri olan amel niteliğindeki menfaatin tümüyle açığa çıkmış ve kiralayana teslim edilmiş olması gerekmektedir. Buna karşılık eseri olmayan amel niteliğindeki menfaatte ise, ücretin tahakkuku için, toplam menfaatin açığa çıkmış olması yeterli olup ayrıca kiralayana teslim edilmiş olması koşulu aranmamaktadır. Eseri olan amel-eseri olmayan amel ayrımının şekillendirici işlevlerinden bir diğeri de, hangi tür menfaatlerin ücretin tahsil için hapsedilebileceği konusunda açığa çıkmaktadır. Bu ayrıma göre, eseri olan amel niteliğindeki menfaatin (eserin) ücreti tahsil amacıyla hapsedilebiliyor olmasına karşılık, eseri olmayan amel niteliğindeki menfaat bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü ikinci türden olan menfaat, eseri olmaması sebebiyle, hapsedilebilir nitelikte bir menfaat değildir.

Menfaatlerin tasnif edilmiş biçimi ile icare akdine dönük düzenlemeler arasındaki ilişki esas alındığında *hanefî hukuk düşüncesinde, oldukça biçimsel sayılabilecek düzeyde somut-soyut ayrımının yapıldığı, teori-pratik uyumu bakımından tutarlılık kaygısının ön plana çıkartıldığı ve biçimsel eşitlik prensibine düzenleyici bir ilke olarak başvurulduğu* şeklinde bir çıkarım yapma imkânı bulunmaktadır.

Kaynakça

Alî Haydar, Hoca Emîn Efendizâde (ö. 1334/1915), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, I-IV, Matbaa-i Ebu'z-Ziyâ, İstanbul 1330/1914.

el-Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (ö. 786/1384), **el-Inâye Şerhu'l-Hidâye** (İbnu'l-Humâm'ın Fethu'l-Kadîr'i ile birlikte), I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.

el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/981), **Muhtasaru İhtilâfi'l-Ulemâ'**, I-V, Dirâse ve Tahkîk: Abdullâh Nezîr Ahmed, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1995.

el-Haddâd, Ebû Bekr Alî b. Muhammed (ö. 800/1398), **el-Cevheratü'n-Neyyira**, I-II, Pakistan ty.

el-Haskefî, Muhammed b. Alî b. Abdirrahmân b. Muhammed (ö. 1088/1677), **ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr**, Thk. Abdulmun'im Halîl İbrâhîm, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz (ö. 1252/1836), **Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr**, I-XIII, Dirâse, Ta'lik ve Tahkîk: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvid, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003.

İbn Mâze, Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî (ö. 616/1219), **el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-Fıkhî'n-Nu'mânî**, I-IX, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004.

Kâdîzâde, Şemsüddîn Ahmed b. Mahmûd el-Edirnevî (ö. 988/1580), **Netâicu'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr/Tekmiletu Fethi'l-Kâdîr**

(Fethu'l-Kâdir'in devamında 8, 9 ve 10. ciltler), Ta'lik ve Tahrîc: Abdurrezzâk Gâlib el-Mehdî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003.

el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), **Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'**, I-X, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2010.

el-Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Hanefî (ö. 428/1037), **Muhtasaru'l-Kudûrî fî'l-Fıkhı'l-Hanefî**, Tahkik ve Ta'lik: Kâmil Muhammed Uveyda, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997.

el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (ö. 593/1197), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî** (Fethu'l-Kadîr içinde), I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.

es-Semerkindî, Alâuddîn (ö.539/1144), **Tuhfetu'l-Fukahâ**, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1984.

es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, (ö. 483/1090), **Kitâbu'l-Mebsût (el-Mebsût)**, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty.

et-Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Alî el-Kâdirî el-Hanefî (ö. 1138/1725), **Tekmiletu'l-Bahrı'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik** (*el-Bahrü'r-Râik*'in sonunda 7. 8. ve 9. ciltler), Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997.