



**İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA RİSK
TEORİSİ VE RİZİKOLU AKİTLER**

Mehmet ONUR

**Doktora Tezi
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
Prof. Dr. Ali İhsan PALA
2017
Her Hakkı Saklıdır**

**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

Mehmet ONUR

**İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA RİSK TEORİSİ
VE RİZİKOLU AKİTLER**

DOKTORA TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. Ali İhsan PALA**

ERZURUM- 2017



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ BEYAN FORMU



22/09/2017

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddelerine göre hazırlamış olduğum “ İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler” adlı tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kâğıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

X Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

22.09.2017
Mehmet ONUR



**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Ali İhsan PALA danışmanlığında, Mehmet ONUR tarafından hazırlanan bu çalışma 22 / 09 / 2017 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından. Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı/İslam Hukuku'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Davut YAYLALI

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Osman GÜRBÜZ

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

İmza:

İmza:

İmza:

İmza:

İmza:

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. / /

Prof. Dr. Mehmet TÖRENEK

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT	VIII
KISALTMALAR DİZİNİ	IX
ÖNSÖZ.....	XI

GİRİŞ

I. METODOLOJİ ÜZERİNE	1
A. Araştırmanın Konusu, Önemi ve Amacı	1
B. Araştırmanın Kapsamı	4
II. KAYNAKLAR	5
A. Klasik Eserler	5
B. Günümüzde Yapılan Çalışmalar.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA AKİT SİSTEMATİĞİ

1.1. AKİT TERİMİ	9
1.1.1. Giriş.....	9
1.2.1. Akit.....	10
1.2.1.1. Geniş Anlamda Akit.....	10
1.2.1.2. Dar Anlamda Akit	11
1.1.3. Akdin Rükünleri.....	12
1.1.4. Akdin Kuruluş Şartları	13
1.1.4.1. Taraflar	13
1.1.4.2. Ma'kudun Aleyh (Akdin Mahalli, Akdin Konusu).....	15
1.1.4.3. Akit Meclisi.....	18
1.1.5. Akdin Sıhhat Şartları.....	19
1.1.5.1. Akitte Rizikoyu Engelleyen Sıhhat Şartları	19
1.1.5.2. Akitte Diğer Sıhhat Şartları.....	29
1.1.6. Akit Çeşitleri	30
1.1.6.1. Tazmin Sorumluluğu Açısından Akitler	31
1.1.6.2. İsimli Akitler-İsimsiz Akitler	31
1.1.6.3. Gayeleri Bakımından Akitler	32

1.1.7. Akit Hürriyeti	34
-----------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

RİSK TEORİSİ

2.1. RİSK KAVRAMININ SÖZLÜK VE TERİM MANASI.....	38
2.2. RİSKİN MAHİYETİ	39
2.3. RİSK TEORİSİYLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR.....	48
2.3.1. Kumar ve Bahis.....	48
2.4.1.1. Klasik Kaynaklarda Kumar ve Bahis.....	51
2.4.1.2. Kumarın Yasaklanması Delilleri.....	52
2.4.1.2. Yarışma (Müsabaka)	54
2.3.2. Garar.....	56
2.3.2.1. Akde Tesiri Olmayan Garar (Garar-ı Gayr-i Müessir, Garar-ı Yesir)	58
2.3.1.2. Akde Tesir Eden Garar(Müessir Garar).....	59
2.3.3. Damân	60
2.3.4. Harâc-Damân İlkesi	62
2.4. RİSKİN UNSURLARI.....	64
2.5. İSLAM HUKUKUNDA MEŞRU RİSKİN TEMEL İLKELERİ.....	64
2.5.1. Malın Korunması Prensibi	64
2.5.2. Adalet, Hakkaniyet ve Risk.....	65
2.5.3. Maslahatı Celb Mefsedeti Def' Etme Prensibi.....	66
2.6. RİSK ÇEŞİTLERİ	67
2.6.1. Olumlu Risk	67
2.6.2. Olumsuz Risk.....	68
2.7. RİSKİN SONUÇLARI.....	78
2.8. İSLAMÎ FİNANS SİSTEMİ AÇISINDAN RİSK	79
2.8.1. İslamî Finans Sisteminde Risk	82
2.8.1.1. Mudârebe (Mukâraza).....	83
2.3.1.2. Müşâreke (Sermaye Ortaklığı).....	85
2.3.1.3. Kiralama (İcâre, Leasing, Finansal Kiralama)	86
2.3.1.4. Murâbaha	87
2.3.1.5. Selemler.....	88

2.3.1.6. İstisna'	90
2.8.2. Sukûk.....	91
2.8.2.1. Endeksleme Şekillerine Göre Sukûk Türleri	92
2.8.2.2. Finansman Kullanım Alanına Göre Sukûk Türleri	93
2.8.3. Sukûkun Risk Açısından Değerlendirmesi	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KLASİK FIKİH ESERLERİNDE RİZİKOLU AKİTLER

3.1. GİRİŞ	101
3.2. KEFALET AKDİ	104
3.2.1. Kefalet Akdinin Unsurları.....	106
3.2.2. Kefalet Akdinin Geçerlilik Şartları ve Riziko.....	106
3.2.2.1. Kefilde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko.....	107
3.2.2.2. Asilde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko	107
3.2.2.3. Alacaklıda Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko	108
3.2.2.4. Kefalet Konu Olan Şeyde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko.....	108
3.2.3. Kefalet Akdinin Özellikleri.....	109
3.2.3.1. Fer' i Olması	110
3.2.3.2. Tali Olması.....	111
3.2.3.3. Tek Taraflı Bağlayıcı Olması.....	111
3.2.3.4. Hem Teberru Hem Teminat ve Tazminat Akdi Olması.....	111
3.2.3.6. Rizikolu Bir Akit Olması	112
3.2.4. Kefalet Akdinin Çeşitleri ve Hukukî Sonuçları	113
3.2.4.1. Kefalet Akdinin Hukuki Sonuçları	113
3.2.4.2. Kefil ile Mekfulun-leh Arasındaki İlişki.....	121
3.2.4.3. Kefil ile Asil Arasındaki İlişki	124
3.2.4.3. Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki	127
3.2.5. Ücret Karşılığında Kefalet	128
3.2.5.1. Klasik Kaynaklarda Ücret Karşılığında Kefalet	128
3.2.5.2. Günümüz İslam Hukukçularına Göre Ücret Karşılığında Kefalet.....	129
3.3. RUKBÂ VE UMRÂ AKİTLERİ	132
3.3.1. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Unsurları.....	134

3.3.2. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Geçerlilik Şartları	135
3.2.2.1. Hibe Edende (Murkûb veya Mu'mirde) Aranan Şartlar	135
3.2.2.2. Hibe Edilen Şeyin Şer'an Müntefeun Bih Mal Olması.....	136
3.2.2.3. Bizatihi Kişinin Mülkü Olması	136
3.2.2.4. Taksim Edilmiş Olma	136
3.3.3. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Özellikleri.....	137
3.3.3.1. Teberru Akdi Olması	137
3.3.3.2. Rizikolu Bir Akit Olması	137
3.3.4. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Sona Ermesi.....	138
3.3.5. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Hukuki Sonuçları ve Riziko Açısından Değerlendirilmesi.....	139

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ ESERLERDE RİZİKOLU AKİTLER

4.1. SİGORTA AKDİ.....	141
4.1.1. Sigorta Kavramının Tanımı.....	141
4.1.2. İslam Hukukunda Sigorta'ya Benzer Akitler	143
4.1.2.1. İslam Hukukunda Kusursuz Damân İlkesi ve Risk Paylaşımı.....	143
4.1.2.2. Âkile Sistemi.....	144
4.1.2.3. Kasâme Sistemi	145
4.1.2.4. İhtiyârî Muvâlat Akdi.....	146
4.1.2.5. Damân-ı Derek Akdi	146
4.1.2.6. Yol Riski Garanti Akdi (Damânu Hataru't-tarîk)	147
4.1.2.7. İslam Hukukunda Kusursuz Damân İlkesi ve Risk Paylaşımı ile İlgili Değerlendirme.....	148
4.1.3. Sigorta Akdinin Unsurları	149
4.1.4. Sigortada Karşılaşılan Riziko Türleri.....	151
4.1.5. Sigorta Akdinin Özellikleri	152
4.1.5.1. Rizikolu (Riskli) Bir Akit Olması	152
4.1.5.2. Karşılıklı Bir Akit Olması.....	153
4.1.5.3. Sürekli Borç Doğuran Bir Akit Olması.....	153
4.1.5.4. Lazım Bir Akit Olması.....	153

4.1.6. Sigorta Akdi Çeşitleri.....	154
4.1.6.1. Sosyal Sigortalar	154
4.1.6.2. Karşılıklı Sigortalar (Tekâfûl).....	155
4.1.6.3. Ticari Sigortalar	158
4.1.7. İslam Hukuku Açısından Değerlendirme.....	161
4.1.7.1. İbni Âbidîn	161
4.1.7.2. İslâm Fıkıh Akademisi	162
4.1.7.3. I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi	162
4.1.7.4. Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu	163
4.1.7.5. Sigorta Akdine Cevaz Vermeyenler ve Gerekçeleri	163
4.1.7.6. Sigorta Akdine Cevaz Verenler ve Gerekçeleri	165
4.1.8. Sigorta Akdinin Riziko Açısından Değerlendirilmesi	166
4.2. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA VE ÖMÜR BOYU GELİR AKİTLERİ	168
4.2.1. Ölünceye Kadar Bakma Akdi	168
4.2.1.1. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Unsurları	168
4.2.1.2. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Geçerlilik Şartları	169
4.2.1.3. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Özellikleri	170
4.2.1.4. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Çeşitleri.....	171
4.2.1.5. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Sona Ermesi	173
4.2.2. Ömür Boyu Gelir Akdi (Kaydı Hayat ile İrat)	173
4.2.2.1. Ömür Boyu Gelir Akdinin Unsurları	174
4.2.2.2. Ömür Boyu Gelir Akdinin Özellikleri	174
4.2.2.3. Ömür Boyu Gelir ve Ölünceye Kadar Bakma Akitlerinin Riziko Açısından Değerlendirmesi	175
4.3. TEMİNAT MEKTUBU	177
4.3.1. Teminat Mektubu Akdinin Unsurları.....	179
4.3.1.1. Taahhütte Bulunan Taraf (Tekeffül Eden).....	179
4.3.1.2. Madmûnun-anh (Lehdar)	179
4.3.1.3. Madmunun-leh(Muhatap)	180
4.3.2. Teminat Mektubu Akdinin Özellikleri.....	180
4.3.2.1. Teminat ve Tazminat Akdi Olması	180

4.3.2.2. Rizikolu Bir Akit Olması	180
4.3.2.3. Bedelsiz Bir Akit Olması	180
4.3.2.4. Bağlayıcı Bir Akit Olması.....	181
4.3.3. Teminat Mektubu Akdinin Çeşitleri	181
4.3.3.1. Bankada Karşılığı Olması Açısından	181
4.3.3.2. Verilme Şekli Açısından	182
4.3.4. Teminat Mektubu Akdinin İslam Hukuku ve Riziko Açısından Değerlendirilmesi.....	182
4.5. FOREX AKDİ	187
4.5.1. Forex ve Sarf Akdi	189
4.5.2. Forex Akdinin Unsurları	191
4.5.3. Foreks ile İlgili Kavramlar	191
4.5.4. Foreks Piyasası ve Riziko ile İlgili Kavramlar	193
4.5.5. Forex Piyasasında Riziko	194
4.5.6. Forex Akdinin Risk Açısından Fıkhî Değerlendirmesi.....	195
SONUÇ.....	198
KAYNAKÇA	201
ÖZGEÇMİŞ.....	222

ÖZET

DOKTORA TEZİ

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA RİSK TEORİSİ VE RİZİKOLU AKİTLER

Mehmet ONUR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2017, 222 sayfa

Jüri: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Prof. Dr. Davut YAYLALI

Prof. Dr. Osman GÜRBÜZ

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

Bu tezin amacı, klasik ve modern dönemde rizikolu akitler ile ilgili olarak ileri sürülen yaklaşımları delilleriyle birlikte ortaya koyarak değerlendirmeye tabi tutmaktır. Bu bağlamda klasik dönemde rizikolu akitler başlığı altında gararlı akitler, kefalet, kumar ve bahis, umrâ ve rukbâ akitleri ele alınmış ayrıca bunların nassa bağlı olarak değerlendirmeleri ve mezheplerdeki yansımaları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yine modern dönemde risk ve rizikolu akitlerle ilgili yaklaşımlar ele alınmış ve bunların gerekçeleri zikredilmeye çalışılmıştır. Hz. Peygamber'in (sav) döneminde ve klasik fıkıh ekolleri devrinde rizikolu akitlerin mevcut olup olmadığı incelenmiş ve risk kavramı üzerinde durulmuştur. Ayrıca risk kavramı İslam iktisadı ve finansı açısından incelenmeye çalışılmış sukûk ve foreks konuları ele alınmış ayrıcabu akitlerle ilgili temel ilke ve kavramlar tespit edilmiştir. Metodolojik açıdan da risk kavramının garar ve daman ile olan ilişkisi ele alınmıştır. Daha sonra günümüzde rizikolu akitler başlığı altında sigorta, ölünceye kadar bakma akdi, kaydı hayat ile irat ve teminat mektubu akitleri incelenmiş; bunların modern hukuk açısından değerlendirmeleri yapılmış İslam hukuku açısından yansımaları ortaya konulmuştur.

Ulaştığımız sonuç ise, bütün rizikolu akitlerin özelliklerinin ve rizikolu yönlerinin teker teker ortaya konularak incelenmesi gerektiği yönündedir. Naslarda net olarak tespiti yapılmış olan bir kısım rizikolu akitlerin cevazı için illetlendirme yoluna gidildiğinde makasidü's-şeria bağlamında yeni çıkan akitlerin kıyas yoluyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bütün rizikolu akitlerin aynı kefeye konulmak suretiyle değerlendirilmemesi gerektiği, her birinin ayrı ayrı değerlendirilerek, İslam'ın koymuş olduğu teşri ve gayeler göz önünde bulundurularak bir netice elde edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Fıkıh Risk, Akit, Finans, İktisat

ABSTRACT

Ph.D DISSERTATION

RISK THEORY ON ISLAM DEBTS LAW AND RISK CONTRACTS

Mehmet ONUR

Advisor: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2017, page: 222

Jüri: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Prof. Dr. Davut YAYLALI

Prof. Dr. Osman GÜRBÜZ

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

The purpose of this thesis is to subject the alleged approaches related to hazardous contracts in classical and modern periods to evaluation by revealing it with their evidence. In this sense, under the title of hazardous contracts in the classical period it was dealt with decided contracts, bail, gambling and betting, umrâ and rukbâ contracts; also, it was tried to present their evaluations related to nas and reflections in the communions.

It was dealt with the approaches about hazard and hazardous contracts in modern period and tried to mentioned their causes. It was investigated whether there were hazardous contracts during Muhammed's period and the era of classical fiqh schools, and the concept of hazard was elaborated. Moreover, the concept of hazard was examined in terms of Islamic economy and finance; the subjects of sukûk and foreks were dealt with, and also, essential principles and concepts about these contracts were detected. Methodologically, the relation of hazardous contracts with garar and daman was studied. Further, today under the title of hazardous contracts, insurance, lifelong support agreement and life annuity contract were analysed; they were evaluated in terms of modern law; their reflections through Islamic law were demonstrated.

As a result, all the hazardous contracts need to be examined by presenting their features and hazardous aspects. To authorize some hazardous contracts which were detected in verses and hadiths, novel contracts need to be evaluated through comparison in the context of makasîdü's-şeria. Therefore, all the hazardous contracts need to be not evaluated in the same way; we consider that it needs to get a conclusion by taking Islam's legislation and goals into consideration and evaluating them individually.

Keywords: Fiqh, Law, Risk, Contract, Economy, Finance.

KISALTMALAR DİZİNİ

as	: Aleyhisselâm
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	: Bin, İbn
BES	: Bireysel Emeklilik Sistemi
BK	: Borçlar Kanunu
c.	: Cilt
cc	: Celle Celâlühü
CHF	: İsviçre Frangı
çev.	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DİA	: Türkiye Diyânet Vakfı İslam Ansiklopedisi
EÜİFD	: Erciyes Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
Fak.	: Fakülte
Hız.	: Hazreti
IIFM	: Uluslararası İslamî Finans Piyasası
İFAM	: İslâm Fıkıh Akademisi Meclisi
İFK	: İslamî Finans Koordinatörü
İKT	: İslam Konferansı Teşkilatı
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
JPY	: Japon Yeni
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
sav	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
sy.	: Sayı
SPKAFD	: Sermaye Piyasası Kurulu Aracılık Faaliyetleri Dairesi
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SP	: Special Purpose Vehicle
SRAHY	: Sigorta Ve Reasürans Aracıları Hakkında Yönetmelik

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBH	: Türk Borçlar Hukuku
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKBB	: Türkiye Katılım Bankaları Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
ts.	: Tarihsiz
thk.	: Tahkik Eden
yay.	: Yayınları/ Yayıncılık
yy	: Basım Yeri yok



ÖNSÖZ

İlahi kaynaklı olması sebebiyle İslam hukuku, Allah ile insan, insanla toplum keza kendisiyle diğer insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler içerir. Bu sistem içerisinde muâmelât başlığı altında yer alan borç ilişkileri ve akitler önemli bir yere sahiptir. Bu alanlarda yapılan düzenlemelerde genel olarak akit serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeyle adaletin sağlanması hedeflenmiş, tarafların karşılıklı hakları ve rızaları korunmaya çalışılmıştır. Rızayı zedeleyen ve tarafları tartışma ortamına sürükleyen, anlaşmazlık nedeni olabilecek olumsuz durumlar önceden önlenmeye çalışılmıştır.

İslam hukuku eserlerinde risk, muhâtarâ, garar ve cehalet konuları içerisinde incelenmiştir. Nasların doğrudan yasakladığı kumar ve garar içeren akitler yanında, Kur'an ve sünnetin belirlediği genel ilkeler dikkate alınarak müçtehit imamlarca bey' akdi bağlamında akit sistematigi oluşturulmuş ve akitler içerisinde akdi fesâda götürecek derecede olan tesadüf ve şansa bağlı akitler yasaklanmıştır. Bu açıdan şans ve tesadüfe dayandırılan birçok akit, akit hürriyeti kapsamında değildir. Sonuçları talih ve tesadüfe dayanan rizikolu akitler, İslam borçlar hukuku ve İslam iktisadı alanında yapılan modern çalışmalarda, özellikle sigorta akdi ve teminat mektubu bağlamında ele alınmış ancak bu akitlerde riba yasağı ve garar konusuna yoğunlaşmış, rizikolu akitlerin klasik literatür bağlamında ve günümüzde nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde yeterince durulmamıştır. Buradan hareketle günümüz çalışmalarının bir kısmında rizikolu akitlerden bazılarının ele alınmış olduğu ancak bu türden akitlerin bir bütün halinde incelenmediği hatta bazı akitlerin inceleme konusu dahi yapılmadığı gerçeği ile karşı karşıya kalmaktayız.

Çağdaş çalışmalarda yeterince işlenmemiş olan bu konuda araştırarak elde ettiğimiz bilgilerden hareketle İslam hukuku açısından rizikolu akitleri bir çerçeve içerisine oturtmaya ve bu akitlerin özelliklerini ve rizikolu yönlerini ortaya koymak suretiyle bu sözleşmeler hakkında sonuçlar ortaya koymaya çaba gösterdik.

Bu çalışmanın, rizikolu akitler konusunun günümüzde daha iyi anlaşılmasına katkıda bulunmasını ve günümüzde ortaya çıkan yeni akit türlerine sağlıklı hüküm verilmesini sağlayacak teorik bir alt yapı teşkil etmesini temenni ediyoruz.

Bu vesileyle, önerileriyle bana yol gösteren ve teşvikleriyle beni destekleyen danışman hocam Prof. Dr. Ali İhsan Pala'ya teşekkürlerimi sunuyorum. Tez izleme heyetimde bulunan değerli hocalarım Prof. Dr. Davut Yaylalı ve Prof. Dr. Osman Gürbüz'e, ayrıca tez savunma jürisinde yer alan ve ufuk açıcı fikirler veren Prof.Dr. Abdullah Kahraman ve Prof.Dr. Şamil Dağcı hocalarıma, yine tezimi okuyup düzenleme yapmam hususunda yardımcı olan Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Baysa, Yakup Göçemen ile Yrd. Doç. Dr. Yunus Araz hocalarıma ve bugüne kadar üzerimde emeği geçen diğer bütün hocalarıma da şükranlarımı arz ediyorum. Yine finans konularında bilgi ve tecrübelerinden faydalandığım, İktisattan sınıf arkadaşım, Oğuz İzci'ye çok teşekkür ediyorum.

