

## HUSUSİ AKİT TIPLERİ ETRAFINDA İNCELEMELER

Yazan: *Ord. Profesör Esat ARSEBÜK*

Hususî akitlerden menfaatlerin temlikine dair olan kira ve hasılât kirası etrafındaki tetkiklerimi bundan evvelki dergide neşretmiştim. Şimdi yine bu konu ile ilgili iki hususî akit tipi üzerinde duracağım: Ariyet ve Karz.

### ARİYET

137 — Eski hukukumuzda (Ariyet) çok daha geniş bir mânayı ifade eden (Emanet) bahsi arasında yer alır. Emanet, emin ittihaz olunan kimse nezdinde bulunan şeydir (Mecelle: 762). Bu itibarla bir çok akitler neticesinde taraflardan birinin emin durumuna düşmesi mümkün olduğu gibi hiç bir akit olmaksızın bir malın emanet olarak diğer biri yanında bulunmasına da imkân vardır. Kira, ariyet, şirket, vekâlet, vedia gibi akitler evvelkisine; lukata (M. K. 693), düşen şeylerin alınması (M. K. 676), enkaz (M.K. 698) ikincisine misal teşkil eder. Şuhalde emanet müstakil bir akit değil, belki bazı akitlerin veya bazı hadiselerin bir şahsa izafe ettiği bir sıfattır. Netekim M. K. muz 901 inci maddesinde bütün bu ihtimalleri kavrayan bir tabir kullanmıştır. Mecelle tanzim edilirken bazı meselelerin emanet olma bakımından aynı mahiyet arzetameleri ve bunların tatbikatta mahdut münhasır bulunmaları Ariyet ve Vedia bahislerinin bir arada zikredilmelerini icap ettirmiş (14) ve böylece menfaatlerin ıvazsız temlikini tazammun eden ariyet akti ile bir hizmet mahiyetinde olan vedia akti, emanet bahsi arasında yer almıştır.

138 — Eski hukukumuz, menfaati bedelsiz temlik olunan mala ariyet ve mübtear der (Mecelle: 765). Ve intifaa sâlih olan şey ancak ariyet konusu olabilir (Mecelle: 808). Mecelleye göre ariyet aktinin hususiyetleri şunlardır.:

a ) Ariyet bir akittir. Binaenaleyh icap ve kabul ile münakıt ve kabz ile tamam olur. Kabızdan önce ariyet hüküm ifade etmez (Mecelle: 810).

b ) Bundan başka ariyet lüzum ifade eden bir akit değildir ve taraflardan her birinin dilediği vakit akti feshe selâhiyeti vardır. Çünkü

ariyette temlik olunan menfattir. Menfaat ise zamanla hadis olur. Şu halde ariyeten cayma, henüz tahakkuk etmiyen menfaatlerin temlikinden imtina demek olacağına göre ariyet veren kimsenin -ki buna muîr derler - buna salâhiyeti vardır.

139 — Fransız hukukunda ariyet Roma hukukundakinin aynıdır. Filhakîka ariyet bir akittir ki bununla taraflardan biri (muîr) diğer tarafa (müstaîr) kullanmak ve kararlaştırılan müddetin hitamında iade etmek üzere bir mal teslim eder. Görülüyor ki bu akit a) yalnız bir tarafa vecibe tahmil eder; çünkü iade borcu müstaîrindir, b) aynıdır; çünkü aktin tekemmülü müstearın teslimine bağlıdır. Şu halde Roma hukuku İslâm hukukundan bir noktada ayrılıyor ki o da ariyet aktinin lâ-lâzım olmasıdır. Teslim borcu bakımından her iki hukuk arasında bir fark görülmez. Gerek Roma, gerek İslâm hukukunda akit aynıdır.

140 — İsviçre B. K. nun esaslarını takip eden T. B. K. bu prensipleri değiştirmiş ve ariyeti rizaî olan ve her iki tarafa da mükellefiyet tahmil eyleyen bir akit haline sokmuştur (B. K. 299, 306).

141 — B. K. muz ariyeti iki bölümde tetkik eder. Filhakîka ariyet olarak verilen mal müstaîre:

A) Ya o malı kullanma salâhiyetini verir. Buna (ariyet - prêt à usage) deriz. Ariyet alan kimse burada bir malı aktin icapları dairesinde muayyen bir müddetle kullanacak ve müddetin hitamında onu aynen malikine iade edecektir. Mademki iade borcu ariyet alınan malın aynına taallûk ediyor; o halde kullanmanın bir değişiklik husule getiremeyeceği mallar bu aktin mevzuunu teşkil edebilirler.

B) Yahut ariyet alınan mal yerine aynı cins ve neviden başka bir mal iade etmek salâhiyetini verir. Buna (karz - prêt à consommation) deriz. Burada ariyet alan kimse müteârın milkiyetine sahip olacak ve onu istihlâk edebilecektir. Yapılan aktin bu iki neviden hangisi olduğu tarafların iradesinden anlaşılır. Eğer taraflar iradelerini sarîh bir şekilde açıklamamışlarsa ariyet verilen malın nevi iradelerin tefsirinde bir âmîl olur (15).