Nihayet, üzerimde hiçbir zaman ödeyemeyeceğim hakları bulunan değerli anne ve babama; evliliğimizin başından itibaren sıkıntılarımı benimle birlikte çeken eşime ve çocuklarıma desteklerinden dolayı teşekkürü bir borç biliyorum. Muvaffakiyet Allahtandır.

Erzurum-2017

Mehmet ONUR

GİRİŞ

I. METODOLOJİ ÜZERİNE

A. Araştırmanın Konusu, Önemi ve Amacı

İslam dini malın korunmasını emretmiş mala yönelik bütün saldırıları bertaraf etmeyi düzenleme altına almıştır. İslam hukuk sistemi, insanların mal edinmesini kendilerine verilmiş bir hak olarak görmüş, karşılıklı rıza olmaksızın malların batıl yollarla alınmasını yasaklamıştır.¹ Bunun en açık göstergelerinden birisi başkasına ait olan bir malın telef edilmesi durumunda misli olan malın mislinin, kıyemî olan malın ise kıymetinin ödenmesini emretmek suretiyle damân müessesesi getirmesidir.² Bunlara ek olarak İslam kişinin malını korumak için mücadele edip o yolda ölen kişiyi şehit olarak kabul etmiştir.³ Öte yandan İslam hukukunun bu davranışları malî ve iktisadî konular cihetiyle düzenlediği görülmekle birlikte insanî, ictimaî ve siyasî boyutlarını da göz önünde bulundurduğu anlaşılmaktadır. Kur'an ve sünette muamelat konularını doğrudan ele alan hükümler mevcut olmakla birlikte usûl ve kavaid şeklinde düzenlenen temel ilkeler çoğunluğu oluşturur. “Mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur”⁴ kaidesi gereğince doğrudan düzenleme altına alınmış olan hükümler üzerinde içtihadı herhangi bir açık kapı bulunmamaktadır. Ancak genel prensipler şeklinde karşımıza çıkan hükümler adât içerisinde yer aldığı için içtihat alanı dâhilinde yer almaktadır.⁵ İbn Teymiyye âdâtı, insanların hayatlarını sürdürebilmek için yapmaya devam edegeldikleri davranışlar bütünü olarak tanımladıktan sonra akitlerin âdât içerisinde yer aldığını dile getirir.⁶

Akitler, kişinin hak ve sorumluluklarını bilmesi ve hayatını devam ettirebilmesi için lazım olan tasarruflardan birisidir.⁷ İslam hukuk doktrinde akitlerin nasıl

¹ “Birbirinizin malını batıl yollarla yemeyin, karşılıklı ticarete dayanan rızayla yiyin.” Bakara 2/188.

² Suyûtî, Abdurrahman b. Ebi Bekr Celaleddin, *el-Eşbâh ve'n- Nezâir*, Kütübü'l-ilmîyye, yy, 1411/1990, 356.

³ Tirmizî, Muhammed b. İsa Ebû İsa es-Selmî, *Sünen-i Tirmizî*, (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), I-V, Beyrut ts, IV, 28.

⁴ *Mecelle*, md. 14.

⁵ İbn Abdisselam, Ebû Muhammed İzzeddin b. Abdulaziz b. Abdisselam, *Kavaidu'l-Ahkâm fi Mesâlihî'l-Enâm*, Dârü'l-maârif, Beyrut ts., I, 18.

⁶ İbn Teymiyye, *Mecmu'u'l-Fetâvâ*, XXIX, 16, 17.

⁷ İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkı, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1421/2000, I, 66; Şatıbî'nin nitelendirmesiyle, hayatın idamesi için

kurulacağı, nasıl sona erdirileceği ve hangi temel ilkeler çerçevesinde meşru olacağı ile ilgili oldukça geniş bilgi birikimi mevcuttur. Bu prensiplerin tamamına yakın kısmı değerler bakımından Kur'an'a ve sünnete dayanmakta olup geriye kalan kısmın çoğunluğu müçtehit imamlarca bu değerlere dayandırılan fikhî hükümlerden oluşmaktadır. Kur'an-ı Kerimde aile ve miras ile ilgili konularda ayrıntılı bilgi mevcut olmakla birlikte tek tek her bir akitle alakalı hiçbir seviyede sarıh açıklama bulunmamaktadır. Zira Kur'an-ı Kerimde kumar, riba, ahlak ve adaba aykırı vb. tasarrufların şumülüne giren bütün işlemlerin caiz olmadığı yönündeki temel prensipler yer almıştır.⁸ Aslında diğer hükümlerde olduğu gibi, hayatın pratiğine yönelik bu tür açıklamaların ve ayrıntıların çoğu Hz. Peygamber (sav) tarafından yapılmıştır. Bu açıklamaların geneli de satım akdi ile alakalı konularla ilgilidir. Hakkında doğrudan ayet veya hadis olmayan akitler ise fukahâ tarafından, İslam hukukunun temel prensiplerine uygun olacak tarzda açıklanmıştır. Buradan hareketle müçtehit imamların amacının akit sistematığının ortaya çıkarılması olduğunu anlıyoruz. Ortaya konan bu sistematik sayesinde insan hayatında önemli yer tutan akitler farklı kriterlerle sınıflandırılmıştır.

Akitlerle ilgili yapılan çalışmalarda, gayelerine göre yapılan sınıflandırma, rizikolu akitler hakkında genel bir bilgi vermesi açısından önemli olmaktadır. Klasik İslam hukuk literatüründe, akitlerin gayeleri açısından yapılan ve çeşitli akitlere dair verilecek bilgiler arasında dağınık şekilde yer alan tasniflerde, İslam hukukçularınca akitlerin gayelerine göre yapılan tasniflerde, rizikolu akitler yer almamaktadır. Ancak akitlerde bulunmaması gereken hususlarla ilgili sünnet tarafından belirlenmiş ilkeler, bize ilk dönemlerde İslam toplumunun ne tür akitler yaptığı hakkında bilgiler vermektedir. Akitler ve daha özelde rizikolu akitler ile ilgili fikhî hükümlerin, ictimaî ve iktisadî şartların değiştiği günümüzde nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu, fikhin güncel sorunlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İslam hukukçularının, akitleri incelerken, kumar ilgili naslar, rizikoya dair naslar ve ticarî hayata dair İslam hukukunun genel ilkeleri bey' akdi bağlamında inceledikleri göze çarpmaktadır. Klasik fukahâ rizikolu akitler ve risk kavramını ayrı bir konu olarak

zorunlu miktar ve keyfiyette olan akitler zarûriyyâtta olmakta, bu miktarın dışında yapılan akitler ise, hâciyyât menzilesinde değerlendirilmektedir. (Şâtıbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât*, thk. Abdullah Draz, Dârü'l-marife, I-IV, Beyrut ts, II, 20.)

⁸ Âl-i İmrân, 3/130; Bakara, 2/188; Nisa, 4/29.

incelememişlerdir. Ancak çoğu fakîh risk terimini akitler konusu dâhilinde; tehlike, muhâtarâ anlamında ele almışlardır. Fukaha muhâtarâyı, gararı, kumarı ve bahsi risk kapsamına dâhil etmişlerdir. Bununla beraber diğer bir kısım fukaha riski tehlike anlamına ek olarak risk yüklenme (damân) manasıyla ele almışlardır.

Çağdaş İslam hukukçuları arasında da bazı yeni akitlerin ayrıntılarıyla ilgili farklı yaklaşımlar söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Ortaya çıkan bu yaklaşımlar arasında sağlıklı bir kıyas yapabilmek için Hz. Peygamber (sav) döneminden itibaren akitler ve riziko ile ilgili düzenlemelerin farklı boyutlarıyla net bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca naslarda ortaya konmuş değerler akitlerin düzenlenme biçiminin, hedef ve gayelerinin incelenmesi ve günümüzde karşımıza çıkan sigorta, teminat mektubu ve foreks gibi yeni rizikolu akitler üzerinde tahliller yapılmak suretiyle yeni hükümlerin konulması ehemmiyet arz etmektedir. Dolayısıyla tezimizde bu tür akitlerin içerisinde yer alan rizikonun akdi fâsit kılacak derecede olup olmadığı veya akdin gereklerinden olup akdin geçerli olabilmesi için mi olduğu inceleme konusu yapılacaktır. Bize aktarılan bilgi birikimi ile günümüzde yapılan çalışmalar göz önünde bulundurulduğunda rizikolu akitlerin incelenmesinin ne denli önemli olduğu rahatlıkla görülecektir. Rizikolu akitlerin gerek klasik eserlerde gerekse çağdaş eserlerde incelenmemiş olması oldukça dikkat çekicidir. Bu açıdan bakıldığında konunun önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Türk borçlar hukukunda rizikolu akitlerle ilgili yaptığımız araştırmalar neticesinde vardığımız neticeye göre birbirini tam olarak karşılamamaktadır. Bu durum da ayrıca dikkate şayan bir durum olarak karşımıza çıkmakta ve konunun incelenmesinin ne denli önem arzettiğini göstermektedir.

Risk nedir? Akitlerde riziko nasıl ortaya çıkmaktadır? Riskle yakından ilişkili kavramlar nelerdir? Klasik dönemde ortaya çıkmış Rizikolu akitler nelerdir? Günümüzde karşımıza çıkan rizikolu akitler hangileridir? Rizikolu akitlerin kuruluş gayesi nedir? Bu akitlerdeki riziko nereden kaynaklanmaktadır? Bunun gibi soruları cevaplamak ve hukukî durumunu ortaya koymak çalışmanın başlıca amaçları arasındadır.

B. Araştırmanın Kapsamı

İslam Borçlar hukukunda risk teorisi ve rizikolu akitler konusunu ele aldığımız bu çalışmamız, bir giriş, dört bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır.

Tezin giriş bölümünde kaynaklar ve bu konuyla ilgili çalışmalar hakkında bilgi verilmiştir. Tezin birinci kısmında çalışmamızın ikinci bölümüne temel teşkil etmek üzere İslam hukukundaki temel kavramlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda özellikle akit hürriyeti konusundaki bilgi ve yaklaşımlara yer verilmiştir. Birinci bölümde, “Akit Sistematiği” başlığı altında Hanefiler başta olmak üzere diğer mezhep müçtehitlerinin içtihat sistematiikleri ekseninde mukayaseli bilgiler verilmiştir. Akitlerin nas temelleri ve mezheplerdeki yansımaları ele alınmıştır.

Tezin ikinci bölümü olan “Risk teorisi” başlığı altında ise; risk kavramı tanımlanmış ve riskin mahiyeti, risk çeşitleri, unsurları ve bununla ilgili terminoloji tanıtılmıştır. Ayrıca risk kavramıyla ilgili kavramlar, terimler ve bu terimlerle ilgili fıkîhî izahat yapılmıştır. Fıkîh çerçevesinde incelenmiş, risk kavramıyla içiçe olan garar kavramı ele alınmış ve gararın akdi fasit kılan temel şartlar belirlenmiştir. Yine riskle özdeş olarak ifade edilen diğer bir kavram olan damân üzerinde durulmuş, daman açısından rizkin temel hedefleri ortaya konmuştur. Bunların dışında iktisadi tahlillere yer verilmiştir. Risk açısından temel prensipler olan riba, garar yasağı ve haram kılınmış faaliyetler konularına değinilmiştir. Yine bu bölümde İslam hukuku finansal sisteminin rizikolu akit türünü oluşturan mudarebe, müşareke, icare, selem, vekâlet, istisna’ ve bütün çeşitleriyle sukûk konuları ile foreks akdi ele alınarak bölüm sonlandırılmıştır.

Üçüncü bölümde “Klasik Fıkîh Eserlerinde rizikolu akitler” başlığı altında, kefalet akdi, umrâ ve rukbâ akitleri ile kumar ve bahis akitleri ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Bu akitlerin unsurları, kendilerinde bulunması gereken şartlar, akdin özellikleri, çeşitleri ve akdin sona ermesi ile bu akitler riziko kavramı merkeze alınarak incelenmiştir.

Dördüncü bölümde klasik kaynaklarımızda incelediğimiz akitler doğrultusunda günümüz akitleri içerisinde çok tartışılan sigorta akdi, ölünceye kadar bakma akdi ile ömür boyu gelir akdi, bunun haricinde teminat mektubu akitlerinin unsurları, şartları, özellikleri, çeşitleri ayrı ayrı incelenmiştir. Ayrıca her bir konunun en sonunda riziko açısından fıkîhî değerlendirmeler ve analizler yapılmıştır.

II. KAYNAKLAR

A. Klasik Eserler

Literatürde çok fazla kullanılmasına karşılık beklenenin aksine doğrudan risk/riziko ile ilgili herhangi bir klasik eser mevcut değildir. Müstakil bir başlık altında yer almadığından fıkıh literatürü arasında ayırım yapabileceğimiz bir eserden söz edemiyoruz. Klasik eserlerde bu bağlamda riziko terimine nerelerde yer verildiğini söylememiz gerekir.

Klasik fıkıh eserlerinde ve ahkâm tefsirlerinde riziko ve rizikoyu ilgilendiren işlemlerin farklı konular altında incelendiğini görüyoruz. Çalışmamız esnasında kaynakların beş sebepten ötürü risk konusuna temas ettiğini tespit ettik:

- a) Bir akdin geçerliliği için gereken in'ikâd ve sıhhat şartları olarak kabul edilen mâlum olma, teslim gücü yetirme, satıcının mülkiyetinde olma ve madum olmama konularına temas edildiğini
- b) Bazı eserlerde risk konusunun doğrudan garar konusu altında işlendiğini ancak bu eserlerin çoğunluğu başka yerlerde de serpiştirilmiş bir şekilde risk kapsamındaki bazı satışlara ve garar konusuna değinildiğini,
- c) Kumar ve bahis konusu bağlamında,
- d) Ahkâm tefsirlerinde, risk konusuna “sözlerin yerine getirilmesi ve yapılan akitlere bağlı kalınması” ile “bâtıl yollarla malların yenmemesi” üzerinde duran ayetler bağlamında değinildiğini,
- e) Rizikonun, riskine katlanılmayan (damân) kazancın elde edilmesinin yasaklanması manasında ele alındığını ancak konunun ayrıntılara inilmeden genel bir biçimde işlendiğini⁹
- f) Âkile, kasâme vb sistemlerde bugünkü manada ifade edersek kusursuz sorumluluk ilkesi bağlamında ele alındığını tespit ettik.

⁹ İbn Müflih, Muhammed b. Müflih b. Muhammed b. Müfric Şemseddin el-Makdisî, *el-Füru' (Tashihi'l-Füru' ile birlikte)*, Müessesetü'r-Risâle, I-XI, yy 1424/2004, VI, 146; Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed es-San'ânî el-Yemenî, *Fethu'l-Kadîr el-Câmi' beyne Fenneyi'r-Rivâye ve'd-Dirâye min 'İlmi't-Tefsîr*, I-V, yy, ts, I, 135.

B. Günümüzde Yapılan Çalışmalar

Günümüzde İslam borçlar hukuku ve İslam iktisadı ile ilgili çok sayıda çalışma mevcuttur. Bu cümleden olarak erken dönemden günümüze kadar risk ve rizikolu akitlerle ilgili fıkıh eserlerini ve Türk borçlar hukukuyla alakalı eserleri değerlendirmeğe çalıştık. Her ne kadar rizikolu akitler doğrudan incelenmemişse de özellikle akitlerde müstağnî kalınmadığı gözlenmiştir. Öyle ki bu durum rizikolu akitlerin fıkıh içerisine derc edilmesi gereken akitler arasında yer alması gerektiği şeklindeki hipotezimizi güçlendiren bir etken olmuştur. Bu hususta yapılmış çalışmaları tespit etmek için kapsamlı bir çalışma yaptığımızı söyleyebiliriz. Bu minvalde ülkemizde ve ülke dışında doğrudan rizikolu akitleri inceleyen bir çalışma tespit edebilmiş değiliz. Ancak konumuzla alakalı veya konumuzun bir kısmını içeren bazı çalışmalar gördük. Bunları kısaca şöyle tanıtmamız mümkündür:

- a) Abdurrahman b. Abdullah el-Hamîs'in "*el-Muhâtara fi'l-Muamelât il-Mâliyye el-Muasıra*" adlı eseri tezimizle alakalı olup daha çok günümüz mali muamelelerini riske katlanma yönüyle ele almış bir çalışma olduğu için sadece mali rizikoları incelemiştir.
- b) Adnan Abdullah b. Uveyda'nın "*Nazariyyetü'l-Muhâtara fi'l-İktisâdî'l-İslâmî*" adlı çalışması muhâtara nazariyesi ve riske katlanma yönüyle iktisadi işlemleri İslam iktisadı yönüyle inceleyen bir çalışmadır. Çalışmada az da olsa garar konusuna değinilmiştir.
- c) Sa'd b. Türkî el-Haslân'ın "*Fıkühü'l-Muamelât el-Mâliyye el-Muâsıra*" adlı eseri günümüz borsa vb. işlemleri ve bir kısım kumar ve müsabaka ile ilgili işlemleri konu edinmiştir.
- d) Nezih Hammad'ın "*Kadâyâ Fıkhiyye Mu'âsıra*" adlı kitabı konuları daha çok klasik eserler bağlamında ve çok geniş bir şekilde ele almış ancak günümüzdeki akitlere yeterli şekilde değinmemiştir.
- e) Ali es-Sâlûs, "*Mevsûatü'l-Kadâyâ'l-Fikhîyye'l-Mu'âsıra ve'l-İktisâdî'l-İslâmî*", adlı kitabı konuları klasik eserler bağlamında ve özellikle mensubu olduğu Fıkıh akademisi perspektifiyle ele almış ancak günümüzdeki akitleri bu heyetin değerlendirmesiyle paralellik arzettiği için kendi fikirlerinden çok heyetin görüşlerini serdetmiştir.

- f) Abdullah b. Cübeyr “*el-Garar fî Mahalli İltizâmi’t-Te’âkudî*” isimli bir çalışma yapmıştır. Bu çalışma doğrudan gararla ilgili bir çalışma olup bizim tezimizin bir kısmını ilgilendirmektedir.
- g) Sıddîk Muhammedü’l-emîn ed-Darîr’in “*el-Garar ve Eseruhu fî’l-‘Ukûdi fî’l-Fıkhi’l-İslâmî*” adlı doktora tezi yine tezimizin bir kısmını ilgilendirmekte ancak tamamını kapsamamaktadır.
- h) Diğer bir çalışma, Yasin Ahmed Derâdike’nin Ürdün’de doktora tezi olarak hazırladığı *Nazariyyetü’l-Ğarar fî’ş-Şerî’ati’l-İslâmiyye: Dirâse Mukârane* isimli çalışmasıdır. Aynı şekilde bu çalışma gararla ilgili bir çalışma olup Darîr’in tezine benzemektedir.
- i) Muhammed Mahmud Muhammed “*Eseru’l-Cehâleti ve’d-Darûra fî’l-Mu’âmelâti’l-Mâliyye*” adlı doktora tezi cehalet ve garar konularını incelemiş ancak rizikolu akitleri her yönüyle incelememiştir.
- j) Mustafa ez-Zerkâ ve Ahmed en-Neccâr tarafından kaleme alınan “*İslam Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta*” adlı eser faydalı olan kaynaklar arasında yer almıştır. Ancak kitaptaki sigorta konusu sadece bizim tezimizle alakalı olmaktadır.
- k) İbn Sinyân’ın, “*et-Te’mînu ve Âhkâmuhu*” adlı eseri sigorta konusuyla ilgili bir çalışmadır.
- l) Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi’nde (DİA) yer alan “garar” ve “cehâlet” maddeleridir. İbrahim Kâfi Dönmez tarafından kaleme alınan her iki madde de garar ve cehalet ile ilgili derli toplu bilgiler ortaya koymuştur. Ancak her iki maddeyle Darîr’in doktora tezi arasında büyük oranda benzerlikler mevcuttur.
- m) İsmail Bilgili tarafından 1999 yılında hazırlanan “*İslam Hukukunda Ma’dûmun Satışı*” adlı doktora tezi adından da anlaşıldığı gibi madumun satışı ile ilgili olup tezimizin birkaç başlığını ihtiva etmektedir.
- n) Necmettin Güney tarafından Doktora tezi olarak “*Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*” adlı çalışma da konumuzla yakından alakalı olup sözkonusu tezde rizikolu akitlere değinilmiş ancak satım akdinde garar konusu üzerinde durulmuş tezimizi tümüyle kapsayacak derecede değildir.