(15) Hristiyan din hukukunda olduğu gibi İslâm hukukçuları da ariyetin üçüncü bir nevi olabileceği ihtimali üzerinde durmamışlardır. Çünkü ariyet olarak alınan bir malın istihsale sarfedilmesine de imkân vardır. Şu halde istihsalden elde edilecek fazlalıktan ariyet alan faydalanacak ve bu kazancından bir kısmını ariyet malikine verecektir. Bilhassa bir taraftan sermaye, diğer taraftan sa'y ve amel olmak üzere şirket kurulabileceğini nazara alan ve buna (MUDAREBE) adını vererek sermaye sahibinin elde edilen kazançtan hisse almağa hakkı bulunduğunu kabul eden Mecelle nazımı merhum Cevdet Paşa gibi bir zatın karz akdini istihlâk için

142. — Kaideten ariyet aktinin mevzuu misli olmayan şeylerdir. Misli olan ve bilhassa istimali istihlak suretiyle vukubulan şeyler karz mahiyetini arzeder. Fakat tarafların durumu ve halin icapları aktin mahiyetini tayin eden bu karineyi hükümsüz bırakabilir. Çünkü sadece nevi-leri itibariyle nazara alınan ve bu itibarla istimleri istihlak suretiyle vukubulmayan malların da bazan karz sayılmasına imkân vardır. Mesele kitapçınızdan bir kitap istediniz. Kendisinde bu kitap filhal yoktur; civar dükkândan alarak size teslim etti. Eğer siz kitabı satın alırsanız iki kitapçı arasında yapılan bu muamele ariyet değil karzdır. Çünkü taraflar bu muameleyi yaparken yerine aynı kitabın bir başka nüshasını yani mislini iade etmeyi kararlaştırmışlar demektir. Şuhalde ariyet alan kimsenin aldığı bu malı bir başkasına deverelebilmek selâhiyetinin kabul edilmesi lâzımgelen yerlerde muamelenin karz olduğuna hükmederiz. Diğer taraftan istihlak olunmaksızın kullanılmaları mümkün olmayan malların ariyet olarak verilmeleri de mümkündür: düğünlerde takılmak için alınan zinet altınları, rehnedilmek için tesellüm edilen esham ve tahvilât, teşhir için alınan meyvalar, bilir kişilere tetkik ve muayene ettirmek için verilen para ve diğer misli şeyler gibi. Şu ciheti de ilâve etmeliyim ki umulmamazlıktan dolayı mala arız olacak hasar ariyette malike karzda ise ödünç alana aittir.

143. — Şimdi ariyete dair olan B. K. muzun hükümlerine geçebiliriz. B. K. nun 299 uncu maddesi ariyeti tarif eder: “Ariyet bir akittir ki onunla ariyet veren, bir şeyin bedava kullanılmasını ariyet alana bırakmak ve ariyet alan dahi o şeyi kullandıktan sonra geri vermekle mükellef olur”. Görülüyor ki aktin meydana getirdiği esas vecibe ariyet olan şeyin müstâire tesliminden ibarettir. Fakat teslim aktin icra safhasına taalluk eden bir muamele olup aktin unsuru değildir. Ariyet olarak verilen malın misli, kiyemî, menkul veya gayri menkul olmasına imkân vardır. Muîrin ariyet olarak verdiği şeye malik olması lâzımgelmez; yalnız ariyetin müstâir yani ariyet alan menfaatine verilmiş bulunması; şarttır. Aksi takdirde yani ariyet alan menfaatine verilmiş olursa o zaman yerine göre ya vekâlet veya iş akti karşısındayız demektir; yazma bir eserin istinsah edilmesinde veya bior atın binek yahut araba için alıştırılmasında olduğu gibi. Müstearın hangi maksat için kullanılacağını mukavele tayin eder. Eğer mukavelede bir sarahat yoksa müstearın nevi

---

verilen ariyetlere hasr etmemesi lâzımgelirdi. Çünkü bu takdirde (Kitabülkarz) unvanı tahtında tanzim olunacak maddeler arasında B. K. nun 307 nci maddesinin ikinci fıkrasına muadil bir hükmün Mecelede yer almasına dinî hukukumuz bakımından hiçbir engel olamazdı.

ve mahiyeti ile tahsis edildiği cihet ve bilhassa bu husus etrafında ca-rî olan kanaat, ariyet alınan malın kullanma tarzını gösteren bir amildir. Meselâ evinizin bir odasını dostlarınızdan birine irae edebilirsiniz; odayı sizin izniniz olmadıkça başka birine devredemez. Fakat haddinden fazla müşteri gelen otelciye böyle bir irae de bulunursanız otelci bu odaya müşterisini koyabilir. Mahkemeler bu gibi hallerde geniş bir takdir hakkına maliktirler.

144 — Bilindiği üzere kira aktinde mucir, kiraladığı şeyi akitten kastedilen istimal tarzına salih bir halde teslim etmek ve kira müddeti devamınca mecuru o halde bulundurmakla mükelleftir (B. K. 249, f: 1) (16). Ariyeti kiradan ayıran tek farklı nokta ücretin bulunmamasından ibaret olduğuna göre acaba bu mükellefiyet ariyet verene de tahmil edilmelidir? Bu soruya müsbet cevap veren hukukçular da vardır. Nazarî bakımdan belki de müdafaa edilebilen bu fikrin amelî bakımdan bir faydası olabileceğini zan etmiyorum. Çünkü borcunu yerine getirmiyen mucire karşı kiracının akti feshetmek veya kiradan münasip bir miktarının tenzilini istemek gibi haiz olduğu haklar ariyette bir kıymet ifade etmez. Fakat buna mukabil ariyet verme taahhüdünün hiç yerine getirilmemesinden veya müstearın kastedilen istimal tarzına salih bulunmamasından dolayı noksan olarak ifa edilmesinden ariyet alanın bir zarara uğraması mümkündür. Bu takdirde müstaîr B. K. nun 96 ve müteakip ve bilhassa 98 inci maddesinden faydalanabilir. Demekki ariyet aktinde mesuliyet esasını umumî kaidelere istinat ettirmek daha doğru olacaktır. Esasen B. K. nunda (ariyet verenin borçları)ndan bahsedilmiş bulunması keyfiyetini de işbu aktin umumî hükümler dışında istinaî bir hükme tabi tutulamıyacağı tarzında izahını icabettirir.

145 — Ariyet alanın borçları. Esas itibariyle ariyet emniyet ve itimada dayanan bir muamele olduğu cihetle müstaîr kendisine emanet edilen malı iyi şekilde muhafazaya mecburdur. Şuhalde müteâr olarak alınan malın hasara uğramaması için lâzımgelen bütün tedbirleri almak zorundadır. Bu ihtimam ve dikkate rağmen mal telef olursa müstâire zaman lâzımgelmez. Çünkü ariyet kullanmak için alınmış bir maldır. Şuhalde istimale cevaz var demektir. Kanunun verdiği cevaz ise zamana münafidir (Mecelle: 91). Ancak hukukta bu kaide diğer bir kaide ile takvit edilir ki o da şudur: İztırar gayrin hakkını iptal etmez (Mecelle: 33; M. K. 677). Vakaa diyebilirsiniz ki zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar. Binaenaleyh ıztırar halinde neden zaman lâzımgelmiyor? Bu itirazı şöy-

le cevaplandırmak mümkündür. Ariyette tazmin borcunun bulunmamasına sebep hem malikin izni, hem de aktin hukukan himaye edilmesi yani kanun vazininin bu akti muteber saymasıdır. İztırar hali ise malikin izninden değil; belki kanunun müsaadesinden doğar. Kanunun izni yalnız o izinden faydalananların sorumlu tutulmalarına mani olur; mutazarrır olanların mameleklerinde husule gelen eksikliğin tazmini bu izinle sakıt olmaz.

146 — Aktin esas cevherinden çıkan bu mükellefiyeti kanun menfi şekilde ifade ediyor: “Ariyet alan, ariyet şeyi ancak akitte tayin edilen ve akitte bir şey tayin edilmemiş ise o şeyin mahiyetinden veya tahsis olunduğu maksattan anlaşılın şekilde kullanabilir; B. K. 300. f. 1” Biraz önce de işaret ettiğimiz gibi istimalin şumulünü mukavele tayin eder. Tereddüt halinde bu şumulün tahdidî olarak tefsir olunması yani ariyet verenin menfaatlerini gözönünde bulundurarak ona göre sınırlanlandırılması lâzımdır. Çünkü akit ariyet verene bir fayda sağlamaz. İstimal hakkında hiç bir şey denilmemiş olsa bile ariyeti alan kimse o şeyi tahsis olunduğu maksattan anlaşılın şekilde kullanması icabeder. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “Ariyet alan, ariyeti başkasına kullandıramaz” deniliyor. Ariyetin başkası tarafından kullanılabilmesi muîrin sarahaten izin vermesine bağlıdır. Bu fıkranın hükmü de tefsir yolu ile genişletilemez.

147 — İsviçre B. K. nuna nazaran maddeye şu fıkra ilâve edilmeli idi: “Bu kaidelere muhalefet eden müstaîr, umulmamazlıktan husule gelen zarardan dahi mesuldür; meğerki bu kaidelere riayet etmiş olsaydı bile zararın o şeye isabet eyliyeceğini isbat eylesin”. Ariyet alan kimse- nin muhalefeti kendisini temerrüt haline sokar ve bu yüzden B. K. nun 102 nci maddesi mucibince mesul tutulur. Şuhalde zararın bir kusurdan ileri gelmesi icabetmez. Ancak 102 nci maddenin son fıkrasındaki kurtuluş beyyinesi burada da getirilebilir. Meselâ ariyet alınan bir sürahinin çiçek vazosu olarak kullanıldığını farzediniz. Burada bir muhalefet vardır. Eğer sürahi çiçek dallarının sebebiyet verdiği muvazenesizlik yüzünden veya açık bırakılan bir pencereden gelen rüzgâr tesiriyle devrilir ve kırılırsa ariyet alana tazminat lâzımgelir. Fakat hasar yemek yendiği sırada tavanda asılı avizenin yemek masası üzerine düşmesi neticesinde meydana gelmiş ise burada müstaîr mesul olamaz; çünkü tahsis edildiği gayede kullanılmış olsaydı dahi kazanın ariyet alınan şeye isabet edeceği aşikâr idi.