- o) Abdullah Kahraman'ın “*Kefalet Sözleşmesi*” ile Nihat Dalgın'ın “*Gündemdeki Tartışmalı Dini konular*” adlı eseri, rizikolu akitlerden olan kefalet ve sigortayı incelemektedir, ancak bu akitlerin riziko yönünü merkeze alarak incelememektedirler.
- p) Sigorta konusunu fıkhi açıdan ele alan bazı akademik çalışmalar konumuz kapsamında yer almaktadır. Hadi Sağlam'ın “*Sigorta sözleşmesinde belirsizlik (garar ve cehâlet) var mıdır? Sigortada Belirsizliğin Varlığı Tartışmalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, “*Sigortanın Sosyal ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticârî ve Yardımlaşma Sigortalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, “*İslâm Hukuk Tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumları ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teknikleri*”, adlı makaleleri tezimizin bir kısmı olan sigortalarla alakalı bilgiler içermektedir.
- q) Çağdaş kaynaklardan öne çıkan en önemli eserlerden biri de, Kombad yayınları tarafından basılmış olan “*I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri*” kongresinde sunulan tebliğ ve müzakerelerdir. Kitap haline getirilen bu kongredeki tebliğ ve müzakereler Türkiye ve dünya'da bulunan ilim adamları ve akademisyenlerin görüşlerine ulaşma noktasında en temel kaynaklardan biri olmuştur. Yine İsav tarafından hazırlanıp Ensar vakfı'nın yayınladığı Tartışmalı İlmi Toplantı dizilerinden biri olan “*İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finans Yöntemleri*” toplantısında sunulan ve kitap haline getirilen bazı tebliğlerden faydalanılmıştır.

Görüldüğü üzere risk teorisi ve rizikolu akitler konusunda doğrudan herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Yapılan çalışmalar ise, genel olarak garar ve cehalet konularına yoğunlaşmıştır. Bu çalışmalarda bu tür akitlerin genel çerçevesi çizilmemiş ve günümüz uygulamasında rizikolu akitlerin, İslam borçlar hukuku ve günümüz Türk borçlar hukuku uygulamalarına bakılarak mukayeseler yapılmadığını gözlemledik. Bu nedenle dağınık halde olan bu bilgilerin biraraya toplanmasına ve teori tespitine yönelik yeni çalışmalara ihtiyaç olduğunu söyleyebiliriz.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA AKİT SİSTEMATİĞİ

1.1. AKİT TERİMİ

1.1.1. Giriş

Borçlar hukuku, toplumdaki borç ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının ne tür ilişkileri düzenlediği, birey ve toplum hayatındaki önemi hakkında bilgi sahibi olabilmek için borç kavramını tanımak gerekmektedir. Borç, “en az iki kişi arasında kurulan ve taraflardan birini veya ikisini karşılıklı olacak şekilde mükellef kılan hukuki bir bağ” olarak tanımlanmaktadır. Taraflar arasında meydana gelen bu bağa “borç ilişkisi” denirken, “taraflardan birinin diğerine karşı, yerine getirmekle yükümlü olduğu sorumluluğa” ise borç denir. Borç kavramı edim olarak da ifade edilir. Taraflar arasındaki karşılıklı yükümlülüklerin borç ilişkisi diye nitelendirilmesi, borçlu ile alacaklı arasında gerçek anlamda olmasa dahi, itibari manada bir bağın varsayılması nedeniyledir.¹⁰

Borç ilişkisinin hukuki esaslara bağlanması da, ilişkinin ilk kaynağı olan akitlerle sağlanmıştır.¹¹ Başka bazı konularda olduğu gibi borç ilişkileri de Kur'an-ı Kerim'de temel esaslar ve genel hükümler şeklinde yer almıştır. Ancak borç ilişkileri hadislerde daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu hadislerin büyük çoğunluğu bey' ile alakalı konuları ihtiva etmektedir. Hakkında doğrudan ayet veya hadis olmayan mevzularda ise müçtehitler, Kur'an ve sünnete dayandırmak suretiyle konunun genel esaslara aykırı olmaması yönünde çözüm üretmeye çalışmışlardır. İslam hukuku klasik dönem eserlerinde akit sistematığının mücerred hükümler şeklinde genel manada ele alınmadığından müstakil bir başlık altında incelenmediğini ancak model akit olan bey' akdi bağlamında ve diğer akitler altında ayrı ayrı düzenlendiğini, bu bilgi ve hükümlerin farklı başlıklar altında ele alındığını ve bir sistematığın oluşturulduğunu görürüz. Nitekim Zerkâ, Senhurî ve Mahmasânî başta olmak üzere bazı günümüz İslam

¹⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm fî şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Beyrut, 1423/2003, I, 105.

¹¹ Turgut Akıntürk- Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, İstanbul 2013; Hayrettin Karaman, “Akid”, *DİA*, I-44, İstanbul 1989, II, 251.

hukukçularının eserlerinde akit sistematığının mücerret bir yöntemle ele alındığını görmekteyiz.

1.2.1. Akit

Arapçada “akd” sözcüğü “عقد” fiilinin mastar ismidir. Lügate bağlamak, çekmek, yapıştırmak, söz ve ahit anlamlarına gelir.¹² İbn-i Faris a-ka-de harflerinin bir araya gelmesiyle; çekmek, şiddet ve sözler manalarını elde ederiz, demektedir.¹³ “İki ayrı iradeyi birbirine bağlayan itibari bağ olarak karşımıza çıktığı için akit olarak adlandırılır.”¹⁴ Ebu İshak eş-Şâtıbî (ö. 790/1388) akitleri; “mülklerin bedelli veya bedelsiz şekilde intikalini sağlayan ahit” şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ Bütün hukuk sistemlerinin amacı, toplumdaki borç ilişkilerinin hukuki işlemlere dayandırılmasının sağlanmasıdır. Hem teori hem de pratikte borçların temel kaynağı ise akittir. Akdin ıstilahî manada geniş ve dar anlamda iki tanımı söz konusudur.

1.2.1.1. Geniş Anlamda Akit

Geniş anlamda akit tanımına tek taraflı hukuki işlemlerin yanında iki taraflı hukuki işlemler dâhil olmaktadır.¹⁶ Bu manada kullanıldığında akit kavramı içerisine kişinin yaptığı her türlü tasarruf ve borçlanma dâhil olur. Vasiyet, vakıf, kefalet, bey’ ve icâre akitlerinde olduğu gibi tek taraflı yahut iki taraflı irade beyanıyla oluşabilir. Cessâs, akdi geniş manasıyla ele almış ve “kişinin yapmak için kendisini yükümlülük

¹² İbn Manzûr, Ebü’l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî, *Lisânü'l-Arab*, I-XV, Beyrut 1994, “akd” md.; Fîrûzâbâdî, Ebü’t-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya’kûb b. Muhammed, *el-Kâmûsü'l-Muhîd*, Beyrut 1406/ 1986, “akd” md.; Zebîdî, Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzak el Hüseyînî el-Mürtedâ, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmus*, Dârü'l-Hidâye, I-XL, yy ts, “akd” md.

¹³ İbn Fâris, *Mu'cemü Mekâyisi'l-Luğa*, (nşr. Abdüsselâm M. Hârûn), I-VI, yy. Kahire 1399/1979, “akd” md.

¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, 105.

¹⁵ Şâtıbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât*, thk. Abdullah Draz, Dârü'l-marife, I-IV, Beyrut ts, II, 20.

¹⁶ Abdurrezzak Senhûrî, *Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-VI, Dârü İhyâi türâsi'l-Arabî, Lübnan 1954, c. I, 73; Abdülkerim Zeydan, *el-Medhâl li Dirâseti's-Serîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1423, 222; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, İttifak Holding yayınları, Konya 1999; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmi*, Erkam Yayınları, İstanbul 2010, 55,56

altına soktuğu yahut başkasıyla anlaşarak diğer tarafı mesuliyet altına aldığı sözdür” şeklinde tanımlamıştır.¹⁷

1.2.1.2. Dar Anlamda Akit

Dar anlamıyla akit kavramı yalnızca karşılıklı iki irade beyanıyla oluşan tasarrufları ifade eder. İslam hukukçuları tarafından genel olarak benimsenen akit tanımı dar manadaki tanımdır.¹⁸ İslam hukukçuları akdi, “müteakideyn arasında meydana gelen icap ve kabulün bağlanması sonucunda ma’kudun aleyh üzerinde hukuki sonucun meydana gelmesini sağlayan işlemin adıdır” şeklinde tanımlamışlardır.¹⁹ Akdin tanımına ilişkin yapılan tanımlardan hareketle akdi; “en az iki ayrı iradenin akde konu olan şeyin üzerinde anlaşarak mukavele yapmalarıdır” şeklinde de tanımlayabiliriz. Akdin tanımını yaparken iki ayrı irade demememizin temelinde akdin taraflarının hem hakiki şahıs hem de hükmi şahıs olabilmesi yatar. Cürcânî akdi; “tasarrufun cüzlerini icap ve kabulle birbirine bağlamaktır” şeklinde tarif etmiştir.²⁰

Mecelle, akdi şöyle tanımlamıştır: “Tarafeynin bir hususu iltizam etmeleridir ki icap ve kabul irtibatından ibarettir.”²¹ *Mecelle*’nin yaptığı tanımda kişinin tek başına yaptığı tasarrufların akit olarak nitelenmediği, akdin iki ayrı iradenin icabı ve kabulünün birbirine bağlanması neticesinde meydana gelebileceği anlaşılmaktadır. Ali Haydar Efendi (1870-1960); bu tarifte yer alan akit ile in’ikad’ın (akdin kuruluşunun) kastedildiğini bununla da mali mübadele işleminde her iki tarafın iltizam ve taahhüt altına girdiğini belirtmektedir.²² Mer’i hukuk açısından bakıldığında akit kavramı yerine, bazen sözleşme, bazen mukavele kavramı kullanılmıştır.²³ Borçlar hukuku bağlamında bakıldığında BK’da akdin her iki tarafın rızası ve karşılıklı beyanlarıyla;

¹⁷ Cessâs, Ebûbekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmu’l-Kurân*, Dârü İhyâi’t-türâsi’l-Arabî, Beyrut 1412/1992, II, 294.

¹⁸ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, 3; Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmi*, 55,56

¹⁹ İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısri, *el-Bahrü’r-Râik Şerhü Kenzi’d-Dekâ’ik*, Dârü’l-marîfe, I-VIII, Beyrut ts, V, 283; Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafê, *Hâşiye ale’ş-Şerhi’l-Kebîr*, I-IV, Beyrut ts, III, 5.

²⁰ Cürcânî, Ebû’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif el-Hanefî, *et-Ta’rifât*, Beyrut 1405.

²¹ *Mecelle*, md. 103.

²² Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkâm*, I, 105.

²³ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, VI. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1988, 65; ayrıca TTK1464 Md. ‘de “gerek bu kanunda gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aynı manaya gelir” şeklinde ifade edilmiştir. 1926 tarihli BK’da akit ve mukavele kavramları kullanılmış, daha sonra 1981’de 110. md’ye yapılan eklemeye “sözleşme” terimi kullanılmıştır.

akdin inşasının nasıl tamamlanacağı hükmü vaz' olunmuştur.²⁴ Ancak BK'da akdin açık tanımının yapılmadığı, bu tanımlamanın hukukçular tarafından yapıldığı göze çarpmaktadır Akit, çağdaş hukukçularca “ *Sözleşme, iki tarafın bir hukuki sonucu elde etmek üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşan çok yanlı bir hukuki işlemdir.*”²⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

1.1.3. Akdin Rükünleri

Rükün, hukukî işlemlerin ve ibadetlerin gerçekleşmesi zorunlu olan unsurdur. Ancak her bir hukuki işlemin veya ibadetin farklı rükünleri olabilir.²⁶ Hanefî mezhebi, bütün akitlerde, icab ve kabulü rükün olarak kabul eder. Hanefîlerin dışındakiler ise, akdin tabii unsurlarını, ehliyeti, akdin konusunu, irade beyanını da rükün olarak görürler.²⁷ Hanefî mezhebi, diğer mezhepler gibi icab ve kabul dışındaki akdin unsurlarını rükün olarak değil, inikad şartları olarak isimlendirmektedir. Hanefîlere göre, bir akdin kurulabilmesi için icab ve kabul şeklindeki irade beyanının bulunması gerekmektedir; ancak akdin kurulabilmesi için, icab ve kabulün ehlerinden mahalline sadır olup, meşru bir konuda, hüküm ifade edecek şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁸

Cumhura göre ise rükün, “ondan bir cüz olmasa da hükmün varlığı kendisinin mevcudiyetine bağlı olan unsurdur.” Bu durumda cumhura göre sığa, müteakideyn ve ma'kudun aleyh akdin rükünlerini teşkil etmektedir.²⁹

²⁴ “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”, TBK, md. 1/1.

²⁵ Hüseyin Hatemi- Rona Serozan - Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, 9.

²⁶ Pezdevî, *Kenzü'l-Vusûl*, I, 55; Şirbinî, *Muhammed b. Ahmed el- Hâtîb, Muğnî'l-Muhtâc, I- IV, Darü'l-fikr, Beyrut ts*, I, 16, II, 3; Buhutî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, I, 83, 231; Desûkî, *Hâşiye, I*, 85, III, 2; İbn âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, I, 297-306, IV, 5.

²⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 165; Râfî, Abdülkerim b. Muhammed el-Kazvinî, *el-Fethü'l-Azîz bi Şerhi'l-Vecîz*, yy. ts., X, 62,76, XII, 84; Karâfî, *ez-Zehîra*, VIII, 83; Merdâvî, Alâuddin Ebû'l-Hasan Ali b. Süleymân ed-Dîmeşkî es-Salihî, *el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcihi mine'l-Hilâf*, Beyrut 1419, VII, 91; Tâsûlî, Ebû'l-Hasan Ali b. Abdisselâm, *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, I-II, Beyrut 1418/1998, II, 149, 150.

²⁸ Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c.I, 16, II, 3; Buhutî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, I, 83, 231; Desûkî, *Hâşiye, I*, 85, III, 2; Zeydân, *el-Medhâl*, 242; İzzeddin Muhammed Hoca, *Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Mecmuatu Dellâ'l-bereke, yy. 1414/1993, 23; İbrahim Kâfi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları ileYapılan Akitler”, *İlam Araştırma Dergisi*, 1(1), (Ocak-Haziran) 1996, 11; Hayrettin Karaman, “Akid”, *DİA*, II, 253.

²⁹ Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 5-7; Zeydân, *el-Medhâl*, 242.

1.1.4. Akdin Kuruluş Şartları

Kuruluş şartları geniş anlamda hukukî işlemlerin, dar manada akitlerin hukukî varlık kazanması demektir. Hanefîlere göre akdin rüknü, sadece icap ve kabuldür. Akdin kuruluş şartları da taraflar, ma'kudun aleyh ve akit meclisi olup, bu şartların bulunmaması halinde akit bâtil olur ve hukukî sonuç doğurmaz. Şimdi de bu şartlar ele alalım:

1.1.4.1. Taraflar

Akdin tarafları dendiği zaman akdi inşa etmek için ortaya konacak olan iradeleri ifade eden hakiki yahut hükmi şahıslar anlaşılmalıdır.³⁰ Akdin kurulabilmesi için ehliyetli şahısların iradelerini hukuki bir netice meydana getirecek surette ortaya koymaları gerekmektedir. Bu çalışmada ehliyetin kuruluş şartı olup-olmadığı ve hukuki işlemlerde hangi düzeyde ehliyet gerekliliği, nakıs ehliyetli şahsın ne tür hukuki işlemler yapabileceği tam eda ehliyetine sahip kişide rüşd aranıp aranmayacağı üzerinde durmaya çalışacağız.

1.1.4.1.1. Ehliyet

Ehliyet, “kişinin lehine ve aleyhine olan hakların oluşmasına ehil olması, kişinin borç alıp borç verme yeterliliğine sahip olmasıdır.”³¹ Kişinin ehliyet ve mesuliyeti onun hitabı anlaması şartına bağlanmıştır.³² Şahsın bu ehliyet ve mesuliyetine ehliyyetü'l-hitab denir.³³ Ehliyet şahsın bedensel ve ruhsal gelişmesine uygun bir şekilde değişir. Bundan dolayı bütün akit ve tasarrufların sahih veya fasit olma durumları mükelleflerin ehliyetine göre belirlenmektedir.

³⁰ Senhûrî, *Mesadiru'l-Hak*, I, 73; Zeydan, *el-Medhâl*, 222.

³¹ Pezdevî, Ebû'l-Usr Fahrü'l-İslâm Ali b. Muhammed, *Kenzü'l-Vusûl ile Ma'rifeti'l-Usûl*, yy ts, IV, 237; İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-Tahbîr fî Şerhi't-Tahrir*, Beyrut 1403, III, 213; Cürçânî, *et-Ta'rifât*, 58; Muhammed Kal'acî, *Mu'cemü Luğati'l-Fukahâ*, Beyrut 1405/1985, 96.

³² Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *İrşâdu'l-Fuhûl ilâ Tahkiki'l-Hak min İlmi'l-usûl*, I-II, yy 1419/1999, I, 36

³³ İbn Melek, *Şerhu Menâri'l-Envâr*, İstanbul 1319, 331.

Kişilerin tasarrufta bulunabilme haklarının olması ve bu tasarruflarının geçerli olabilmesi için ehliyetin gerektirdiği nitelikleri taşımaları gerekir. Hiçbir işlem, ehliyet olmaksızın tesis edilemez.³⁴

Vücub ehliyeti; “kişinin hak elde etmeye ve borçlara taraf olmaya elverişli olması” şeklinde tanımlanır.³⁵ Tam vücub ehliyetine sahip olmak için; akıl, hürriyet, temyiz, bülûğ ve rüşd şartları aranmamakta yalnız insan olmak yeterli görülmektedir. Yani kişi doğduğu andan mümeyyiz olana kadar tam vücub ehliyetini haiz olur. Klasik İslam Hukuku kaynaklarında mevcut olan açıklamalardan dolayı bir biçimde devlet, vakıf, beytül-mâl, şirket, mescid vb. kamu malları ve kurumlarının hükmi şahsiyetinin var olduğu anlaşılmakta ve dolayısıyla bu kurumların vücub ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir.³⁶

Eda ehliyeti; “şahsın tasarrufta bulunma hususunda yetki sahibi olmasıdır.”³⁷ Bunun için eda ehliyetine fiil ehliyeti de denilmiştir. Edâ ehliyeti ile şahıs bir başka kişinin velâyet ve vesâyeti altında olmaktan kurtulur, kendi kendine hukuki işlemler yapabilen bağımsız bir şahsiyet olur.”³⁸ Bu ehliyetin kapsamı kişinin bedensel ve ruhsal gelişimiyle birlikte artar. Bu ehliyet kişinin mümeyyiz olmasıyla eksik olarak başlar, ergenlik ve aklî erişkinlik olan rüşd ile tamamlanır. Rüşdüne ermeyen kimse nakıs eda ehliyetini haiz olur ve mali tasarruflarda tam yetki sahibi olmaz.³⁹ İslam Hukuku bu ehliyeti düzenleme yoluna giderek hem kişinin hem de üçüncü kişilerin haklarını himayesi altına almıştır.”⁴⁰

TMK’nın 9. ve 10. maddelerinde kişinin kendi eylemleriyle hak sahibi olabileceği ve borç altına girebileceği düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca fiil ehliyeti kapsamında eda ehliyeti tanımlanmıştır.

³⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, II, 92, V, 305; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, IV, 110; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, 14.

³⁵ Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî, *Keşfü’l-Esrâr fî Şerhi Usûli’l-Pezdevî*, ts. yy, IV, 237; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhatı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Yayınları, İstanbul 1967, I, 226-228; *el-Mevsuatu’l-Fıkhiyye*, VII, 152.

³⁶ Hallâf, *İlmü Usûli’l-Fıkıh*, 110; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA*, X, 535.

³⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhatı Fıkhiyye Kamusu*, I, 226-228; Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, II, 340; Hallâf, *İlmü Usûli’l-Fıkıh*, 110.

³⁸ Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, 16.

³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 518; Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, I-VI, Beyrut 1313, V, 195; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, II, 170; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 99; Aydın, “Çocuk”, *DİA*, VIII, 363.

⁴⁰ Buhârî, *Keşfü’l-Esrâr*, IV, 248, 249; Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, II, 173; Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 150; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA*, X, 535-536.

Netice itibariyle ehlinden mahalline sadır olan icap ve kabul şeklinde tanımlanan akdin taraflarının tam eda ehliyetine sahip olması durumunda bütün hukuki işlemleri gerçekleştirebileceği anlaşılmaktadır. Nakıs eda ehliyetini haiz kimselerin ise sadece lehlerine olan işlemlerinin geçerli olacağı, mallarını risk altına sokan işlemlerde velilerinin veya vasilerinin izin veya icazetine ihtiyaç duydukları, tamamen zararlarına olan işlemleri ise hiçbir surette gerçekleştiremeyecekleri anlaşılmaktadır.

1.1.4.2. Ma'kudun Aleyh (Akdin Mahalli, Akdin Konusu)

Kuruluş şartlarından bir kısmı ise akdin konusu ile ilgilidir. Hanefilere göre satım akdinin amacı mebi'in elde edilmesidir, semen de bunun için sadece bir araç konumunda olup akit semen elde edilmek için akdedilmemektedir.⁴¹ Bu sebeple, diğer mezheplerde bedellerden her birine ma'kudun aleyh denilmişken, Hanefiler sadece mebi'e ma'kudun aleyh ifadesini kullanmışlar, semeni ise ma'kudun bih olarak ifade etmişlerdir.⁴²

Akdin konusu, 'ayn olabileceği gibi, deyn, menfaat yahut iş de olabilir. Örneğin; akdin konusu satış ve şahıs kefaleti akitlerinde; ayn, icâre ve ariyet akitlerinde; menfaat, borca kefalet ile havale akitlerinde, deyn, vekâlet ile mudarabe akitlerinde ise iş olur. Ancak akdin konusunu oluşturan şeyin mutlak bir şekilde helal, belirli, teslim edilebilir olması gerekmektedir.⁴³ İslam'ın mal olarak kabul etmediği şeylerin konu olamaması durumu haricinde akdi inşa eden tarafların anlaşmazlığa düşmemesi ve aldanmaya mevzu bahis olmaması şartları koşulmaktadır.⁴⁴ Akde konu olan şeyin mevcudiyeti, meşru olması, teslim edilebilir olması ve garar içermemesi akdin sıhhati açısından önem arz etmektedir. Şimdi de bunları inceleyelim:

1.1.4.2.1. Akde Konu Olan Şeyin Mevcut Olması

Mal, kazanılabilen ve biriktirilebilen şeydir. Mevcut olmayan şeyin kazanılması da biriktirilmesi de mümkün olmadığı için yapılan akit batıldır.⁴⁵ Cumhur fukahaya

⁴¹ İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethu'l-Kadîr li'l-Âcizi'l-Fakîr*, I-X, Kahire 1970, V, 73; Kalyûbî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 210-211.

⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 3, XII, 126; Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 138; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 501; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 105.

⁴³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 105, 106, 439, 791.

⁴⁴ Çeker, *İslam hukukunda Akitler*, 69.

⁴⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 177.

göre ileride var olması muhtemel olan ya da kesin olsa bile akdin kurulduğu esnada mevcut olmayan şey üzerine yapılan bedelli akit batıl olup hüküm ifade etmeyecektir.⁴⁶

Ma'dumun satışının caiz olmadığı yönünde fikir beyan eden fakihler de, bu umumi kaideden selem, istisna, icâre ve müsakat⁴⁷ akitlerini insanların buna olan ihtiyacı ve örf haline gelmiş olması nedeniyle Kur'an, sünnet ve icma ile istisna edildiğini söylemişlerdir.⁴⁸

Akdin bedelli veya teberru akitlerinden olması arasında fark gözetmeksizin Hanefî ve Şafîîler, akit yapılırken olmayan şeyin hiç bir akde konu olmayacağı fikrini savunmuşlardır.⁴⁹ Malikîlerde ise, olmayan şeyin satışının yasaklanması sadece bedelli akitlerde söz konusu iken, teberru akitlerinde akde konu olan şeyin mevcudiyeti şart koşulmamış, ileride olma ihtimalinin bulunması yeterli sayılmıştır.⁵⁰ Ma'dumun satışı konusunda daireyi en geniş tutan Hanbelîler ise bedelli veya teberru akdiayırım yapmaksızın, akdin inşası sırasında bulunmamakla beraber ileride tahakkukuna kesin manada bakılan şeyin satılabileceği yönünde fikir beyan etmişlerdir. Çünkü onlara göre hadislerde yasaklanan; akdin konusunun ma'dumluğu değil, anlaşmazlık ve aldanma ihtimalidir.⁵¹

Şimdi de akde konu olan şeyin ma'dumluğunu inceleyelim:

a) Akde konu olan şeyin bir bölümünün mevcut olması durumuna kısmî ma'dûm denmektedir. Burada ma'kudun aleyh mevcuttur ancak tabiatı gereği henüz eksiktir, tamamlanmamıştır. Çünkü ma'kudun aleyhin tamamlanacağı ve mevcudiyetini sürdüreceği meçhuldür. Mesela; gebe olduğu bilinen bir

⁴⁶ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 5-7; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 159.

⁴⁷ İcâre “ bir malın kullanma hakkının (menfaatinin) belirli bir bedel karşılığında muayyen bir zaman için satılmasıdır.”

⁴⁸ Suğdî, Ebü'l-Hasen (Hüseyn) Rükünlislâm Alî b. el-Hüseyn b. Muhammed, *en-Nütef fi'l-Fetâvâ* (nşr. Selâhaddin Abdüllatif en-Nâhî), Beyrut 1404/1984, I, 472; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 201; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 432, 433, IV, 304,305; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, V, 263; Desûkî, *Hâşîye*, IV, 2, 3;

⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 296; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, c.V, 138; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 357; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 16.

⁵⁰ İbn Rüşt el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-Müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Beyrut 1982, I-II, II, 156.

⁵¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 34; İbn'ül-Kayyım, *İ'lâmü'l-Muvakkı'in*, XXII, 28.

hayvanın karnındaki yavrusunu satmak ya da henüz çiçek açmış ağacın meyvesini, karpuzun içindeki çekirdeğini satmak bu türdendir.⁵²

- b) Akde konu olan şeyin hiçbir surette olmaması durumuna tam ma'dûm denir. Burada akde konu olan şey henüz mevcut değildir ve daha sonra mevcut olup olmayacağı kesin değildir. Mesela; kabzedilmeyen sadakaları satmak, ileride sağılacak olan sütü ve arının ileride yapacağı balı satmak bu türdendir. Nitekim sadakanın verilip verilmeyeceği, yine sütün sağılıp sağılamayacağı ve bunların vasıfları bilinmemektedir.⁵³

Buradan hareketle, her iki ma'dûm türünde, akde konu olan şeyin akdin kuruluşu esnasında kısmen veya tamamen mevcut olmadığı gibi, daha sonra bu ma'dûmluğun ortadan kalkacağı da bilinmemektedir. Burada ma'dûm olan şeyler akdin konusu haline getirilmektedir. Bunun içindir ki bu akitler İslam hukukçuları tarafından bâtil olarak kabul edilmektedir. Çünkü burada açık bir şekilde riziko söz konusudur.

1.1.4.2.2. Akde Konu Olan Şeyin Mütakavvim Olması

Genel anlamda İslam hukuku prensipleri içerisinde herhangi bir hukuki işlemin kurulabilmesi için, ma'kudun aleyhin şer'an sahipli ve mütakavvim bir mal olması gerektiği görüşü ittifakla kabul edilmektedir. Şer'an mal olarak telakki edilmeyen şeyin satışı ile kendisinden şer'an faydalanılması mubah olmayan şeylerin satışı İslam hukukçularının ittifakıyla batıl hükmündedir.⁵⁴

1.1.4.2.3. Akde Konu Olan Şeyin Teslim Edilebilir Olması

Akdin bedelli veya teberru akitlerinden olması arasında fark gözetmeksizin Hanefî ve Şafîliler, teslim edilebilir olmayan bir şeyin hiç bir akde mahal olmayacağını

⁵² Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 181; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 47; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 422; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, I, 413, 414; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 122-127; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 212.

⁵³ Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 196; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 25; Karafî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısrî, *ez-Zahîre fi'l-Fıkḥ*, I-XIV, Beyrut 1994, V, 407; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 8, 24, 50, 53; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 361; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, I, 400, 414; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 111.

⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 140; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 11.

belirtmişlerdir.⁵⁵ Daha önce de belirtildiği gibi Malikîlerde ise, teslimi mümkün olmayan bir şeyin satışı sadece bedelli akitlerde yasaklanmıştır.⁵⁶

Hanefî doktrinine göre bey' akdinin yapılma amacı mebi'i elde etmektir. Bey' akdinde mebi'in akit esnasında mevcut, satıcının mülkünde ve hemen teslim edilebilir olması bey' akdinin kuruluş şartları arasında yer alır. Dolayısıyla teslimi mümkün olmayan şeyi satmak batıl olmaktadır.⁵⁷ Mutlak bey' akdinde semen peşin ya da vadeli olabilirken ancak mebi'in teslimi vadeye bağlanamaz. Bu tür akitte mebi'in peşin olması akdin sıhhat şartı olmaktadır. Bey' akdinde ifa yapılmadan evvel akde konu olan şeyin yok olması mebi'in teslim edilebilirliğini ortadan kaldırdığı için akdi batıl hale getirir.⁵⁸ Selem akdinde ise semenin peşin olması gerekmektedir. Ancak selem akdinde de akde konu olan şeyin zimmette olabilecek biçimde nitelikleriyle tanımlanması malın teslim edilebilirliğini göstermek açısından zorunludur.⁵⁹

Görülüyor ki akit esnasında mebi'in mevcut olması ve zararsız bir şekilde karşı tarafa teslim edilebilir olması gerekmektedir. Fıkıh mezhepleri, mebi'in teslim edilebilir olmasını, mebi'de aranan in'ikâd şartları arasında ele almışlardır. Dolayısıyla akit konusunun tesliminin mümkün olmaması, akdi bâtıl hale getirir.⁶⁰

1.1.4.3. Akit Meclisi

Akdin inşa edilebilmesi için icap ve kabulün bizatihi aynı mecliste sadır olması gerekmektedir ki tarafların içinde bulunduğu zaman ve mekândan oluşan bu meclise akit meclisi denmektedir. Bundan dolayı akdin inşa edilebilmesi için meclis birliği şartı koşulmakta olup bununla, icabın kabule aynı mecliste bitişmesi kastedilmektedir.

Akit meclisi, müteakideynin birbirinden bedenlen ayrılması, akdin konusu dışında konuşmaya başlanması veya tarafeynden birinin akdi açıkça reddi yahut reddettiğine

⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 296; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 138; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 357; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 16.

⁵⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 156.

⁵⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, XX, 213.

⁵⁸ Kalyûbî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 158; Desûkî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, III, 11, 12; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 6; “Mebi'in, teslimi mümkün ve makdûr olmak lâzımdır.” (Mecelle, md. 198). “Teslimi, mümkün ve makdûr olmayan şeyi satmak bâtıldır. Meselâ, deryada batıp da ihracı mümkün olmayan kayığın ve tutup da teslimi mümkün olmayan bir firârî hayvanın bey'i bâtıldır.” (Mecelle, md. 209).

⁵⁹ İbn Kudâme, *Muğnî*, IV, 308; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 110-111; Derdîr, *Eş-Şerhüs-Sağîr*, III, 278.

⁶⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 168; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 248; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 149; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, III, 398; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 188.

dair tavır ortaya koymasıyla veya akdin inşasına engel olabilecek bir hususun meydana gelmesiyle en nihayetinde de akdin inşasının tamamlanmasıyla akit meclisi sona erer.⁶¹ Mecelle’de akit meclisi “satış akdi için birliktelik” şeklinde tarif edilmiştir.⁶²

Hanefî ve Malikîler, icap ve kabulün arasına müteakideynden birinden sadır olan ve akitten vazgeçmeye dair bir konu dâhil olmadığı sürece akit meclisinin devam ettiği ve kabulün meclisin sonuna kalabileceği fikrini benimsemişlerdir. Şafiî ve Hanbelîler ise; akitlerde, icap ve kabulün birbirine fevren bitişik olmasının meclis birliğinin şartı olduğu yönünde kanaat belirtmişlerdir.⁶³

1.1.5. Akdin Sıhhat Şartları

Hanefilere göre, sıhhat şartları akdin tali unsurları diyebileceğimiz, evsaf-ı hariciye denilen özellikleriyle alakalıdır. Hanefîlerin fasit ve batıl kavramını birbirinden ayırdıkları, rükün ile akdin kuruluş şartlarının mevcut olmaması durumunda akdin batıl, bunun haricindeki koşul ve vasıfların âdemi durumunda fasit olacağını söyledikleri, Hanefîlerin dışındaki müçtehitlerin ise bu iki kavramı aynı anlamda kullandıkları müşahade edilmektedir. Akitlerin sıhhat şartları, her bir akit için değişkenlik arz ederken, değişmeyen sıhhat şartı ise akitte riba olmamasıdır. İslam hukukçuları, akdin fesat nedeni olarak cehalet, hata, hile, ikrah, garar ve faizi saymaktadırlar.⁶⁴

1.1.5.1. Akitte Rizikoyu Engelleyen Sıhhat Şartları

1.1.5.1.1. Akitte Garar Olmamalı

Garar, bedelli akitlerde, ihtiyaç bulunmadığı halde akit yapılırken amaçlanan şeyin kendisi yahut meydana gelmesi ile ilgili olan cehalettir. Senhûrî, akit yapılırken akde konu olan şeyin aslen mevcut olmaması veya aslen mevcut olup da gelecekte gerçekleşmesi mümkün olmadığı durumda gararın gerçekleşeceğini belirtir.⁶⁵ Garar,

⁶¹ Çeker, *İslam hukukunda Akitler*, 57.

⁶² “Bey’ akdi için var olan birlikteliktir” Mecelle, md. 181.

⁶³ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, V, 137; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 4; İbn Nüceym, *Bahrü’r-Râik*, V, 279; Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, *Şerhu Ğâyeti’l-Beyân*, Matbaatü’l-Meymeniyye, Mısır 1323, III, 381; Desûkî, *Hâşiye*, III, 5.

⁶⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, V, 132; İbn Kudame, *el-Kafî*, II, 31; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, IV, 318; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtâr*, IV, 505.

⁶⁵ Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, III, 31.

müessir garar ve gayrı müessir (yesir) garar şeklinde bir sistematikte izah edilmiştir. Müessir garar “akdi fesâda veya batıl olmaya götüren garar veya akdi kendisiyle tanımlanacak hale getiren garar” şeklinde tanımlanabilir. Gayrı müessir garar ise, “kendisinden kaçınılması mümkün olmayan ve akdi fesâda götürmeyen garar” şeklinde tanımlanabilir.⁶⁶

Kura’n-ı Kerim’de açık bir şekilde değil de genel çerçeve içerisinde yer alan garar, Hz. Peygamber’in (sav) sünnetiyle yasaklanmıştır.⁶⁷ Müessir garar yasağı ayeti kerimede zikredilen “*bâtıl yollarla birbirinizin mallarını yemeyin*”⁶⁸ yasağına dâhil edilmiştir.⁶⁹

Sünnette ise garar ihtiva eden akitlerin yasaklandığı görülmekte olup, bazı hadis şarihlerine bakıldığında bazı akitler bu yasak kapsamında zikredilmektedir. Müessir garar yasağı kapsamına; muhakale, müzabene, bey’u’l-husât, mülâmese, melâkîh, münâbeze vb. akitler girmekte olup bu akitler sünnetle belirlenmiştir.⁷⁰ Bu akitler incelendiğinde satıcı veya alıcının aşırı derecede aldanmasına yol açabilecek nitelikler taşımasından dolayı men edildiği görülmektedir.

Malın akitte belirlenenler içerisinde aldatma bulunması akdi ifsat eder. Malın varlığındaki aldatmaya örnek olarak var olması veya olmaması muhtemel olan malı satmak; vafindaki aldatmaya örnek ise, malda var olması veya olmaması muhtemel olan bir şartla satmaktır. Mesela, bir hayvanı günde belli bir miktarda süt vermesi vaadiyle satmak böyledir. Gararla alakalı çalışmalarda gararın akdin sığasında ve mahallinde olmak üzere iki temel gruba ayrıldığı görülür.⁷¹ Bey’ akdi merkeze alınarak incelediğimiz takdirde garar çeşitlerini genel olarak şöyle özetleyebiliriz:

Burada akdin sığasında garar ele alınacak ancak akde konu olan şeyde garar hususu cehalet konusunda işlenecektir. Akde konu olan şeyde meydana gelen garar çeşitlerini şöyle sıralayabiliriz;

⁶⁶ Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, VII, 405; Nevevî, *el-Mecmu'*, c. IX, 258; Rüaynî, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, 273; Desûkî, *Hâşiye*, XV, 169; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, III, 305; Ali b. Süleyman el-Merdâvî, *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf* (nşr. M. Hâmid el-Fikî), yy. ts., IV, 464; Darîr, *el-Garar*, 583, 584.

⁶⁷ Darîr, *el-Garar*, 583, 584.

⁶⁸ Nisa, 4/ 29.

⁶⁹ Darîr, *el-Garar*, 77; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 64.

⁷⁰ Buhârî, “Buyû”, 62, 63, 75, 82, 91, 93, “Müsâkât”, 17; Müslim, “Buyû”, 1, 2, 42, 59, 81-85; ayrıca bkz. Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 128; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 174, 178, 281.

⁷¹ Darîr, *el-Garar*, 164-166; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 113.

1.5.1.1.1. Akdin Sığasında Garar:

A. İslam Hukukunda Sigada Risk

Akit yapılırken, akdin sığasında oluşan gararla akdin mahalinde olmayan, akit kurulurken meydana gelen garar kastedilmektedir. Bir bey’ içinde iki satış; iki ayrı fiyat belirlenmesi, akdin kuruluşunun başka akdin yapılmasına bağlanması, bedellerden birinin iki seçenekli bırakılması, akitte riba olması, akitte şart ve izafeyi akdin sığasında garar çeşitleri olarak sayabiliriz.⁷²

1.5.1.1.1.1. Bir Satışta İki Satış Yapılması (Bey’atun fî bey’atân)

Bu tür satım akdi Hz. Peygamberin (sav) hadisleriyle yasaklanmıştır.⁷³ İslam hukukçuları bu tür satışın menedilen satışlardan olduğu hususunda ittifak etmiştir. Bir satışta iki satışla kastedilen şey hususunda değişik görüşler mevcuttur. Onları kısaca ele alırsak:

1.5.1.1.1.2. Birden Fazla Fiyat Belirlenmesi

Bir mal için, peşin satıldığı takdirde ayrı, vadeli satıldığında bir başka fiyat belirlenmesi ancak son kararı vermeden anlaşma yapılmasıdır. Bir başka çeşidi ise kısa bir zaman diliminde farklı daha uzun bir zaman diliminde ödeme yapıldığında başka bir bedel tespit edilmesi suretiyle iki farklı fiyat söylenmesi ve herhangi birine karar verilmeden akdin kurulması şeklindedir. İslâm hukuk düşüncesinde bey’ akdi bedelli mülkiyetin intikalini sağlayan bir akit olduğu için semenin, satış akdinin sıhhat şartlarından olup miktarı ve niteliği muayyen olmalıdır. Hanefî doktrininde semende miktar, vasıf ve ödeme şekli açısından belirsizlikler akdin fesad sebebi iken diğer mezheplerde batıl olma nedenidir.⁷⁴

1.5.1.1.1.3. Akdin Kuruluşunun Başka Akdin Yapılmasına Bağlanması

Bir satımın yapılmasını bir başka satımın kurulması şartına bağlamaktır. Bu şekilde yapılan bir akdin batıl olduğu hususunda ittifak vardır. Bilindiği üzere akitle gerçekleştirilmek istenen şey mebi’in müşterinin mülkiyetine, semenin ise satıcının

⁷² Darîr, *el-Garar*, 99.

⁷³ Nesâî, “Büyü”, 73; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 174, 475 vd. نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

⁷⁴ Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, 266; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 104; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V, 25; Darîr, *el-Garar*, 102, 103; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 142.

zimmetine intikal ettirilmesidir. Bu şekilde yapılan akitle mülkiyetlerin intikalinin yapılacak başka bir akde bağlanmak suretiyle akdin tamamlanması istenmektedir, bu da İslam hukuk düşüncesine aykırılık teşkil ettiği için batıl olmaktadır.⁷⁵

1.5.1.1.1.4. Bedellerin Birden Fazla Seçenekli Olması

Bilindiği üzere bedellerden biri mebi' diğeri ise semen olmaktadır. Mebi' veya semendeki belirsizlik, birden fazla seçenek sunularak akdin inşa edilmesi şeklinde olup bu durumda garar söz konusu olmaktadır. Mebi'de belirsizlik, akdin lazım olması şartıyla, iki ayrı cins olan maldan, satılacak olanın tayini yapılmadan bir fiyata satılması şeklinde yapılmaktadır ve bu şekilde yapılan akit batıl olmaktadır. Semende belirsizlik de yine lazım olması şartıyla bir mebi' için birden fazla semenin belirlenerek veya semenin belirlenmeden akdin kurulması şeklinde olup bu türden bir akit de fasid olmaktadır. Ancak semen muayyen hale getirilirse akit kurulmuş olur.⁷⁶

1.5.1.1.1.5. Akitte Riba Olması

Mutlak bir satım akdinde mebi'in tesliminin peşin olması gerekir, ancak semenin peşin veya vadeli olması da mümkündür. Böyle bir satımda ma'kudun aleyhin peşin olması akdin sıhhat şartı iken bedellerin ikisinin hem mebi' hem de semen olduğu sarf ve trampada iki bedel peşin olmalı ve eş zamanlı olarak teslim edilmelidir. Nitekim mebi'in peşin teslim edilmemesi veya vadeli teslimi halinde faiz söz konusu olacağı için akit câiz olmamaktadır.⁷⁷

İslam hukuk düşüncesinde bey' niteliğindeki karzlar, borçlanmalar yasaklı tasarruflar arasında yer almaktadır. Resûlullah bey' ve selef niteliğindeki işlemler neticesinde elde edilecek kazancın haram olduğunu bizlere bildirmiştir.⁷⁸ Âlimler bey' ve selef kavramını açıklarken bu tür işlemlerin belirli bir müddet sonra ödemek üzere bir şahsın, paraya ihtiyacı olan diğer bir şahsa ihtiyacı olan miktar nakdi bir mal satmak suretiyle vadeli bir surette satıp ondan daha ucuz bir şekilde peşin satın alması biçiminde gerçekleştirilen satış" anlamına gelen 'ine satışı ile ilişkisine değinmişlerdir.