148 — Yukardaki kaidelere muhalefet mal sahibine fesih hakkını da verir. Filhakıka B. K. nun 303’üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince

“Ariyet şey, alan tarafından mukavele hilâfına kullanıldığı yahut bozulduğu yahut kullanmak için diğer bir şahsa verildiği yahut evvel bilinemiyen bir halden dolayı ariyeti veren ona acele muhtaç bulunduğu takdirde, daha evvel geri istenebilir”. Ariyetin ivazsız bir akit olması bu gibi hallerde muîre bir ihbarda bulunmak veya bir zararın vukunu isbat etmek mecburiyeti tahmil edilmeksizin akti feshedebilme selâhiyeti tanınmıştır; ve fesih tazminatı vermesi de icabetmez.

149 — “Ariyet alan, ariyet şeyin adı muhafaza masraflarını ve hususiyle ariyet hayvanın yiyecek masraflarını tahammül eder, B.K. 301, f: 1). Şu halde bir hayvan ariyet alınmış ise onun nafakası ve bakım masrafları müstaîre aittir. Netekim Mecelleye göre de böyledir: “Mütearın nafakası mütaîr üzerindedir, madde: 815. Çünkü nimeti de müstaîre attir ve nimet külfete külfet nimete göredir, Mecelle: 88. Fakat buna mukabil olağandışı bakım masraflarının mal sahibince ödenmesi lâzımgelir (B. K. 273). Kezalik hilâfına bir mukavele olmadıkça ariyet verilen şeyin mükellefiyet ve vergileri de muîre aittir. Plaka ücreti, radyo vergisi gibi.

150 — “Ariyet verenin menfaatine yapmaya mecbur olduğu olağandışı masraflar için ariyet alan, ondan tazminat istiyebilir, B. K. 301, f:2”. Burada B. K. nun 410 uncu maddesinin bir tatbikını görüyoruz. Eğer bu masraflar adı bakım masrafları arasında yer alabiliyorsa bundan dolayı müstaîrin bir şey talebine hakkı olamaz. Fakat mal sahibi tarafından yapılması icabeden masraflarsa bunlar ariyet verenden alınır. Faydalı masraflara gelince bu hususta B. K. nun 64 üncü maddesindeki esaslar tatbik olunur.

151 — Bir mal birden ziyade kimseler tarafından ariyet alınabilir. Bu takdirde kanunumuz ariyet alanlar arasında bir teselsül bulunduğunu kabul eder (B. K. 302). Aynı kanunun 141 ve müteakip maddelerine bakınız.

152 — Ariyet aktinin sona ermesi. Burada esas kaidemiz şu olabilir. Akit tayin olunan müddetin geçmesiyle sona erer. Fakat aktin muteber olması müddetin tayin edilmesine bağlı değildir; müddet tayin olunmaksızın da ariyet verilebilir. Bu takdirde ariyet alınan şeyin hangi maksat için kullanılacağına mukavelede tasrih edilip edilmediğine bakılır. Evvelki surette maksadın hasıl olması veya hüsulüne imkan verecek bir müddetin geçmesi akti nihayete erdirir (B.K. 303, f:1). İkinci surette yani ariyet alınan şeyin hangi maksat için kullanılacağı tasrih edilmemiş ise muîrin istirdat hakkındaki talebinin müstaîre vusul bul-

masiyle akit sona erer (B.K. 304). Bu son ihtimalde muîrin alacağı muacceldir. Şu halde zamanasını aktin vukuu anından itibaren hesaplanır (B.K. 128, f: 2). Bundan başka B. K. nun 300 üncü maddesinin ve 1 ve 2 nci fıkralarına muhalefet vukuunda muîr akti feshedebileceği gibi anî bir ihtiyaç karşısında dahi fesih hakkını kullanabilir (B. K. 303, f: 2).

153 — Eski hukukumuzda ariyetten rücu bir hadisede imkân verilmezdi: Gerek muvakkat, gerek gayri muvakkat olarak ekin ekmek için ariyet verilen araziye muîr hasat vaktinden evvel rücu edip te müstairden istirdat edemez (Mecelle: 833). Vakaa Mecelleye göre ariyet tarafları ilzam eden bir akit değildir. Bu itibarla ariyet verenin daima rücu hakkı vardır. Fakat burada arazinin istirdadı ariyet alana zarar verir. Halbuki “zarar ve mukabele bizzarar yoktur” kaidesi eski hukukumuzun bir çok hadiselerde tatbîk ettiği bir esastır. İşte bundan dolayıdır ki Mecelle arazinin istirdat edilemeyeceğini tesbit ile iktifa etmiş ve ariyetten rücu olunamayacağına dair hüküm sevk etmemiştir. Şu halde ariyet veren akitten rücu ederse ariyet kiraya inkilâp eder ve hasat vaktine kadar o arazi icar edilmiş sayılır (Ali Haydar, Mecelle şerhi, C: 2, S: 605).