⁷⁵ Darîr, *el-Garar*, 104, 105.

⁷⁶ Darîr, *el-Garar*, 101-105; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 145, 146.

⁷⁷ Nevevî, *el-Mecmu'*, c. IX, 275, 276; Buhûfî, *Keşşâfû'l-Kınâ*, III, 507; Kalyûbî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 161.

⁷⁸ Ebû Dâvûd, "Buyû", 68; Tirmizî, "Buyû", 19; Nesâî, "Buyû", 60, 71, 72.

Böylelikle bu kişiye satılan mal peşin parayla ve olduğundan daha yüksek bir rakam karşılığında ancak vadeli bir şekilde verilmiş olup mevzu bahis şahsın eline toplu bir para geçmiş olur.⁷⁹ Bu ve benzeri işlemleri caiz gören fakihler olduğu gibi hiçbir surette cevaz vermeyenler de vardır.⁸⁰ İmam Şafî ve İmam Züfer, bir şahsın vadeli olarak sattığı malı peşin olarak daha ucuza satın almasının kıyasa uygun olduğunu söylemişlerdir. İmam Ebu Hanife ve cumhur fukaha bu tür satışın caiz olmadığını belirtmişlerdir.⁸¹ Buradan hareketle bu tür işlemlerin finansman yöntemi olup olmadığının tartışılmış olması bu işlemlerde riziko mevzusunun erken dönemlerde gündeme geldiğinin, tartışıldığının delillerinden görülebilir.

Bey'ü'l-'ine işlemleri ile bey'bi'l-vefa ve bey'ü'l-istiğlâl akitleri de büyük oranda benzerlik göstermektedir. Peşin paraya ihtiyacı olan bir şahsın ödünç aldığı parayı tekrar ödeyinceye dek bir gayr-i menkulün rehne benzer bir biçimde alacaklı kişinin mülkiyetine intikal ettirilmesi şeklindeki bey' bi'l-vefâ fakihlerin zaruri durumlarda faizli işlem yapmamak adına ürettikleri bir akittir. Ancak daha sonraki dönemlerde temel kural gibi kabul edilmeye başlanınca satılan söz konusu malın kiralanabileceğine dair fetvalar da verilmiştir. Böylelikle peşin para karşılığında şeklen satım olan bey' bi'l-vefâ ile geçici olarak devredilen mal, şartlı bir biçimde ödenen kira karşılığında asıl sahibine geri verilmektedir. Böylece borçlu verilen asıl para dışında ayrıca ödemede bulunmaktadır. Şayet bu türde bir satış ve kiralama işlemi yapılmasaydı ödenen bu fazlalık riba olarak adlandırılacaktı.⁸²

1.5.1.1.1.6. Akitlerde Şart

Pozitif hukukta, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmadığı sürece, taraflara her türlü şartı koşma imkânı tanınmıştır.⁸³ İslam hukukunda İbn Teymiyye Şartlar konusunda en geniş çerçeveyi belirleyen fakihtir. Ona göre naslara aykırı olmayan tüm şartlar geçerli olmalıdır. Fakihlerin belirlediği çerçeve dikkate alınırsa takyidi şartların

⁷⁹ *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, II, 30; Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân*, Matbaatü'l-kübrâ, Bulak 1308, 189, 73.

⁸⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 160.

⁸¹ İbn Nüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısri, *en-Nehrü'l-fâik şerhu Kenzi'l-dekâik*, Dâr Kütübi'l-İlmiyye, I-III, 1422/2002 yy, III, 575; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 273, 325, 326;

⁸² İbn Nüceym, *Bahrü'r-Râik*, VI, 256; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 575; Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramurz b. Ali, *Dürerü'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, I-II, yy ts, c II, 305.

⁸³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 9.

yanı sıra, şarta talik ve zamana izafe konuları, satım akdinin sigasında gararın ortaya çıktığı alanlar olduğu göze çarpmaktadır.

B. Pozitif Hukukta Sigada Risk: Rizikolu Akitler (Rizikolu Akitler)

Pozitif hukukta kefalet, ömür boyu gelir ile ölünceye dek bakma sözleşmeleri; kumar ve bahis ile birlikte sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler olarak rizikolu akitler başlığı altında incelenmiştir.⁸⁴

Kefalet, İslam hukukunda “teminat sağlamak amacıyla kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine eklenmesini sağlayan bir akit” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁵ Pozitif hukukta ise “asıl borçlunun ödeme yapmamasından dolayı kefilin hukuki sorumluluk üstlendiği akit” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁶

Ömür boyu gelir akdi, gelir borçlusu olan şahsı, gelir alacaklısı kişiye, yaşadığı müddetçe belirli aralıklarla edimlerde bulunmayı mükellefiyet haline getiren rizikolu bir akittir.⁸⁷

Ölünceye kadar bakma akdi, bir malvarlığı ediminin devredilmesi mukabilinde bir şahsa vefat edene kadar bakmayı iktiza eden sonucu talihe ve tesadüfe bağlanan akittir.⁸⁸

Kumar ve bahis akitleri, talih ve deneyimin veya ikisinden birisinin mevcut olduğu bir durum veya müsabakanın yahut belirsiz bir durumun neticesine binaen iddiaya girişme ve bu surette kazanç sağlama, şeklinde tarif edilmektedir.⁸⁹

Sigorta akdi, maddi bakımdan ölçülebilen rizikoların tahakkuk etmesi neticesinde prim ödemek suretiyle oluşan zararı telafi etmeyi garanti altına almak şeklinde tanımlanabilir.⁹⁰

⁸⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 5-6; Aydın Zevkliler, *Özel Borç ilişkileri*, (7. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 48-49; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, Beta Basım, İstanbul 2002, 15-17; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 1.Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, 4-5; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 26-27.

⁸⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 160; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 295.

⁸⁶ TBK, md. 581.

⁸⁷ Yavuz-Acar-Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 809.

⁸⁸ Yavuz-Acar-Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 813.

⁸⁹ Darîr, *el-Garar*, 615; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 89.

⁹⁰ Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular*, II, 382.

1.5.1.1.1. Akde Konu Olan Şeyde Garar

Akde konu olan şeyin görülmemesi nedeniyle cehalet, akde konu olan şeyin bizzat tayin edilmemiş olması nedeniyle cehalet, akde konu olan şeyin cinsinin bilinmemesi nedeniyle cehalet, akde konu olan şeyin sıfatının bilinmemesi nedeniyle cehalet, akde konu olan şeyin teslim tarihinin bilinmemesi nedeniyle cehalet şeklinde ele alınmaktadır.⁹¹

1.1.5.1.2. Akdin Konusunda Cehalet Olmamalı

Akdin sıhhatini etkileyip fesada götürecek olan cehalet, çözülmesi mümkün olmayan bir anlaşmazlığa sebep olacak derecedeki bilinmezliktir.⁹² Bey' ile ilgili işlemlerde belirsizlik veya bilinmezlik olarak nitelendirilen cehalet hadislerle yasaklanmıştır. Cehalet ve garar kavramları İslam hukukunda çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmıştır. Bazı İslam hukukçuları da her meçhulü garar olarak nitelendirmiştir. Bu konudaki ayrım net bir ayrım olmadığından fakihler bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmışlardır.⁹³

Akde konu olan şeyde meydana gelebilecek cehalet üç kısma ayrılır:

- a) Az cehâlet: Akdin sıhhatine engel olmayacağı hususunda da görüş birliği bulunan ve taraflar arasında genelde çekişmeye sebebiyet vermeyecek olan bilinmezliklerdir.⁹⁴
- b) Aşırı cehâlet: Akdin sıhhatine engel olacağı ve akdi fasit kılacağı hususunda İslam hukukçuları arasında genel bir kanı olan bilinmezlik olup umumen taraflar arasında çekişmeye yol açan bir durumdur. Satılan malın kıymetinin, cinsinin veya miktarının belirlenmemesi, semenin ifa vaktinin belli olmaması

⁹¹ İmam Muhammed, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî, *el-Câmi'u's-Sağîr*, Beyrut 1436, I, 336; Merginânî, *el-Hidâye*, III, 24, 185, III, 139; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 5-7, 48; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 284; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342- 348, 353, 361; Darîr, *el-Garar*, 175.

⁹² Haskefi, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 106, 332.

⁹³ Dönmez, "Cehâlet", *DİA*, VII, 220.

⁹⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, XIV, 217, XV, 134-136, XX, 299, 300; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342, 557; Haskefi, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 63, VI, 63, VII, 724; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 173, 185, 284, 285, 300; İbn Useymin, Muhammed b. Salih b. Muhammed, *eş-Şerhü'l-Mümteni' 'ala Zâdü'l-Müstenki'*, I-XV, yy, 1422-1428, VIII, 158; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'Akd*, 258-259; Dönmez, "Cehâlet", *DİA*, VII, 220; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 78.

ve kefalet akdinde meçhul bir kişinin kefil olarak tayini gibi bilinmezlikler akdin fesadına sebep olacak nitelikteki cehalettir.⁹⁵

- c) Mutavassıt cehalet: Her iki cehalete dâhil olması mümkün olan ve sınırları hususunda tartışma olan cehalettir. Bu tür bir cehaletin hükmü, mezheplere göre değişiklik arz etmektedir.⁹⁶

Görüldüğü üzere cehalet içeren akitler, çekişmeye yol açma derecesine göre değerlendirilmekte ve yalnız aşırı cehalet içeren akitler bâtıl olarak görülmektedir. Burada garar ile cehalet arasındaki farka da değinmek istiyoruz. Darîr ve Senhûrî'ye göre, akitlerde bulunan bütün bilinmezlikler garar kapsamına girmektedir. Onlara göre, cehalet garara sebebiyet veren etken olabilmekte ancak her cehalet garara sebep teşkil etmemektedir. Garar cehaletten daha geniş bir anlam ifade etmekte olup her cehalet garar olmakta, ancak her garar cehalet olmamaktadır.⁹⁷

Ancak, mahallin konusu ile ilgili belirsizlikler için garar; bilinmezlikler için ise cehalet teriminin kullanıldığı söylenebilir.⁹⁸ Netice itibariyle cehalet ile garar arasında net bir ayrım söz konusu değildir. Her iki kavramın birbirinden kesin hatlarla ayrılması mümkün değildir. Ancak her ikisinin akitte aşırı olmaması durumunda akde zarar vermeyeceği, çok olması halinde ise akdi butlana taşıyacağı bilinmelidir. İslam hukuk düşüncesine göre akitte riziko (garar) oluşturan sebeplerden cehâlet şu şekillerde karşımıza çıkmaktadır:

1. Akde konu olan şeyin görülmemesi nedeniyle cehalet; Fakihler arasında mebi'in akit meclisinde bulunmasını şart koşanlar vardır. Ancak cehaleti ortadan kaldıracak derecede vasfedilmesinin yeterli olabileceğini söyleyen fakihler de mevcuttur. Bu fikir ayrılığının altında, akdin şeffaf olmasının istenmesi ve kişiler arasında anlaşmazlığın engellenmesi düşüncesi yatmaktadır. Mebi'in akit esnasında bulunmasını şart koşturmak insanları sıkıntıya sokacak ve akit kurma işlemlerini zorlaştıracaktır. Esasen, satımda

⁹⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, IV, 142, V, 208, 209, VI, 3; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 139; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 155; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 39; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, V, 296; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342; İbn Useymîn, *eş-Şerhü'l-Mümteni*, VIII, 158; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 78.

⁹⁶ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'Akd*, 258-259; Dönmez, "Cehâlet", *DİA*, VII, 220; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 78.

⁹⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, III, 49; Darîr, *el-Garar*, 60; Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-'Akd*, 259.

⁹⁸ Dönmez, "Cehâlet", *DİA*, VII, 220.

men edilen şey aşırı cehâlet ve garardır. Aslında mebi' olan şeyin yeterince vasfedilmesi cehaleti ortadan kaldıracaktır.⁹⁹

2. Akde konu olan şeyin bizzat tayin edilmemiş olması nedeniyle cehalet; yapılacak olan akitte, akdin konusu muayyen olmalıdır. Tayin edilmemiş, benzerlerinden ayrılıp belirlenmemiş bir malın satımı söz konusu olamayacağı gibi akdi butlana götürecektir. Böyle bir durumda, malın teslimi esnasında satıcı elinden çıkarmak istediği malını vermek, alıcı ise en iyi olanı almak isteyecek ve bu durum taraflar arasında çekişmelere neden olacaktır. İslam hukuk düşüncesi ekseninde Hanefîler böyle bir satışın fasit olacağını, cumhur fukahâ batıl olacağını, söylemişlerdir. Mebi'in hangisi olduğu tayin edilmeden, "sürüden herhangi bir hayvanı", "birçok kumaş içindeki herhangi bir kumaşı" satmak akde konu olan şeyin tayin edilmemesine örnek olarak verilebilir.¹⁰⁰
3. Akde konu olan şeyin cinsinin bilinmemesi nedeniyle cehalet; mebi'in cinsinin bilinmemesi, aşırı cehâlet olarak kabul edilir. Cinsin bilinmezliği türün ve sıfatının da bilinmemesini içermektedir. Akdin bu haliyle batıl olduğu hususunda İslam hukukçuları arasında ittifak vardır.¹⁰¹
4. Akde konu olan şeyin sıfatının bilinmemesi nedeniyle cehalet; akde konu olan şeyde sıfatın bilinmemesi cehalet kabul edilmekte ve akdin fasit olmasına neden olmaktadır. Mebi'de vasfedilen sıfatlar mevcut değilse vasıf muhayyerliği söz konusu olur.¹⁰²
5. Akde konu olan şeyin miktarının bilinmemesi nedeniyle cehalet; miktarı belirlenmemiş akit de fasit hale gelmektedir. Çünkü bu şekilde yapılan bir akit kişiler arasında çekişmeye neden olur. Miktarın bilinmesi şartı, garar ve ribayı engellemek için konulmuştur.¹⁰³
6. Akde konu olan şeyin teslim tarihinin bilinmemesi nedeniyle cehalet; Hanefî doktrinine göre mebi'in teslim tarihinin bilinmemesi nedeniyle akit fasit olur.

⁹⁹ Desûkî, *Hâşiye*, III, 249; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 529.

¹⁰⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-sânâ'i*, V, 156; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, XIV, 217, XV, 474; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 16; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına'*, III, 163; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 169.

¹⁰¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, IX, 52; Aynî, Ebû Muhammed (Ebû's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, I-XIII, Lübnan 1420/2000, X, 372; Darîr, *el-Garar*, 167, 168; Dönmez, "Garar", *DİA*, XIII, 368; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 98-99.

¹⁰² Rafîî, *Şerhü'l-Vecîz*, VIII, 146; Nevevî, *el-Mecmu'*, I, 266; Dimyâtî, *I'ânetü't-Tâlibîn*, III, 105; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 98-99.

¹⁰³ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 326; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 174.

Ancak teslim tarihi bilinir hale getirilirse akit sahih hale gelir.¹⁰⁴ Mebi'in tesliminde cehâlet, aynı zamanda selem akdini yakından ilgilendirmektedir. Bilindiği üzere selem, "semenin peşin, mebi'in vadeli olması yani mevcut olmayan misli malın peşin para karşılığında satışı" şeklinde tarif edilmektedir.¹⁰⁵ Ancak selem akdinin meşruluğu hususunda ittifak söz konusudur. Bu konuyu ileride ele alacağımız için burada ayrıntılarına girmiyoruz.

1.1.5.1.3. Akde Konu Olan Şey Teslim Edilebilir Olmalı

Akitlerde müşterinin amacı, akde konu olan şeye, satıcının ise semene sahip olmaktır. Bu da ancak mülkiyetin karşı tarafa devriyle yani akde konu olan şeyin müşteriye teslimi ile mümkün olur.

Akde konu olan şeyin teslim edilebilir olması demek, akdin yapıldığı esnada veya akitte belirlenen vakitte satılan şeyin sağlam, kullanılabılır bir şekilde müşterinin eline geçmesidir.¹⁰⁶ Hanefî, Mâlikî, Şafîî ve Hanbelî mezhepleri in'ikâd şartları arasında mebinin makdûru't-teslîm olmasını saymışlardır.¹⁰⁷ Dolayısıyla söz konusu fukahâ arasında teslim edilmesi mümkün olmayan şeyin satılmasının caiz olmadığı, garar barındırdığı ve nizaa neden olduğu için akdin batıl olduğu yönünde ittifak söz konusudur.¹⁰⁸ Klasik fıkıh kitaplarında makdurut-teslim olmayan şeylerin satışına habelü'l-habele, uçan kuş ve suda yüzen balık en çok verilen örnektir.

1.1.5.1.4. Semenın Mütেকavvim ve Muayyen Olması

Semen, "bedel, satım bedeli, fiyat, bedel, kıymet ve para" gibi anlamlarda kullanılmaktadır. Ma' kudun bih olarak da nitelenen semen "bir satış işleminde mebi'in

¹⁰⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 261, 262; Dönmez, "Garar", *DİA*, XIII, 368; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 98-99.

¹⁰⁵ Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud, *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, yy ts., I-X, IX, 386; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 209.

¹⁰⁶ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 24;

¹⁰⁷ Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XVII, 298, XVIII, 147; Mâzerî, el-İmam Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Ömer, *Şerhü't-Telkîn*, tah. Muhammed eş-Şâzelî en-Neyfer, I-V, Dâru ğarbi'l-İslâmî, yy 2008, III, 168, 471; Sa'dî, Ebu Muhammed Celaeddin Abdullah b. Necm b. Şâs b. Nizâr el-Cezzâmî es-Sâ'dî el-Mâlikî, *Akdü'l-Cevâhir es-Semîneti fi Mezhebi Âlimi'l-Medîne*, I-III, Dâru'l-garb el-İslâmî, Beyrut 1423/2003, II, 618, 672; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 148.

¹⁰⁸ İbn Ebû Zeyd, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât 'ala mâ fi'l-Müdevvene min Ğayrihâ mine'l-Ümmâhât*, Dâru ğarbi'l-İslâmî yy. 1999, VI, 149, 150.

karşılığında her iki tarafın üzerinde anlaştıkları bedel” olarak tanımlanmaktadır. Zaten satım işleminde müşteri mebiî satıcı da semeni elde etmek için akit yapmaktadır. İslâm hukuk düşüncesinde bey’ akdi temlik gayesi taşıyan bedelli bir akit olması hasebiyle semen bey’ akdinin temel gereklerindendir. Dolayısıyla semen, mütekavvim mal olmalı, miktarı ve özellikleri de bilinmelidir.

Semen Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikîler’e göre satım akdinin rükünlerinden sayılmaktadır.¹⁰⁹ Bunun için cumhur fukahaya göre semen tayin edilmeden yapılan akit batıl olmaktadır. Hanefîler’e göre ise semen rükün sayılmamakta akdin gereği olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁰ Hanefî doktrininde semende miktar, vasıf ve ödeme şekli açısından belirsizlikler akdin fesad sebebidir.¹¹¹ Akitte mebi’ın peşin olmaması durumunda akdin batıl olacağını dile getirmiştir.¹¹²

1.1.5.2. Akitte Diğer Sıhhat Şartları

1.1.5.2.1. Akit Kurulurken İkraah Olmamalı

Hanefîler feshi kabil olmayan nikâh, talak gibi akitlerde rızanın aranmayacağı yönünde fikir beyan ederlerken, feshi kabil akitlerde ise rızanın akdin sıhhatinin şartı olduğunu söylemişlerdir. Bu tür akitlerde, ikraah mülci olsun gayr-ı mülci olsun Hanefîler akdin fasit olacağı yönünde fikir beyan etmişlerdir.¹¹³

Ancak Hanefîler dışında kalan mezhepler ikraah olması durumunda akdin batıl olacağı görüşünü dile getirmişlerdir.¹¹⁴

1.1.5.2.2. Aynî Temlik Akdinin Muvakkat Olmaması

Akdi belli bir zaman için yapmış olmak akdi ifsat eder. Çünkü aynî malın mülkiyeti vakit sınırlaması kabul etmez. Ancak icare gibi akitlerde zaman sınırlaması

¹⁰⁹ Karafî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısrî, *ez-Zahîre fî'l-Fıkh*, I-XIV, Beyrut 1994, VIII, 83; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 3; Sâvî, Ahmed b Muhammed el-Halvetî, *Haşiyetü's-Sâvî*, yy ts, IV, 292.