154 — B. K. nun 305 inci maddesine göre “Ariyet akti, ariyet alanın ölmesiyle nihayet bulur”. Mirasçılar ariyet alınan şeyi derhal geri vermekle mükellefdirler. Çünkü işbu akte hakim olan esas ariyet alan kimse nin şahsına karşı gösterilen emniyet ve itimat idi. Demekki muîr ölümünden haberdar olmasa dahi akit kendiliğinden sona erer. Ariyet verenin malûmatı ile muahalefeti olmaksızın mirasçılar tarafından müsteârın istimaline devam vakıası zimnen yeni bir aktin meydana geldiği manasını tazammun eder. Fakat bunun için mirasçılarca müsteârın müteveffaya ait olmadığını bilmeleri lâzımdır. Hükmi bir şahsın infisahı ölüm gibidir. Bahsi tamamlamak için şunu da ilâve etmeliyimki ariyet alan kimse o şeyi her zaman geri verebilir; çünkü herkesin kendine ait olan bir haktan vazgeçmesi mümkündür (B. K. 80, f: 1). İadenin münasip yapılması lâzımdır.

### KARZ

155 — Eski hukuk. Mecele ne ariyet bahsinde, ne de müstakil olarak bu konuya temas etmez. Esasen Mecelleye göre müstearın tayin edilmesi (madde: 811) ve intifaa salih olması (madde: 808) lâzımdır. Şu halde intifaa salih olan şeyler ancak ariyet akdinin mevzuunu teşkil edebilirler. Demekki istihlâk edilmeksizin intifaa imkân bulunmayan altın, gümüş, arpa, buğday gibi şeylerde kaideten ariyet caiz olmaz. Kaideten diyoruz, çünkü bu gibi misliyatın ayları bâki kalmak üzere isti-

mal için bir menfaat beyan edilirse aktin ariyet olacağında şüphe yoktur. Meselâ kendi altınını ayar etmek altın veya dükamın tezyini için alınan mislî bir mal ariyettir. Çünkü bu misallerde ayın bakîdir ve temlik edilen yalnız menfaatten ibarettir. Misli olan şeylerde ariyetin caiz olmaması şu sebepten ileri gelir: Ariyet intifaa izni tazammun eden bir akittir. İntifa ise ayın bakası ile mümkün olan bir haldir. Ayın istihlâkini tazammun eden bir izin ancak malın temlikine masruf olabilir, çünkü istihlâk mülkiyet hakkının vücudunu icabettrir. Şu halde karz, menfaatlerin temliki mefhumu içine ithal edilemez; mülkiyet hakkının temliki olur. Bir hakkın temliki ise ya ivazlı veya ivazsızdır. Satım, trampa evvelkisine; hibe, sadaka, hediye ikincisine misaldir. İnsan hatırı için verilen şeye hibe, Tanrı rızası için verilen şeye sadaka, ikram olarak verilen şeye hediye derler (Mecelle 814). Vakıa mislen iade olunmak üzere bir malın temliki de caizdir. Böyle bir akte karz deriz. Fakat karzda ivaz alınmaz. Çünkü aktin teberruî bir mahiyeti vardır.

156 — Şimdi bu söylediklerimizi İslâm hukukunun kaynaklarıyla karşılaştıralım. Bilindiği üzere bu kaynaklar dörttür: Kitap, sünnet, icmaı ümmet, kıyas. Kitaptan (Kur'an) kasdolunur. Din kitabımızda (Tanrı satımı helâl ve ribayı haram kıldı) deniliyor. Bu âyet satım ile ribanın yekdiğerine benzemediğini ve çünkü satım helâl olduğu halde ribanın menedildiğini gösterir. Riba usulü fıkıh ıstılahında mücmel tâbiriyle vasıflandırılan terimlerden biridir ki mânası izaha muhtaç demektir. Salât, zekât gibi kelimeler de böyledir. Filhakika riba fazlalık, zekât temizlik, salât ibadet mânalarını ifade eder. Diğerlerinden sarfı-nazar ederek mevzuumuzu pek yakından ilgilendiren riba terimi üzerinde duralım. Eğer sadece lûgat mânasını nazara alırsak satan kimseye meşru bir kazanç temin eden satım aktinin de haram olması lâzımgelir. Halbuki Kur'anda bunun hilâfı sarahaten açıklanmıştır. Demek ki riba kelimesinden kasdolunan fazlalık satım aktinin dışında kalan akitlerde bahis konusu olabilir. O halde ribanın hakikî mânasını anlamak için dinî hükümlerimiz arasında bu mevzuu izah eden bir kaynak aramaklığımız lâzımdır. Bunun izahını şu hadiste buluyoruz: (Altın, gümüş, arpa, buğday, hurma, tuz mübadelesinde fazlalık ribadır). Binaenaleyh haramdır. Burada mahiyetleri itibariyle misli olan şeylerden altısı zikrediliyor. Acaba bunların dışında kalan pirinç, darı, bulgur, demir tahta gibi şeylerin mübadelesinde riba bahis konusu olamaz mı? Bu soruyu cevaplandırabilmek için Arapçanın dil kaidelerine göre hadisin ifade ettiği mânayı tesbit etmeğliğimiz lâzımgelir. Hadiste deniliyor ki, buğdayı, buğday ile satmayınız, eğer satarsanız misli misline



satınız; aksi takdirde fazlası ribadır. Demek oluyor ki riba karz aktinde ivaza zammolunan fazlalığı ifade eder. Şuhalde ribanın illeti mukadderattan olan yani çarşı ve pazarda ölçü, tartı veya sayı ile satılan şeylerin (Mecelle: 132) cinsi cinsine ve mütefazılan yani alınan miktardan fazla iade şartıyla mübadele edilmesinden ibarettir. Bu esastan hareket eden İmamı Âzam, ribanın illetini cins ile miktarın bir arada cemedilmesinde buldu. Bir kilo buğdayı iki kilo bulgurla mübadele edebilirsiniz, bu trampaadır; ve ribanın illetini teşkil eden aynı cinsten olmaklık farkı burada yoktur. Fakat bir kilo arpayı bin ikiyüz elli gram arpa ile trampa edemezsiniz. Çünkü fazla olan ikiyüz elli gram miktarın bir ivazı yoktur; ve işte haram olan da budur. İmamıâzam bu içtihadı kıyas yoluyla varmıştır. Lûgat bakımından kıyas iki şeyi birbiriyle ölçmek demektir. Usulüfıkıh ıstılahında şu mânayı anlatır: İki ayrı şeyden birinin hükmünü illetteki benzerlik dolayısıyla diğesinde içtihaden açıklamaktadır. Bu iki ayrı şeyden biri asıl, diğeri fer'idir. Hakkında nas vârit olan meseleye asıl deriz. Biraz önce zikrettiğimiz hadiste beyan edilen buğday, arpa vesair mislî mallar asıldır. Nassın ihtiva etmediği meseleye fer'i derler ki bulgur ve pirinç bu kabildendir. Buğdayın verilen buğdaydan fazla bir miktarla mübadelesi ribanın illeti idi. İşbu illet pirincin pirinçle mübadelesinde de aynen vardır. Şu halde aslın hükmünü teşkil eden ribadan mütevellit hürmetin fer'i de dahi bulunması icabeder. İşte bu netice içtihat yoluyla açıklanmış bir hüküm olur (17).

157 — B. K. nun 306 ıncı maddesine göre “karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğeri bir mislî şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur”. Bu tariften anlıyoruz ki karz karşılıklı iradelerin birleşmesiyle tamam olan rizaî bir akittir. Ödünç veren verdiği şeyin mülkiyetini mislen iade edilmek üzere karşı tarafa nakleder. Şu halde iade borcu, karz aktinin bir ivazı olmaz. Bu bakımdan trampadan ayrılır. İade olunacak malın miktar ve nevini mülkiyeti nakledilen şey tayin eder. Bu şeyin mislî olması lâzımdır. Karz aktinde mülkiyetin nakli esas olduğuna göre hasar mülkiyetle birlikte intikal eder. Bugün en mütekâmil mislî şey paradır. Fakat paranın iade borcunda miktar değil; kıymet nazara alınır. Eğer temlik olunan şey mislî bir mal olmaz ve karşı taraf para veya diğeri bir mal iade etmek mükellefiyetini üzerine alırsa o zaman akit, trampa veya satım

(17) İslâm hukukundaki kıyasın mahiyeti hakkında, fazla tafsilât için kıymetli hâkimimiz Ali Himmet Berki'nin “Hukuk Mantığı ve Tefsir” adlı eserine bakınız. S: 111 ve devamı.

olur. Şayet taraflarca temlik olunan şeyin önce paraya çevrilmesi ve sonra bu paranın iadesi kararlaştırılmış ise akit karşan (mixte) bir mahiyet alır ve önce vekâlet, sonra da karz tahakkuk eder. Karz ancak tam ehliyeti haiz olan kimseler arasında yapılabilen bir akittir. Vesayet altındaki kimseler sulh hâkiminin izni ile (M.K. 405, No: 4) mahdut ehliyete sahip olanlar müşavirlerinin muvafakatiyle (M.K. 379, No: 5) ödünç alıp verebilirler. Ticarî vekillerin ödünç almaları sarih bir mezuniyeti haiz olmalarına bağlıdır (B.K. 453).

158 — Federal mahkemenin içtihadına göre Almanyada mukim bir müstakrızın İsviçrede ikamet eden bir mukrızdan Alman nakdi olarak aldığı ödünç para, kaideten Alman hukukuna tabidir. Kezalik alacağın temlik halinde de alacağın tabi olduğu hukuk tatbik olunur. Fakat karzın ecnebi hukukuna tabi olması, İsviçre hâkimini yabancı hukukun İsviçre âmme intizamına muhalif bulunup bulunmadığını tetkik mecburiyetinden müstağni kılmaz. Hakların istimalinde hüsnüniyet kaidelerine riayet meselesi İsviçre hukuku bakımından âmme intizamını ilgilendiren bir hükümdür. Almanyalı bir borçluya ecnebi dövizle tediye meneden Alman mevzuatı, İsviçre âmme intizamını ihlâl eden bir kanundur. Bundan dolayı İsviçre hâkimi böyle bir kanunu tatbik edemez. Şu halde borçlu tarafından edanın imkânsızlığı yolundaki defî İsviçre hâkimi huzurunda dermeyan edilemez (J. d. T. I. 936, 1, 108).