¹¹⁰ Karafî, *ez-Zahîre*, VIII, 83, VIII, 83; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 3; Sâvî, *Haşiyetü's-Sâvî*, IV, 292; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, V, 278; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 504, 505.

¹¹¹ İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 109.

¹¹² İbn Müflih, *el-Mübdî*, VI, 276; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, V, 278; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 227; Desûkî, *Hâşîye*, IV, 389; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 504, 505; ayrıca bkz. *Mecelle*, 364. Md.

¹¹³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VII, 186-190.

¹¹⁴ İbn Kudâme, *Muğni*, IV, 462; Desûkî, *Hâşîye*, III, 7.

söz konusu olabilir. Çünkü icare akdinde menfaatin belirli bir süreliğine temlikî söz konusudur. Halbuki satım gibi ayn satışı olan akitlerde mülkiyetin intikali zorunludur.

1.1.6. Akit Çeşitleri

Klasik fıkıh kitaplarının genel sistematigi içerisinde akitlerle ilgili genel bilgiler bey' akdi bağlamında ele alınmış olup diğer akitler de bu akit çerçevesinde değerlendirilmiştir. Ancak akitlerin hususi şartları ile ilgili bilgiler her akdin kendi başlığı altında incelenmiştir. Gerek klasik gerekse çağdaş eserleri incelediğimizde akitlerin çeşitli yönlerden tasnif ve taksime tâbi tutulmuş olduğunu müşahade etmekteyiz. Zerkâ, Senhurî ve Mahmasânî başta olmak üzere bazı İslam hukukçuları da, İslam hukukundaki akitleri, Batılı hukukçuların sistematigine uygun hale getirerek eserler vermişlerdir.¹¹⁵ İslam hukukçularının yapmış olduğu tasniflere göre akit çeşitleri şunlardır:

Meşruiyet bakımından akitler; meşru ve gayri meşru, sıhhat bakımından akitler; sahih, batıl ve fasit, dâmân mesuliyeti bakımından akitler; ukudü'd-damân, ukudü'l-emânât, züş-şebeheyn, ayn ile ilgili olma bakımından akitler; aynî olan, aynî olmayan akitler, nefâz bakımından akitler, nâfiz, mevkuf akitler, lüzûm bakımından akitler; lazım akitler, gayri lazım akitler, ıvaz- teberru bakımından akitler; bedelli, teberru ve ibtidaen teberru ve intihaen bedelli olan akitler, süresi bakımından akitler; süreli, süresiz akitler, gayeleri bakımından akitler; temlikât, müşâreket, tevsikât, muhafaza ve ıskatât, şekil-rıza bakımından akitler; rızâî akitler, şeklî akitler, isimli- isimsiz olması bakımından akitler; isimli ve isimsiz akitler olmak üzere birçok başlık altında akitler incelenmiştir.¹¹⁶

Biz burada konumuzla doğrudan bağlantılı olan tazmin sorumluluğu açısından akitler, isimli ve isimsiz akitler ile gayeleri bakımından akitleri rizikolu akitlerin sistematik içerisindeki yerini göstermek amacıyla inceleyeceğiz. Diğer akitler

¹¹⁵ Bu ve benzeri tasnifler için bkz. Mahmasânî, *Nazariyetü'l-Amme li'l-Mucebât ve'l-Ukûd*, Beyrut 1948; Senhurî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire 1954; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd*, Dimeşk, 1968; Karaman, "Akid", *DİA*, II, 251-256; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, 151-153; *el-Mevsuatu'l-Fıkhîyye*, XXX, 227-238.

¹¹⁶ Mahmasânî, *Nazariyetü'l-Amme li'l-Mucebât ve'l-Ukûd*, Beyrut 1948; Senhurî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire 1954; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd*, Dimeşk, 1968; Karaman, "Akid", *DİA*, II, 251-256; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, 151-153.

konumuzla bağlantılı olmadığı ve gereksiz uzatmaya neden olacağı için adlarını saymakla iktifa etmiş olacağız.

1.1.6.1. Tazmin Sorumluluğu Açısından Akitler

Damân “fiili tasarruf” kapsamında olan ve hukuka aykırı bir şekilde bir kişinin şahsına yahut malına zarar veren fiil olarak nitelenen “haksız fiil”den doğan ödeme mesuliyetidir. Damân; gasb veya itlaf durumunda misliyyattan olan bir şeyin mislini, kıyemiyattan olan şeyin ise kıymetini vermektir.¹¹⁷

Kurulan bir akdin neticesine göre, akde konu olan mal veya menfaati yanında bulunduran şahsın tazmin sorumluluğu, bir başka deyimle mal veya menfaatin itlaf veya telef edilmesi durumunda meydana gelen zararın kim tarafından karşılanacağı yönüyle akitler:

Daman Akitleri, satım, karz, akitleri gibi, emanet akitleri vedia, ariyet, şirket, mudarebe gibi akitlerdir. Mudârebe; emek-sermaye ortaklığı olup mudaribin elinde olan sermayesi sahibinin izni ile kabzedildiği için emânet addedilir. Mudarebe akdi damanın ikinci manası olan riske katlanma yönüyle aynı zamanda rizikolu akitler içerisinde incelenecektir.

1.1.6.2. İsimli Akitler-İsimsiz Akitler

Borçlar hukukunda akitler, hükümlerine ve hukuk düzeni içinde düzenlenmiş olup olmadıklarına göre tasnif edilir. Bu akitler “hukukta düzenleme altına alınmış” ise isimli akitler, “hukukta düzenlenmesi yapılmamış” ise isimsiz akitler diye adlandırılır. Bir başka ifadeyle isimli akitler, “hukuk tarafından belirlenmiş olup konularına ve gayelerine uygun bir şekilde ismi olan akitlerdir.” Bey’, icâre, karz ve selem gibi akitler bu kabildendir.¹¹⁸ Şayet herhangi bir hukuk sistemi yalnızca isimli olan akitlerin yapılmasına müsaade ediyor, yeni ve henüz isimlendirilmemiş akitlerin düzenlenmesini kabul etmiyorsa bu hukuki sistemde akit hürriyetinin mevcut olmadığı sonucuna varılır.

¹¹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkâm*, I, 448, 449.

¹¹⁸ Pezdevî, *Kenzü’l-Vusûl*, I, 257; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, V, 49; Zerkâ, *el-Fıkhü’l-İslâmî fî Sevbihî’l-Cedîd*, Dimeşk, I, 1968, “İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması”, trc. Servet Armağan, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No 17 İstanbul 1988, 51, 52; Karaman, Hayrettin, “Akid”, *DİA*, II, 251-256 İstanbul 1989.

İsimsiz akitler ise, insanların gereksinim ve amaçlarına göre icat ettiği, yasa ve hukukun umumi ilkeleri çerçevesinde inşa edilen akitlerdir. Zamanla hukuk sistemi bu isimsiz akitlere düzenleme getirir ve bu akitler de isimli akitlere dönüşür. İslam hukukunda önceleri isimsiz olup daha sonra isim verilen bey' bi'l-vefâ ile günümüzde sigorta akitleri ve birçok yeni rizikolu akit bu kabildendir. İslam hukuku, gereksinimlere göre ihdas edilen ve temel prensiplerine aykırılık teşkil etmeyen akitler yapılmasını yasaklamamıştır. İsimsiz akitlerin yapılmasına izin vermeyen hukuk sistemleri durağan olma niteliği taşıyıp gelişme göstermez. Aslında bu da hayatın olağan gelişimine ters bir durum olup yeni isimsiz akitlerin yapılmasına müsaade etmemek insanların yaşamlarını zora sokmak manasına gelir.

İslam hukuk düşüncesinde olduğu gibi mer'i hukukta da, insanlar yeni isimsiz akit yapma serbestiyetine sahiptirler. Akit yapma serbestisi, kanuna ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla, kişinin akit yapma, akit yapacağı tarafı seçme, akdin şeklini, içeriğini ve şartlarını istediği şekilde belirleme, akdi değiştirme ve sona erdirmeye serbestiyetini kapsar. Bunun için, kişiler mevzu bahis çerçevede akit yapma hürriyetine sahip olup kanuna ve adaba aykırı olmamak kaydıyla, istedikleri şekil ve mahiyette isimsiz yeni akitler yapabilirler.

Kur'an ve sünnette akit çeşitlerinin hepsinin ismen zikredilmemesi isimsiz akit anlayışının esas olduğuna delalet etmektedir. Ancak, Kur'an ve sünnetin belirlediği temel prensipler çerçevesinde, riba, hile veya aldatma ile elde edilen haksız kazançlar, garar gibi ahlaki olmayan borç ilişkileri yasaklanmıştır. Buna göre, İslam hukuk düşüncesinde, yukarıdaki ölçüler çerçevesinde, toplumda yeni çıkan isimsiz akitlerin yapılmasına herhangi bir hukuki engel olmadığı için günümüzde ihdas edilen rizikolu akitlerin İslam hukuku temel prensiplerine uygun olduğu müddetçe yapılmasının önünde engel bulunmamaktadır.

1.1.6.3. Gayeleri Bakımından Akitler

Borçlar hukukunda akitler çok sayıda olup farklı kriterlerle sınıflandırılır. Bu sınıflandırmada gayelerine göre akitler içerisinde ele alacağımız rizikolu akitler, klasik dönemde olduğu kadar günümüz problemlerinin de en önemli tartışmalarını barındırmaktadır.

Klasik İslam hukuku eserlerinde, gayeleri bakımından yapılan akitlerin ve diğer akitler hakkındaki malumat bir konu altında değil de dağınık bir tarzda yer alan tasniflerde olduğundan İslam hukukçularınca akitlerin gayelerine göre yapılan tasniflerde, iş görme ve kullandırma akitleri ile rizikolu akitler diye isimlendirilen akit grupları yoktur. İslam hukukunda akitlerin gayeleri açısından sınıflandırılması rizikolu akitlerin kavranmasına katkı sağlayacağından, ayrıca fıkıh kitaplarındaki temlik gayeli akitlerle ilgili tasnifin verilmesi yararlı olacaktır:

- a) Temlikât; mülkiyetin el değiştirmesi amacıyla yapılan akitlerdir.¹¹⁹ Bey' akdi bu kabildendir. Temlikat akitleri bedelli, teberru ve zü's-şebheyn akitler olmak üzere üç kısımdan oluşur:
 - Bedelli Akitler; her iki tarafın bedel verdiği sözleşmelemdir. Taraflardan birinin akdin konusu olan mal veya menfaati, diğer tarafın semeni verdiği sözleşmelerdir. Bey' ve icare akitleri bedelli akitlere örnek olarak verilebilir.¹²⁰
 - Teberru' Akitleri; kişinin sahibi olduğu mal veya menfaati bedelsiz bir şekilde vermesi yoluyla yapılan akitlerdir.¹²¹ Hibe, umrâ gibi akitler teberru akitlerindendir. Umrâ aynı zamanda rizikolu bir akitir. Umrânın hem teberru' akdi hem de rizikolu bir akit olması günümüzde kurulan rizikolu akitlerden olan ölünceye dek bakma akdinin umrayla kıyas yapılabilmesi açısından ehemmiyet arz etmektedir.
 - Zü's-şebheyn Akitler; başlangıçta teberru' sonuçta muavazalı olan akitler. Karz akdi bu türden bir akitir.
- b) Müşâreket; Ortaklık gayesine yönelik akitlerdir. Şirket akitleri bu akitlere örnektir.
- c) Tevsikât; alacağı garanti altına almak için yapılan akitlerdir.¹²² Rehin ve kefalet akitleri bu tür akitlere örneklik teşkil eder. Bu tanımdan hareketle kefalet sözleşmesi bir yönüyle teminat akdi (tevsikât) bir yönüyle de rizikolu bir akit olmaktadır. Bunun için rizikolu akitlerden olan teminat mektubu'nun

¹¹⁹ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, 144.

¹²⁰ Zerkâ, "İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması", trc. Servet Armağan, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 58; *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, XXX, 234.

¹²¹ *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, XXX, 234.

¹²² Karaman, Hayrettin, "Akid", *DİA*, II, 252.

kefalet sözleşmesiyle kıyas edilmesi konumuza temel teşkil etmesi yönüyle önemlidir.¹²³

- d) İtlakât; fiil ve tasarrufta birinin yerini bir başkasının alması amacıyla inşa edilen akitlerdir. Vekâlet ve vasiyet bu tür akitlerdendir.
- e) Muhafaza akitleri; malı koruma altına alma saikiyle inşa edilen akitlerdir.¹²⁴ Vedia ve bekçilik akitleri bu tür akitlere verilebilecek misal olarak kabul edilmektedir.
- f) Iskatât; belli bir bedel karşılığında ya da herhangi bir bedel olmaksızın kişinin kanuni haklarından birinden vazgeçmesi hususunda inşa edilen akitlerdir. Kişinin şuf'a hakkından vazgeçmesi ile alacaklının borçlusunu ibra etmesi bu tür akitlerdendir.
- g) Rizikolu akitler; Pozitif hukukta sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı akitler¹²⁵ olarak nitelenen aynı zamanda tezimizin konusu olan bu akitleri daha ileride ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

Borçlar hukuku öğretisine uygun şekilde yapılan sınıflandırmayı genel olarak özetlediğimizde, kanunda düzenlenmiş akitler, yapılış gayelerine göre, a-Temlik borcu doğuran akitler, b - Kullandırma gayeli akitler, c- İş görme akitleri, d- Muhafaza gayeli akitler, e- Teminat gayeli akitler, f- Temsil gayeli akitler, g- Ortaklık gayeli akitler, h- Rizikolu(Rizikolu) akitler olmak üzere başlıca sekiz başlık altında incelenebilir.¹²⁶

1.1.7. Akit Hürriyeti

İslâm Hukuku temel prensipleri Kur'an, sünnet ve müçtehit imamlar perspektifi bağlamında incelendiğinde geniş bir akit yapma ve şart koşma hürriyetinin temel esaslardan biri olarak benimsendiği göze çarpmaktadır. Akit yapma hürriyeti bireyin sözleşme yapıp yapmama, kiminle akit yapacağını seçme, akdin içeriğini ve şartlarını istediği tarzda belirleme serbestiyeti şeklinde anlaşılır. Akit hürriyeti muhteva olarak

¹²³ İdris, Abdülfettah Muhammed, *Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 1428/2007 yy, 32,33; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, 144.

¹²⁴ Karaman, Hayrettin, "Akid", *DİA*, II, 252.

¹²⁵ İdris, *Nazariyyetü'l-Akd*, 38.

¹²⁶ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, II, İstanbul 1977, 26-27; Halûk Tandogan, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, c. I, Evrim Basım, İstanbul 1990, 5-6; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, 87,88; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 65.

ise; hukuka, örf ve ahlaka aykırı olmaması şartıyla, kişinin akit inşa etme hususunda, istediği kimseyle akit imzalama, akdin şekil, içerik ve şartlarını istediği şekilde belirleme, akdi değiştirme ve akdi feshetme serbestiyetini kapsar. Bu itibarla, insanlar kendilerine tanınan akit yapma hürriyeti çerçevesinde, İslam hukukuna, örf ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla, diledikleri tarzda akit inşa edebilirler.¹²⁷

Kur'an ve sünnette akit çeşitlerinin tümünün isminin sayılmaması, bu konuda genel ilkelerin belirlenmesi isimsiz sözleşme düşüncesinin esas olduğunu göstermektedir. Kur'an ve Sünnetin belirlediği genel esaslar içerisinde, borç ilişkilerinde riba, değişik hile ve aldatmalarla elde edilen bütün haksız kazançlar, garar, karaborsacılık ve ahlaki olmayan durumların akitlerde olmaması gerekir. Kur'an ve sünnet'te borç ilişkilerini ilgilendiren mevzularda, genel manada, yapılan akitlere uyulması hususunda kat'i ve açık ifadeler bulunmaktadır. “*Evfü bi'l-ukûdi*”¹²⁸, “*Ehellellahu'l-bey*”¹²⁹ “*le tekülü emveleküm beyneküm bi'l-bâtılı illâ en tekûne ticareten 'an terâdin*” şeklindeki ayet-i kerimeler ile “*el-müslimûne 'ala şurûtihim*”¹³⁰ ifadesiyle başlayan hadisler, helalin haram, haramın da helalleştirilmesi ve rızanın çiğnenmesi gibi şartlar dışında, müslümanların söz verdikleri şartlara uymak mecburiyetinde olduklarını açık bir biçimde bildirmiştir. Buradan hareketle İslam hukuk düşüncesinde, verilen ölçüler içerisinde, toplumda yeni çıkan isimsiz akitlerde olduğu gibi, söz edilen şartları çiğnemeyen rizikolu akitlerle yapılan borç münasebetlerine Kur'an ve sünnette herhangi hukuki bir engelin olmadığını görmekteyiz.

Zahirîlerin de içinde bulunduğu bir grup fukahâ; sadece nasla belirlenen akitleri yapmanın caiz olduğu, bunun dışında kalan akitleri yapmanın caiz olmadığı prensibini kabul ederken, cumhur fukaha naslarla yasaklanan, kıyas ve icmâ'ya aykırı olan akitlerin yapılamayacağı ve bunun dışındaki tüm akitleri yapmanın yukarıda zikri geçen ayet ve hadisler referans alınarak serbest olduğu yönünde fikir beyan etmişlerdir.¹³¹ İbn

¹²⁷ Muhammed Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'Akd fi'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Mısır, 1977, 258; Karaman, “*Akid*”, *DİA*, II, 251-256.

¹²⁸ Maide, 5/1.

¹²⁹ Bakara, 2/275.

¹³⁰ Buhârî, “*İcâre*”, 14; Ebû Dâvûd, “*Akdiye*”, 12; Tirmizî, “*Ahkâm*”, 17; Dârekutnî, “*Sünenu'd-Dârekutnî*”, III, 426.

¹³¹ Remlî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtâc ile Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dârü'l-fıkr, Beyrut 1404/1984, III, 456; Ali Bardakoğlu, *İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı*, EÜİFD, sayı:1, Kayseri 1983, 8,9; Halit Çalış, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*, Dini Araştırmalar,

Teymiye (v. 728/1328), dört mezhep içinde akit ve şart hürriyetini en çok genişleten fakihidir. İbn Teymiye makasıd-ı şeria'ya aykırı olmayan her türlü akdin yapılabileceğini ve her türlü koşulun ileri sürülebileceğini dile getirmiştir.¹³²

İslam hukukçularının akit serbestiyeti hakkında ittifak ettikleri sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1. Akitleşme hürriyetinin varlığı ve akdin inşasında hür irade ve rızanın şart olduğuna ittifakla karar vermişlerdir.¹³³
2. İslam hukuk düşüncesine aykırı hiçbir akdin inşa edilemeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir.¹³⁴
3. İslam hukuk düşüncesinde; hakkında kesin bir hüküm bulunmayan konularda ise bazı fakihler, Şari'in iznini ileri sürerek bireyin özgürlüğünü asgariye indirmişler, geriye kalan büyük çoğunluk ise akitlerde asıl olanın serbestlik olduğunu söylemişlerdir.¹³⁵

Sonuç itibariyle akit serbestiyeti, borçlar hukukunun en önemli ilkelerinden birisini meydana getirmektedir. Kişiler ehliyetli olmaları halinde kendi özgür irâdeleriyle bir akit yaparken mesuliyet altına girmeden evvel bazı hürriyetleri haizdir. Kişinin İslam hukukunun belirlediği temel ilkeler içerisinde akit yapma, kiminle akit yapacağını, akdin çeşidini ve şartlarını belirleme hürriyeti mevcuttur. Her akdin taraflara değişik hak ve sorumluluk vermesi doğaldır. Bu hak ve sorumluluklar neticesinde kişiler yaptıkları akdin içeriğini düzenleme veya değiştirme özgürlüğüne sahiptir.

İslam hukukunda kişinin kendisine tanınan helal haram yapma ve yukarıda zikrettiğimiz ilkeler kapsamında olmak kaydıyla akit yapma hürriyeti çerçevesinde istediği akdi yapabilmesi söz konusudur. Akit hürriyeti esas olmakla birlikte İslam hukuku hem toplumu hem de bireyleri koruma altına almak için değişik düzenlemeler

VII, sayı:19, 269-295; Abdurrahman Haçkalı, "İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar*, Mayıs-Ağustos 2002, V(13), 119-136.

¹³² İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyyetü'l-fikhiyye*, nşr. Abdüsselam Muhammed Ali Şâhîn, Beyrut 1414/1994, 155,157; Bardakoğlu, *İslam Hukukunda Akit Hürriyeti*, 23.

¹³³ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 14, 18, 24; Bardakoğlu, *İslam Hukukunda Akit Hürriyeti*, 23.

¹³⁴ Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb (ö. 450/1058), *el-Hâvî'l-Kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvîd ve Âdil Ahmed Abdülmevcûd, I-IX, Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut 1414/1994, I, 72, III, 199, 200; Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, I-XI, er-Rakmiyye, ts, VIII, 88, 183, 188, 217; Sa'dî, *Akdü'l-Cevâhir*, I, 269.

¹³⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 88, 183, 188, 192, 217; Bardakoğlu, *İslam Hukukunda Akit Hürriyeti*, 16.

yapmıştır. Örneğin kamu yararı göz önünde tutularak bazı akitleri yapmaktan men yahut akit yapmaya zorlama da söz konusu olabilir. Kamulaştırma, zorunlu sigorta bu kabilden sözleşmelere örnek olarak gösterilebilmektedir. Yine fertler ile toplumun maslahatının çatıştığı durumda değişik hukukî düzenlemelerle zararın asgariye indirilmesi söz konusudur. Nitekim *Mecelle'de* genel zararı ortadan kaldırmak için özel zararların tercih edileceği, az zararla çok zararın def edilebileceği, mefsedetleri def etmenin maslahatı celbetmekten daha önemli olduğu vurgulanmıştır.¹³⁶ Bütün bunlar gözönünde bulundurulduğunda İslam borçlar hukukunda düzenlemeler mevcut olmakla birlikte akit serbestiyetinin prensip olarak mevcut olduğu kanaatini taşımaktayız.

Akit sistematüğini, daha sonraki bölümlerde ele alacağımız rizikolu akitlerin daha iyi anlaşılmasına katkı sağlaması açısından burada ele aldık. Bunun neticesinde, garar ve cehalet konusunu, akdın unsurlarını ve bunlarda rizikoyu ortaya çıkaran sebepleri merkeze alarak inceledik. Akit çeşitlerini ve gayeleri açısından yapılan tasniflerde rizikolu akitlerin yerini ortaya koyduk. İslamın yeni tür akitlerin yapılması hususunda akit hürriyetine yer verdiğini dolayısıyla rizikolu akitlerin belirlenen genel ilkeler içerisinde yapılıp yapılamayacağını tespit etmek için genel bir çerçeve oluşturduk.

Tezimizin bundan sonraki bölümünde, rizikolu akitler konusunu risk teorisi temelinde ele alacağız. Böylece rizikoya sebep olan muhtemel durumları ve bu konuyla alakalı garar, damân ve riski genel bir biçimde ortaya koyacağız.

¹³⁶ “Zarar-ı âmmu def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur. Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur. İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a’zâmının çaresine bakılır. Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur. Def’-i mefâsid celb-i menâfi’den evlâdır.” Mecelle, 26-30 md.

¹⁴⁰ Feyyûmî, *el-Misbâhü'l-Münîr*, “*ha-ta-ra*” md.

kavramının garar, kumar ve tehlike anlamlarında kullanılmış olduğu müşahede edilmektedir.¹⁴¹

Risk kavramı fıkıh terimlerine özgü sözlüklerde ve fıkıh kitaplarında birbirinden değişik manalarla karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bazen akitlerin fesadına veya butlanına sebep olan ğarar, gabn veya meysir anlamında yahut başka bir akdin meşru olabilmesinin temel şartı olan dâmân manasında karşımıza çıkabilmektedir.¹⁴²

Şimdi de rizikolu akitleri tanımlamaya çalışalım:

Rizikolu akitler, risk içermesi nedeniyle bir tehlike yüklenme borcu doğuran veya akdin fesadına/butlanına sebep olan akitlerdir. Bizâtihi garar üzerine kurulmasından dolayı risk ağırlıklı olan veya risk faktörü taşıdığından dolayı rizikolu olarak nitelenen bütün akitler de rizikolu akitler bağlamındadır.

2.2. RİSKİN MAHİYETİ

Naslarda, riba, hile ve aldatma yoluyla elde edilen haksız kazanç, garar, ihtikâr ile ahlaka muğayir durumların olmaması gerektiği yönünde düzenlemelerin varlığını görmekteyiz.¹⁴³ Bu düzenlemeler çerçevesinde riskin endirekt olarak düzenlendiği ve farklı başlıklar altında zikredildiğini mülâhaza etmekteyiz.¹⁴⁴

Kur'an-ı Kerim'de, akit kurulurken dikkat edilmesi gereken hususları ve kaçınılması gereken davranışları genel manada düzenleyen, bâtil yoldan kazanç elde etmeyi yasaklayan ve helal kazanç için karşılıklı rızayı merkeze alan âyetler bu hususta yol gösterici olmaktadır.¹⁴⁵ Kur'an-ı Kerim'de: *"Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. Kendinizi helâk etmeyin. Şüphesiz Allah, size karşı çok merhametlidir."*¹⁴⁶ şeklinde

¹⁴¹ Muhammed Ammâra, *Kâmus Mustalahâtî'l-İktisâdiyye fî'l-Hadârati'l-İslâmiyye*, Dâruş-Şurûk, Beyrut 1993/1413, 195, 407, 520.

¹⁴² Râfîî, *Fethü'l-Azîz*, XI, 342; İbn Kudâme Ebû'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V, 101; İbn Müflih, *el-Mübdi'*, IV, 97; Dimyâtî, *İ'ânetü't-Tâlibîn*, III, 137.

¹⁴³ Âl-i İmrân, 3/130; Bakara, 2/188; Nisa, 4/29.

¹⁴⁴ Kumar, yasaklanan satış türleri, garar, bilinmezlik ve cehalet ile ilgili ayet ve hadisler de bu rizikolu akitlerle ilgilidir. Bkz. Âl-i İmrân, 3/130; Bakara, 2/188; Nisa, 4/29; Buharî, "Müzâraa", 25; Alaaddin Ali b. Hüsameddin el-Muttakî el-Hindî el-Burhân Fevrî, *Kenzu'l-Ummâl fî Süneni'l-Akvâli ve'l-Efâl*, nşr. Bekrî Hayyânî ve Saffet es-Sekkâ, I-XVI, Müessesetü'r-risâle, 1981/ 1401, IV, 149.

¹⁴⁵ Akitlerde asıl olan ibahadır. Bu konuyu daha önce akit hürriyeti başlığı altında incelemiştik. Bkz. 35-38.

¹⁴⁶ Nisa, 4/29.

buyurulmaktadır. Bu ayette geçen istisna munkatı' olduğundan ve kasr ifade etmediğinden “illâ”dan sonra gelen bölümün, tam anlamıyla başka bir mevzuya işaret ettiği, “illâ”dan öncekilerle bağının olmadığı ve batıl muamelelere girmediği için ticaretin dışında hibe, sadaka temlik, ibaha ve miras gibi meşru olan yolların bu yasağın haricinde kaldığı anlaşılır.¹⁴⁷

Kur'an-ı Kerim, burada meşru olmayan kazanç çeşitlerinin ana hatlarını çizmek suretiyle bizlere yol göstermektedir. Kur'an-ı Kerim haram olan bu kazanç yollarına batıl yollar diyerek şümüllü, evrensel bir ölçü koymuştur. Başta faiz olmak üzere kumar, rüşvet, ihtikâr, hırsızlık, gasp, gabin, fuhuş, hile, yalancı şahitlik ve bunun gibi ahlâka aykırı, gayrı meşru olan ve spekülasyonlarla elde edilen haram olan bütün kazanç çeşitleri batıl kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Ayetteki “*mallarınızı batıl yollarla yemeyin*” tabiri, umumi anlamda kullanılmış olup buradan sadece yenecek şeyler değil, mali tasarrufların neticesinde haksız bir şekilde elde edilen bütün kazançların kastedildiği anlaşılmaktadır.

Ayette geçen batıl kavramı, farklı ayetlerde değişik kelimelerle ifade edilmiştir: “*Yetimlerin mallarını zulmederek yemeyin*”¹⁴⁸ Şatıbî bu ayette zulüm yoluyla bir malı yemenin batıl yollarla yemek manasında olduğunu söylemiştir.¹⁴⁹ Mâzerî, batıl kelimesinin yerine, “*Ey iman edenler! Kat kat faiz yemeyin.*”¹⁵⁰ ayetinde geçen “*kat kat faiz*” kavramının batıl yollarla yemek manasında kullanıldığını ifade etmiştir.¹⁵¹ Yine başka bir ayette; “*Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek için onları hâkimlere (rüşvet olarak) vermeyin*”¹⁵² şeklinde buyurularak batıl yollarla yeme yasaklanmış ve haksız kazanç elde etmenin haramlığı vurgulanmıştır.

Bâtıl ifadesi, bu ayette ticaret alanındaki meşrû olmayan her türlü hukuki tasarrufu ve işlemi kapsamaktadır. Nitekim klasik fıkıh kaynaklarında ve tefsirlerde de bu şekilde ele alınmıştır. Mesela büyük müfessirlerden Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210), bâtil yolla

¹⁴⁷ Ebû'l-Hasen Saîd b. Mes'ade el-Mücâşî el-Belhî el-Ahfeş el-Evsat, *Meânî'l-Kur'an*, I-II, Mektebetü'l-hâncî, Kahire 1411/1990, I, 253; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, Azim Dağıtım, I-X, İstanbul ts, II, 550.

¹⁴⁸ Nisa, 4/10.

¹⁴⁹ Şatıbî, *el-Muvâfakât*, III, 186.

¹⁵⁰ Âl-i İmrân, 3/130.

¹⁵¹ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, II, 259.

¹⁵² Bakara, 2/188.

yemeyi, “*gayrı meşru olan yoldan yeme*” olarak açıklamakta ve İbni Abbas’ın batıl yolla yemekten kastettiği şeyin bedelsiz şekilde elde edilen mal veya eşya olduğunu söylemektedir.¹⁵³ İmam-ı Şafiî (ö.204/820), Allah ve Resûlü’nün menettiği bâtil yolla yemeye sevk eden akitler dışında, karşılıklı rızaya dayanan bütün satış akitlerini inşa etmenin aslen helal olduğunu belirtmektedir.¹⁵⁴ Kurtubî (ö. 671/1273) bâtil yolla yemeyi, hak etmeksizin yani meşrû olmayan yoldan yemek olarak açıklamaktadır. Kurtubî kumar, aldatma (gabn), kişilerin maddi haklarının inkâr edilmesi, gasb ve şahsın rızası dışında yaptığı muamele veya rızası dâhilinde olsa bile İslam hukuku tarafından men edilen yollarla kazanç sağlamayı bu kapsamda ele almaktadır.¹⁵⁵

Kâsânî (ö. 587/1191), nassın zahirinden hareketle karşılıklı rızaya dayanan bütün satış akitlerinin meşru ve caiz olduğunu; ancak belirli bir delil ile nehyedilen riba, mükrehin satışı vb. bâtil yolla yemeye sevk eden akitlerin caiz olmadığını söylemektedir.¹⁵⁶

İbnü’l-Arabî (ö. 543/1148), bu ayeti bedelli işlemlerin esasını belirleyen bir ayet olarak niteledikten sonra bunun da dört ana ilke olarak incelenebileceğini söyler: “Allah’ın bey’i helal kılıp ribayı yasaklaması, garar hadisleri, makâsıdı itibara alma, maslahatları göz önünde bulundurma.”¹⁵⁷

Ayrıca İbnü’l-Arabî, bir şeyin bâtil olduğuna kesin kanaat getirebilmek için şer’î delile ihtiyaç olduğunu söyler. Ona göre, haramlığına delil olmadıktan sonra muamelelerde aslolan ibahadır. Ancak ribanın ve gararın yasaklanması durumunda olduğu gibi şer’î delil getirildiği takdirde, o akdin yapılması haram olarak kabul edilir.¹⁵⁸

Hadislere bakıldığında ise, risk kelimesinin ve türevlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu türevlerin çok değişik anlamlarda kullanımı söz konusudur. Dolayısıyla Kur’an-ı Kerim’in aksine, *ha-ta-ra* kökünün hadislerdeki anlam yelpazesi oldukça geniş olup risk kavramıyla tezimizde kastedilen manaların da bir kısmını

¹⁵³ Ebû Abdillâh Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. Hüseyin er-Râzî et-Taberistânî, *Mefâtiḥü’l-Ğayb mine’l-Kur’an-i’l-Kerim*, Dârü İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, I-XXXII, yy, ts., X, 54.

¹⁵⁴ Şafiî, *el-Üm*, III, 3, 36.

¹⁵⁵ Kurtubî, *el-Câmi’ li Ahkâmi’l-Kur’ân*, II, 338.

¹⁵⁶ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, V, 188.

¹⁵⁷ İbnü’l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ’, Dârü Kütübi’l-ilmîyye, I-IV, Beyrut 1424/2003, I, 137.

¹⁵⁸ İbnü’l-Arabî, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, I, 137-138.

içerisinde barındıracak şekilde kullanımının olduğu tespit edilmektedir. Hadis kitaplarına baktığımızda risk kelimesinin hadislerdeki kullanımlarının başlıcaları şunlardır:

1. Riski garar manasıyla kullanan ve yasaklayan hadislerde geçen “muhâtara” kelimesi,¹⁵⁹
2. Şeytanın namazda insana vesvese vermesi anlamında geçen “hâ-ta-ra” kelimesi,¹⁶⁰
3. Allah Rasulüne en faziletli iş sorulduğunda kişinin düşmanla karşılaşması ve nefsin ve malını riske atmasını ifade eden “ha-ta-ra” kelimesi,¹⁶¹
4. Kişinin bir şeyi hatırlaması, aklına gelmesi manasında kullanılan “hâ-ta-ra” kelimesi,¹⁶²
5. Resûlullah’ın (sav) bi’ri mauna hadisesi nedeniyle Mudar kabilelerine beddua etmesi neticesinde oradan gelen bir ‘arabînin onlar için kılığın ne dereceye vardığını anlatmak için hiçbir erkek hayvanın hareket etmediğini belirtmek için kullandığı “hâ-ta-ra” kelimesi.¹⁶³

Belirtelim ki hadislerde risk kavramının, değişik manalarda kullanımının yanında kavram haline gelmemiş olmasına rağmen belirsizlik, bilinmezlik ve garar anlamındaki fiillerde kullanıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan, ticaret ve akitler konusunda Kur’an-ı Kerim’de belirlenen genel prensiplere ilaveten; kişilerin imkân ve yetenekleri doğrultusunda çalışıp kazanmaları, ticaret yapmaları, bunun için işbirliği ve işbölümü yapmaları ve ihtiyaçları doğrultusunda harcamada bulunmalarının teşvik edilmiş olduğu, hatta bu uğurda sarf ettikleri gayretin Hz. Peygamber (sav) tarafından ibadet olarak nitelendirilmiştir. Buna ek olarak; Hz Peygamber’in (sav) belirlenen bu genel prensipleri açıkladığı, değişik örneklerle detaylandığı ve bu ilkelere belirgin bir çerçeve çizdiği gözlenmektedir.

¹⁵⁹ Muttakî el-Hindî, *Kenzu’l-Ummâl fi Süneni’l-Akvâli ve’l-Efâl*, IV, 149. ((أنهم كانوا يكرهون الأرض على عهد النبي ﷺ عن ذلك فقلت لرافع فكيف هي بالدينار والدرهم فقال رافع ليس بها بأس بالدينار والدرهم وقال الليث وكان الذي نهى عن ذلك ما لو نظر فيه ذوو الفهم بالحلال والحرام لم يجزوه لما فيه من المخاطرة؛ Buharî, “Müzâraa”, 25.

¹⁶⁰ Buharî, “Ezân”, 6. حَتَّى يَخْطُرَ بَيْنَ الْمَرْءِ وَنَفْسِهِ

¹⁶¹ Buharî, “Î’deyn”, 26. فقالوا : يا رسول الله ، ولا الجهاد ؟ قال : ولا الجهاد ، إلا رجل خرج يُخاطرُ بنفسه وماله ، فلم يرجع بشيء Muttakî el-Hindî, *Kenzu’l-Ummâl*, X, 467.

¹⁶² Muttakî el-Hindî, *Kenzu’l-Ummâl*, II, 491. العجب من رؤيا الرجل أنه يبيت فيرى الشيء لم يخطر له على بال

¹⁶³ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, II, 431. ما يتزود لهم راع ولا يخطر لهم فحل

Nitekim Hz. Peygamber (sav) öncelikli olarak hem ticaretin ilkelerini ortaya koymuş, hem de İslam'dan önce yapılagelen fakat İslam'a aykırı olan akitleri açıkça yasaklamış, herhangi bir aykırılık içermeyen akitlerin de yapılmasına herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Yani sünnet, bulunduğu dönemde mevcut olan sözleşmelerde akdin sıhhatini olumsuz etkileyen durumları ortaya koymuş, bu nitelikte olan çok sayıdaki sözleşmeyi ise tek tek yasaklamıştır.

Klasik fıkıh kitaplarındaki kullanımına bakıldığında; risk, tehlike, belirsizlik, ihtimal, kumar, olasılık, garar ve akdi fasid kılan risk manalarında kullanıldığı müşahade edilmektedir.¹⁶⁴ Örneğin İmam Mâlik (ö. 179/795) rizikoyu üç manada kullanmıştır. Ona göre; teslim edilebilir olmayan malın satımı ile rizikolu işlem yapılmış olur.¹⁶⁵ Yine o, kumar oynamak amacıyla yapılan işlemi risk olarak ele alır,¹⁶⁶ ayrıca öngörülemez şart koşmayı da rizikolu işlem olarak niteler.¹⁶⁷ İmam Şafiî (ö. 204/819) riski, bir yerde imam Mâlik'e benzer şekilde cehalet olarak ele alır.¹⁶⁸ Bir başka yerde ise malın makdurut-teslim olmamasından dolayı yapılan işlemin rizikolu olduğunu ifade eder.¹⁶⁹ Hanefî Cessâs (ö. 370/981), rizikonun kumar ve meysir olduğunu söyler.¹⁷⁰ Ebu'l-Leys (ö. 373/983), Rum suresinin ilk ayetlerini tefsir ederken riski "mürahene" ve Hz. Ebubekir'in müşriklerle girdiği iddia anlamında ele alır ve inceleme konusu yapar.¹⁷¹ Görülüyor ki; burada risk tam anlamıyla tanımlanmamış; sadece riskin altında nitelendirilen cehalet, malın teslim edilememesi ve kumar, mürahene ile bahis'ten söz edilmiştir.

Diğerlerinden farklı olarak Kurtubî (ö. 671/1273) ile İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye'nin (ö. 751/1350) ve İbn Müflih'in (ö. 763/1362) riski, risk üstlenme şeklinde

¹⁶⁴ Şafiî, Muhammed b. İdris, *el-Üm*, Dâru'l-marife, Beyrut 1393, III, 39,186/ IV, 30, 237; Nevevî, *el-Mecmu'*, III, 42, VI, 204, XI, 256; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 29, 230, IX, 155, X, 36; İbnNüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, III, 84,174/ IV, 341/ VI, 197,198, 202; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, III, 46/ VI, 71,88 / VII, 100,115,128; İbn Abidin, *Reeddü'l-Muhtâr*, V, 245, 246, 294,707/ VIII, 492,493, 508.

¹⁶⁵ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, I-IX, VI, 454.

¹⁶⁶ Sahnûn Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru kütübi'l-ilmîyye, I-IV, Beyrut ts., III, 159.

¹⁶⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, III, 267.

¹⁶⁸ Şafiî, *el-Üm*, III, 263.

¹⁶⁹ Şafiî, *el-Üm*. VII, 169.

¹⁷⁰ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 11.