159 — Kaideten karz faize tabi değildir. Mukavelede tasrih edilmiş olmadıkça para borçları faiz getirmez (B.K. 308, f: 1). Ticaret muamelelerinde şart edilmiş olmasa dahi faiz verilmek lâzımgelir (B.K. 307, f: 2). Bunun sebebini fikrimce ticarî muamelenin mahiyetinde bulabiliriz. Çünkü ticarî muamelelerde ödünç istihlâk için değil; belki istihsal içindir (yukarıdaki 15 numaralı nota bakınız): Binaenaleyh istihsal yüzünden elde ettiği menfaatlerden bir kısmını ödünç alan kimsenin mukrıza vermesi hakkaniyet icaplarındanadır. Esasen B.K. nun 178 inci maddesi bu düşüncenin doğruluğunu teyideden bir hükmü ihtiva eder.

160 — Faizli ödünç müstakrızın menfaatine olabileceği gibi mukrızın nefi içinde olabilir. Her iki surette de karz, kanunumuza göre tam bir trampa aktidir. Ödünç alan kimse lehine yapılan karzda faiz borcunun doğumu için paranın müstakrız tarafından kabz olunması lâzımgelir. Fakat mukrızın nefine olarak yapılan karzda paranın ödünç alan tarafından kabzedilmesine lüzum yoktur; çünkü bu gibi hallerde mukrız muayyen bir müddet içinde paranın bir üçüncü şahsa tevdi taahhüdüne girişmiştir. akreditif muamelelerde işte bu ihtimal ile karşılaşırız.

161 — Faizin miktarı umumiyetle taraflar arasında kararlaştırılır. B.K. nun 72 inci maddesinin son fıkrası ile M.K. nun 767 inci maddesindeki tahditler dışında taraflar faiz miktarını serbestçe tayin ederler. Eğer akitte faizin miktarı tesbit edilmemiş ise karzın yapıldığı zaman ve mekânda o nevi karzlarda âdet olan faiz miktarını taraflar kabul etmiş sayılırlar (B.K. 308, f: 1). Faiz miktarına dair olan anlaşmanın zımnî olması da mümkündür. Meselâ evvelce yapılan bir karz aktinin faizi ikinci karz için de muteber sayılır. Âdet olan faize göre miktar tesbit etmek, daha ziyade bir faiz piyasası bulunan büyük merkezlerde tatbik olunur. Husufî bir piyasaya malik olmıyan küçük yerlerde B.K. nun 72 inci maddesindeki faiz miktarı esastır, Faizin anaya zammedilerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi evvelden mukavele edilmiş olsa bile, bâtıldır. Hesabı carilerde, ticarî faiz hesaplarının ve husufiyle tasarruf sandıklarında olduğu gibi faize faiz yürütmek âdet olan muamelelerin tâbi olduğu hükümler mahfuzdur (B.K. 308, f: 2 ve 3).

162 — Şimdi B.K. nun 309 uncu maddesi üzerinde duralım: Ödünç alan kimsenin verilecek şeyin teslim edilmesine ve ödünç verenin dahi o şeyin tesellüm edilmesine dair olan iddiaları, diğer tarafın bu bapta ki temerrüdünden itibaren altı ay geçmekle müruru zamana uğrar. Hiç şüphesiz yok ki karz bir akittir. Diğer herhangi bir akit gibi bu akit dahi taraflara birtakım vecibeler tahmil eder. Mukrizin borcu bir miktar paranın veya diğer misli bir şeyin mülkiyetini ödünç alana nakletmekten ve müstakrizin borcu da aldığı şeyin mislini kararlaştırılan müddet içinde geri vermekten ibarettir. Bilindiği üzere zamanasını kaideten alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (B.K. 128, f: 1). Burada kanunumuz, karz aktine münhasır olmak üzere istisnâ bir hüküm koymuştur. İstisnanın şumulünü tebarüz ettirebilmek için mevzuu iki bakımdan tetkik etmeliyiz:

a) Mukriz bakımından; mukriz borcunu yerine getirmese müstakrizin elbette bir dava hakkı vardır. Bu hak alacağın muaccel olduğu tarihten değil; belki mukrizin temerrüdünden itibaren altı ay geçmekle zaman aşımına uğrar. Temerrüt B.K. nun 101 ve müteakip maddelerine göre tahakkuk eder. Şu halde meselâ ödünç alan kimse teminat göstermek mükellefiyetinde ise mukrizin 81 inci maddede defi hakkını kullanmasına bir mâni yoktur.

b) Müstakriz bakımından; müstakrizin iade borcu umumî zamanasını müddeti olan 10 seneye tâbidir. Fakat bunun dışında, giriştiği akitle müstakrizin mukrizden bir para veya diğer misli bir şey almak taahhüdünde bulunmuş olduğunu da unutmamak lâzımgelir. Eğer böyle bir taahhütte bulunmuş ise mukriz karşı tarafı parayı almağa cebredebilir mi?

Bu soruyu halledebilmek için paranın kabzında mukrizin nefine yapılmış ise müstakriz kabza cebir olunabilir. Filhakika karz mukavelesinde faizin şart kılınmış olması ödünç verenin sermayesini işletmek kastında bulunduğu bir delilidir. Fakat karz ivazsız ise bu takdirde akit yalnız müstakrizin nefi için yapılmış demektir; bu surette mukrizin parayı veya diğer misli şeyi almağa müstakrizi cebretmeğe hakkı yoktur.

163 — B.K. nun 310 uncu maddesine göre “ödünç alan kimse karzdan sonra borcunu edadan âciz haline girmiş bulunursa, borç veren taahhüt ettiği şeyin tesliminden imtina edebilir. - Ödünç alan kimse, akitten evvel borcunu ödemekten aciz halinde bulunup da ödünç veren, akitten sonra bundan haberdar olmuş ise, yine bu selâhiyeti kullanabilir. Görülüyor ki karz aktinden sonra müstakrizin aciz haline girmesi mukriza akti feshetmek hakkını verir; paranın ödenmiyeceğinin isbatına lüzum yoktur. Ödünç alacak olan kimsenin iflâs etmiş olması veya hakkındaki haczin semeresiz kalması veya uzun zamandanberi taahhütlerini vaktinde ifa edememekte bulunması aciz halinin bir delili olarak kabul olunur. Demek ki taahhüdünü ifaya davet edilen mukriz 310 uncu maddedeki hakkına dayanarak müstakrizin aciz halinde bulunduğunu iddia ve isbat edebilir. İflâs vukuunda bu isbata lüzum yoktur.

164 — Şu ciheti de ilâve edeyim ki ödünç alanın teminat göstermiş olması mukrizin bu hakkını ihlâl etmez. Çünkü tetkik etmekte olduğumuz bu madde karza dair hususî bir hükümdür. Diğer taraftan karz, satım gibi mevzuları iki muhtelif borcun aynı zamanda doğumuna sebep olmaz. Akitle bağlı olan sadece bir taraftır ki o da mukrizdir. Karşı tarafın iade borcu, misli şeyin kabzedilmesiyle doğar. Bu itibarla karşılıklı taahhütleri muhtevi olan akitlerdeki cari hüküm (B.K. 82) burada tatbik edilemez.

165 — “Ödünç alan kimse, akitten evvel borcunu ödemekten aciz halinde bulunup da ödünç veren, akitten sonra bundan haberdar olmuş ise, yine bu selâhiyeti kullanabilir (B.K. 310, f: 2). Aciz halinde bulunmamak bazı mukavelelerin esas unsurunu teşkil eder. Ödünç verme taahhüdü de bu mukavelelerden biridir. Farzedelim ki mukriz, kendisinden ödünç alacak olan kimsenin borcu ödeyebilecek bir durumda olduğunu zannederek akte muvafakat etmiştir. Sonradan bu zannında yanlış olduğunu anlıyor. Böyle bir durum karşısında acaba mukriz B.K. nun 24 üncü maddesinden faydalanarak hata iddiasında bulunabilir mi? Buna imkân olamayacağını sanıyorum. Eğer B.K. nun 31 inci maddenin hükmünü bu mahiyeti arzeden bütün akitlere tatbik edersek:

Evvelâ haksız bir neticeye varmış oluruz; çünkü bu hal tarzı ile ihtiyatsız alacaklılar lehine ihtiyatlı ve basiretli alacaklılardan çok daha müsait bir vaziyet ihdas edilmiş olur ki bu, nasafete muhaliftir.

Saniyen İcra ve iflas kanununun 198 inci maddesinin tatbikina imkân bırakmamış oluruz. İşte bu düşüncelerin tesiriyledir ki kanun vazii 310uncu maddenin ikinci fıkrasında yazılı istisnaı koymak mecburiyetin kalmıştır. Bu hüküm 24 üncü maddenin tatbik sahasını daraltır. Şuhalde istisnaî hükümden faydalanmak isteyen mukrizin akitten sonra ve fakat tesliminden evvel iflastan haberdar olduğunu isbat etmesi lâzımgelir.

166 — Kanunumuz bu bahiste şöyle bir ihtimali daha nazara alır. Taraflar bir miktar paranın ödünç alınmasını kararlaştırmışlardır. Fakat parayı talebe hakkı olan müstakrız her hangi bir sebep tahtında para yerine emtia veya kıymetli evrak almağa muvafakat eder. Eğer mukriz tarafından verilen şeyler misli olmıyan şeylerse akit ya satım veya satıma vekâlettir. Eğer mislî şeyler verilmiş ise bunların ifade kıymetleri üzerinde bir ihtilaf çıkmasına daimâ imkân vardır. İşte bir taraftan bu ihtilâfı önlemek, diğer taraftan ödünç veren kimsenin ihtikârına meydan bırakmamak için kanunumuz şu hükmü sevk ediyor: “Ödünç alan kimseye taahhüt edilen nakit yerine kıymetli evrak yahut emtia verildiği taktirde borcun miktarı teslim zamanında ve mekânında bu evrak veya emtianın haiz oldukları borsa rayicinden veya carî fiattan ibaret olur; bunun hilafına mukavele kadbfiramret .. olur; bunun hilafına mukavele batı'dır (B. K. 311). Görülüyorki kanunun bu hükmü amir bir mahiyet arz ediyor.

167 — “Geriye verilmesi için, ne bir muayyen vade, ne de istenildiği zaman muacceliyet kesbedeceği mukavele edilmemiş olan bir borç ilk ta-lepten itibaren altı hafta zarfında geri verilmek lâzımdır. (B.K. 312). Bu maddeyi borçlar hukukunun zamanaşımı bahsinde etraflıca tetkik etmiştim.