¹⁷¹ Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî, *Bahru'l-Ulûm*, Dâru'l-fikr, I-III, Beyrut ts, III, 5.

de anladığını görmekteyiz.¹⁷² Nitekim İbn Müflih riski biri; “el-harâc bi’d-damân” kaidesi bağlamında; kişinin risk üstlenmesi diğeri de kumar ve meşru olmayan kazanç şeklindeki riziko olmak üzere iki anlamda kullanmıştır.¹⁷³

Buradan hareketle klasik dönem fakihlerinin kiminin riski kumar, mürahene ve garar şeklinde anladıkları, kimi fakihlerin ise garar ve kumar ile meşru ticareti birbirinden ayırdığı görülmektedir. Bu durum bize risk teriminin söz konusu her iki manayı da kapsadığını rahatlıkla söyleme imkânı vermektedir. Çünkü kumar, ya tam anlamıyla kazanma veya ortaya koyduklarını tamamen kaybetme şeklinde iki ihtimal barındırmaktadır. Bu da malların batıl yollarla yenmesi manasına gelmektedir ki bu Kur’an’ın bildirdiği nehyin kapsamında yer alır.¹⁷⁴ Karşılıklı olarak yardımlaşma ve tehlikeleri bertaraf etme esasına dayalı, toplumun umûmî hacet olarak varlığına gereksinim duyduğu selem, istisna’ ve kefalet gibi akitleri de kumar ve garar akitlerinden ayırmak gerekmektedir. Bilindiği gibi İslam hukuk düşüncesinde bu tür akitler Kur’an ve sünnetle meşru görülmüştür. Ebu İshak eş-Şâtübî akitleri; “mülkiyetin bedelli veya bedelsiz şekilde intikalini sağlayan ahit şeklinde tanımladıktan sonra, menfaatler üzerine yapılan sözleşmeleri hacet menzilesinde değerlendirmiştir. Bunun dışında nefsin ve malın korunması için kurulan (zaruri miktar ve keyfiyette olan) akitleri zarûriyyât olarak nitelerken normal bir satış akdi örneğinde olduğu gibi bu zaruri miktarın dışında kurulan akitleri, hâciyyât menzilesinde görmüştür.¹⁷⁵ Yine yapılan akitlerde cehalet ve gararın olmaması ana değil tamamlayıcı unsurdur. Eğer akitlerde hiçbir surette garar olmaması şartı aranacak olursa, akit yapılması imkânsız hale gelir. Örneğin icâre hâcî veya zarurî bir akittir. Bedelli akitlerde her iki bedelin akit yapıldığı esnada bulunmasını istemek ise tekmiî unsur olmaktadır. Bu şart, menfaat türünde olmayan malların satımında kolaylıkla yerine getirilebilir. Ancak böyle bir şart kira akdinde uygulanması mümkün olmadığından geçersizdir. Çünkü akde konu olan şey menfaattir ve hazır bulunmaz, zamanla meydana gelir. Kira akdi kurulurken menfaatin

¹⁷² İbnü’l-Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir ez-Zer‘î, *Zâdü’l-Me’âd fî Hedyi Hayri’l-’İbâd*, Müessesetü’r-risâle, I-V, Beyrut 1973, V, 816.

¹⁷³ İbn Müflih, *el-Füru’*, VI, 146; Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed es-San‘ânî el-Yemenî, *Fethu’l-Kadîr el-Câmi’ beyne Fenneyi’r-Rivâye ve’d-Dirâye min İlmi’t-Tefsîr*, I-V, yy, ts, I, 135.

¹⁷⁴ “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. Kendinizi helâk etmeyin. Şüphesiz Allah, size karşı çok merhametlidir.” Nisâ, 4/29.

¹⁷⁵ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 20.

akit meclisinde bulundurulmasını istemek, bu akdin hiçbir surette yapılmaması manasına gelir. Hâlbuki insanlar bu akde ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla kira akdi saydığımız olumsuzluklara rağmen caiz kabul edilmiştir.”¹⁷⁶ Buradan hareketle toplum için hacet menzilesinde olan akitlerdeki rizikonun, Şari’in yasaklamış olduğu kumar ve gararla eş tutulmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Nitekim hacet menzilesinde olan akitler kurulmazsa hayat zor olur. İslam kolaylık dini olması hasebiyle zorlukları daima bertaraf etmiştir. İşte bunun için insanların ihtiyaçlarını giderme adına bu tür akitlerin yapılması gerekir.

Sami Suwailem’e göre, İslam hukuku açısından bakıldığında, taraflardan birinin kazancının diğerinin kaybetmesi üzerine kurulmuş riskli akitler, içinde kumar unsurları bulunması nedeniyle geçersiz olan akitlerdir.¹⁷⁷ Ancak iktisadi faaliyetin ayrılmaz parçalarından biri de şüphesiz risktir. Zira Şari’in temel amacının risk müessesesiyle iktisadî aktiviteyi yüksek düzeyde tutmak olduğunu dile getirmiştir.¹⁷⁸

Çağdaş İslam hukukçularından M. Emin ed-Darîr, gararı incelerken risk manasıyla ele almış; gararı müessir ve gayrı müessir şeklinde iki başlık altında incelemiştir. Akdin kendisi sebebiyle gayrı sahih (batıl veya fasit) olduğu rizikoyu “müessir garar” olarak tanımlarken, akitte bulunduğu akdin sıhhatine tesir etmeyen rizikoyu da “gayrı müessir garar” olarak nitelemiştir.¹⁷⁹

Yine günümüz İslam hukukçularından Ebû Zehre (ö. 1974) *et-Tekâful’ül-İctimâ’i* adlı eserinde, riski helal kazanç sağlamanın yollarından biri olarak ele almakta ve ticari malların üretilmiş olduğu yerden üretiminin gerçekleşmediği başka bir yere nakledilmesi suretiyle yapılan iş olarak tanımlamaktadır. Ebu Zehre’ye göre; her ne kadar riskin ilk kullanımı bu şekilde olsa da günümüzde geçirdiği anlam genişlemesi neticesinde, kişinin üretilen malı satın alıp kendi beldesinde hatta kendi bulunduğu köyünde satması da bu tanımın içinde yer almaktadır.¹⁸⁰

Batılı iktisatçılar riski, “beklenilen sonuca ulaştıracak olan yoldan sapma, yani sonucun belirli olmadığı talih ve tesadüfe bağlı olduğu durum” şeklinde

¹⁷⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 14.

¹⁷⁷ Sami Suwailem, “Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange”, *Islamic Economic Studies*, 7(1 & 2), Oct. ‘99, Apr. 2000, 61-102.

¹⁷⁸ Sami Suwailem, “*el-Bahs an edavât mübtekira li’l-mua’leceti’l-muhatâra*”, *Nedvetü Mahâtiri’l-Masârifi’l-İslâmiyye*, Riyad 2004, 2-3.

¹⁷⁹ Darîr, *el-Garar ve eseruh*, 585.

¹⁸⁰ Ebû Zehre, *et-Tekâful’ül-İctimâ’î fi’l-İslâm*, Dârü’l-Fikr, Kahire 1991, 47.

tanımlamaktadır.¹⁸¹ Keynes'e göre, riskin mevcudiyeti durumlarında olayların tekrarlanması muhtemel olup olayların tekrar etme olasılıklarının hesaplanabileceği bir durumu ifade etmektedir.¹⁸² Burada Keynes'in riski belirsizlikle eş tutmadığını vurgulamak faydalı olacaktır. Nitekim ona göre belirsizlik durumu, olayların hesaplanabilirliğini ortadan kaldıran bir durumdur. Keynes belirsizlik ile kastettiği şeyi daha net açıklamak için birtakım örnekler sunar. Keynes'e göre rulet oyununda temel bir belirsizlik olmadığını, bunun hesaplanabileceğini fakat Avrupa ülkelerinin kendi aralarında savaşma olasılığının ya da yirmi yıl zarfında bakır fiyatının ne olacağı hususunun, bilimsel olarak hesaplanamayacağını söyler.¹⁸³

Bir diğer iktisatçı Lavoie ise riski; her tercihi ihtimalli sonuçlara sebep olan ve sonucunun değeri bilinen, hesaplanabilen olarak tanımlarken belirsizliğin olduğu durumu ise; herhangi bir tercihten doğabilecek sonuçların bilinmediği, sonucun ihtimalinin hesaplanamadığı, değerinin bilinmediği durum şeklinde tanımlamaktadır.¹⁸⁴ Keynes ve Lavoie'nin riski yahut rizikoyu, makroekonomi planında incelediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Cantillon girişimciyi, bir malı malum bir fiyattan alıp, belirsiz bir fiyattan satan kişi olarak tanımlamakta ve geleceğin bugünden tam olarak bilinmeyişi nedeniyle girişimciliğin risk alma ve risk üstlenme vasfına işaret etmektedir. Cantillon'un, girişimcinin aldığı şeyi belirsiz fiyata satma kısmını bir kenara bırakacak olursak risk alma ile damân (risk üstlenme) manasındaki risk kavramını kastettiğini çıkarsamaktayız.¹⁸⁵

Günümüz Türk hukuku açısından rizikonun, yapıldığı esnada, sözleşmeden doğacak olan borcun ve sorumluluğun ölçüsünün kesin bir şekilde bilinmediği az çok şans ve tesadüfe bağlı olduğu sözleşmeleri tanımlamak için kullanıldığı görülmektedir.¹⁸⁶

¹⁸¹ Vaughan, Emmett vd., "Fundamentals of Risk and Insurance". Johnwiley & sons, 1999, 7.

¹⁸² Suat Yavuz- Erkan Tokucu, "Post Keynesyen İktisat ve Belirsizlik", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Sy 1, Yıl 2006, XXI, 147-161.

¹⁸³ Suat Yavuz- Erkan Tokucu, "Post Keynesyen İktisat ve Belirsizlik", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Sy 1, Yıl 2006, XXI, 147-161.

¹⁸⁴ Yavuz-Tokucu, *Post Keynesyen İktisat ve Belirsizlik*, XXI, 147-161.

¹⁸⁵ Alada A. Dinç, "İktisadi Düşünce Tarihinde Girişimcilik Kavramı Üzerine Notlar", *İÜSBF Dergisi*, No: 23-24, Ekim 2000 – Mart 2001.

¹⁸⁶ Akıntürk-Karaman, *Borçlar Hukuku*, 227; Kayar, *Borçlar Hukuku*, 229.

Tunçomağ, rizikolu akitleri bir tehlike yüklenme borcu doğuran sözleşmeler şeklinde ele almış, kefalet, kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma, kumar ve bahis ve adi şirket başlıkları altında incelemiştir.¹⁸⁷

Tandoğan, Zevkliler, Akyol ve Yavuz da ömür boyu gelir ile ölünceye dek bakma sözleşmelerini; kumar ve bahis ile birlikte sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeleri, rizikolu akitler başlığı altında incelemiş, bu akitleri sonucu talih ve tesadüfe dayalı akitler olarak tanımlamışlardır.¹⁸⁸

Öte yandan batılı hukukçu Schwarz'ın gruplandırmasına göre sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı olan rizikolu akitler; kefalet, kumar ve bahis, kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma akitlerinden meydana gelmektedir. Buradan anlaşıyor ki batı hukuku ile Türk hukukunun bu tür akitleri aynı değerlendirdikleri görülmektedir.¹⁸⁹

Hasılı burada şimdiye kadar anlattığımız riskin; a) akdin batıl veya fasit olmasına neden olan riziko b) akdin ve ticaretin meşruluk nedeni olan riziko şeklinde iki yönlü manasının olduğu ortaya çıkmaktadır. Biz tezimizde akdi olumsuz manada etkileyen rizikoyu inceleyeceğiz. Ancak ifade edelim ki rizikonun yöneldiği amacın konumuna ve önemine göre ihtiyaç nedeniyle meşru olup olmadığı konusunda ihtilaflar bulunabilmektedir. Sözgelimi selimde akdin konusu olan şey mevcut olmadığı için riziko vardır. Ancak insanların bu muameleyi yapmaya ihtiyaçları olduğu için İslam hukuku bu işlemi meşrû görmüştür.

Tezimizin akitler bölümünde akdin rükünlerini, kuruluş şartlarını ve sıhhat şartlarını sayarak akdin ne zaman sahih veya fasit/batıl olacağı, bunun da sünnet yoluyla mübeyyen hale getirildiği hususunu açıklamıştık. Özetle ifade edecek olursak nehyedilen bu akitlerde şu hususlar dikkat çekmektedir:

1. Akdin konusu olan şey şer'an kendisinden yararlanılabilen şey olarak görülmediği için hayvan leşinin, kedinin, kanın, domuzun, içkinin ve hür insanın vb. satımı nehyedilmiştir.

¹⁸⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 26-27.

¹⁸⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 5-6; Aydın Zevkliler, *Özel Borç ilişkileri*, 48-49; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4-5.

¹⁸⁹ Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt I, (Çev. Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:75), İstanbul, 1948, 28-29.

2. Akdin kendisinde riba bulunduğu için, altı maddenin birbiriyle satışında dikkat edilmesi gereken hususları bildiren hadisler ile kuru hurmanın yaş hurma ile iyi hurmanın kötü hurmayla, hayvanın etle ve borcun yine borçla satışını yasaklaması, müzâbene ve mühâkale bu kapsamda men edilmiştir.
3. Teslim edilebilir olmayan şeylerin; denizdeki balığın havadaki kuşun satışı, habelü'l-habele ve meçhulün satışı yasaklanmıştır.¹⁹⁰
4. Kumar ve ahlaksızlık barındırdığı için, meysir nehyi kapsamında bulunan tüm şans oyunları ve bir tarafın kazanması öbür tarafın kaybetmesine bağlı olan akitler bu kapsamda haram yasağına dâhil edilmiştir.
5. Kişiler arasında anlaşmazlığa sebep olan akitler haram kılınmıştır.

2.3. RİSK TEORİSİYLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR

Hukuk sistemlerinde bütün sözleşmelerin hukukî mahiyeti ve onu diğer akitlerden farklı kılan özellikleri vardır. Burada biz rizikolu akitleri değerlendirebilmek için risk teorisinin mahiyetini ve özelliklerini ele alacağız.

2.3.1. Kumar ve Bahis

Sözlükte, her türlü şans oyunu,¹⁹¹ manasında olup, “ye-sü-ra” fiilinden türetilmiş ismi zaman-mekân mastar mimi kalıbında olan “meysir” kelimesi “kımâr” sözcüğüyle eşanlamı olarak kullanılmaktadır. Araplarda “ezlâm” olarak isimlendirilen fal okları ve karşılıklı olarak iki kişiden birinin mutlak olarak kaybettiği oyun anlamlarında kullanılmaktadır.¹⁹² Türkçeye kumar şeklinde geçmiştir. İstılahta ise “şans ve rizikonun söz konusu olduğu müsabaka yahut belirsiz bir olayın neticesine bağlanan kazanç” şeklinde tarif edilebilir.¹⁹³

Kumarda şans ve tesadüfe bağlı şekilde kazanç elde etme söz konusudur. İsteyerek riske girmenin temelinde karşı tarafın servetini elde etme hırsı yatmaktadır.

¹⁹⁰ İbn Rüşd el-Ced, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, *el-Beyân ve't-Tahsil ve's-Şerh ve't-Tevcih ve't-Ta'lîl fi'l-Mesâil il-Mustahrace*, thk. Muhammed Haccî, I-XX, Beyrut 1408/1988, II, 38, 601; Sa'dî, *Akdü'l-Cevâhir*, II, 671; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, V, 288, VI, 456.

¹⁹¹ Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, “yesüra” md.

¹⁹² İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “yesüra” md.

¹⁹³ Şafiî, *el-Üm*, IV, 249; İbn Abdi'l-Berr, *el-İstizkâr*, V, 141; İbn Kudâme Ebu'l-Ferrec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 180; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 49; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “yesüra” md. ; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 31.

Kazanan ve kaybeden tarafların olduğu ve bir üretim işi olmaksızın servetin yeniden dağılımı söz konusudur. Bu servet dağılımına karar veren süreç daima şansa ve tesadüfe dayanır. Kumar, para kazanmak için tamamen tesadüfle belirlenen bir sonuç üzerine parayı riske etmektir. Tanım itibariyle kumarbaz üretim gerçekleştirmeden karşı tarafın elindeki serveti almaya teşebbüs edendir. Bununla birlikte oynayanlardan bir tarafın kaybetmesi gereklidir. Aslında bazı kumarbazlar kazansalar bile neredeyse tüm kumarbazların beklentisi kaybedecekleri doğrultusundadır. Ancak, kişi üzerinde “çalışmadan, yorulmadan, üretmeden kazanma” hedeflenmektedir.

Bütün toplumlarda bulunan, haksız menfaat veya kazanç elde etme, mal ve zaman kaybının yanında toplumsal çözülme gibi birtakım menfi durumlara sebebiyet verdiği için, dinler ve temel ahlak sistemleri tarafından menedilmiş olup kumar yasağı, İslam hukukunun temel düzenlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Esasen akit özelliği taşımayan ve oyun, eğlence olarak kabul gören kumar ve bahis nedeniyle bazen sonuç elde etme gayesiyle akit kurulabilir.¹⁹⁵ Borçlunun maddi zarar yüklenmiş olduğu ömür boyu gelir ile ölünceye dek bakma sözleşmeleri; kumar ve bahis ile birlikte sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeleri, rizikolu akitler başlığı altında incelenmiş, bu akitler sonucu talih ve tesadüfe dayalı akitler olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁶

Klasik fıkıhta “mürâhene” olarak geçen ve daha çok bedelli at yarışı olarak nitelendirilen bahis ise, “vuku bulması ihtimal dâhilinde olan bir olay ile ilgili ortaya koyduğu görüşünde veya iddia ettiği şeyde haklı çıktığı takdirde iddiası isabetli olan şahsa belirli bir şey verilmesi hususunda yapılan akit” olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁷

Kumar, bahis oyunları, şans oyunları, bir mal kazanmaya yönelik olarak oynanan her türlü tesadüfi ve ihtimalli kazanç, belirli bir karşılık ortaya konarak oynanan yani bir kişinin kazanacağı diğerinin bedel ödeyeceği her türlü oyun “meysir” kapsamına

¹⁹⁴ Ali Bardakoğlu, “Kumar”, *DİA*, İstanbul 2002, IV, 364.

¹⁹⁵ Necip Bilge, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar” *Mukayeseli Hukuk Dergisi*, 3/1(1958), 7-15; Mustafa Demiray, *Hak Zail Olmaz Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul 2009, 110, 111.

¹⁹⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 5-6; Aydın Zevkliler, *Özel Borç İlişkileri*, 48-49; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4-5; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 110, 111.

¹⁹⁷ Darîr, *el-Garar ve Eserühü*, 615; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 89.

girmektedir.¹⁹⁸ Herevî, İbn Manzûr ve Zebidî gibi birçok dilbilimci, meysir lafzının içeriğini oldukça geniş tutmak suretiyle kazanma ve kaybetme riski taşıyan her oyunun, hatta çocukların oynadığı kazanıp kaybedeni olan ceviz oyununun bile kumar kapsamında olduğunu söylemişlerdir.¹⁹⁹

TBH’de doktrinde kumar; “belirli bir para konmak suretiyle oynanan şans oyunu, bahis ise iddia ettiği noktada haklı çıkan şahsa para vb. mal verilen sözleşmeler” şeklinde tarif edilmiştir. Kanunda sonucu talih ve tesadüfe bağlı bu rizikolu akdin geçersizliği mutlak manada butlan değildir. Kumar ve bahis borçları eksik borç olarak addedilmekte olup alacak hakkı verilmemektedir. Ancak ifa edilmesi halinde; hataen, borç sayılmayan ödeme yapıldığından dolayı iade edilememektedirler.²⁰⁰

İslâm hukukunda Türk hukukundaki eksik borçların birebir karşılığı borçlar olmadığı, ifade eden Demiray, buna rağmen bir kısım diyânî borcun bazı açılardan eksik borçlara benzediğini söylemektedir. Ona göre İslâm hukukunda eksik borçlar, diyânî borçların bir alt kümesidir ve “İslâm hukukuna göre eksik borç”u, “dünyevî bir müeyyideden yoksun olduğu için alacaklısına hiçbir bir talep hakkı vermeyen ve mahkeme yoluyla elde edilemeyen, ancak hakikatte borçlunun zimmetinde sabit olduğu için ifası diyâneten gereken ve uhrevî müeyyide ile desteklenen borç” olarak tarif etmek mümkündür. Şu hâlde eksik borçların ayırt edici özelliği, sadece uhrevî müeyyide ile desteklenmiş olup, hukukî müeyyideden mahrum olmalarıdır.²⁰¹ Dolayısıyla mer’i hukukun kumarı eksik borç olarak görmesi nedeniyle İslam hukukunda eksik borç olarak kabul edemeyiz. Çünkü batıl olan bir işlem İslam hukukunda sonuç doğurmaz.

Çoğunlukla şans ve tesadüfe dayanması veya önemli bir rol üstlenmesinden dolayı kumar ve bahislerin hepsi birer riziko içermektedir. Nitekim bu tür işlemlerde taraflardan hiç biri ne kadar kazanacağını ve ne kadar kaybedeceğini bilmemektedir.²⁰² Kumarda çoğunlukla oyun hakkında tecrübe sahibi olmak söz konusuysa, bahis ve iddiada bu daha çok tahmin ve öngörü üzere kurulmuş olmaktadır. Kumar ve bahiste

¹⁹⁸ Şafîî, *el-Üm*, IV, 249; İbn Abdi’l-Berr, *el-İstizkâr*, V, 141; İbn Kudâme Ebu’l-Ferec, *eş-Şerhü’l-Kebîr*, IV, 180; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 49; İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, “yesûra” md. ; Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, VI, 31.

¹⁹⁹ İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, “yesûra” md; Zebidî, *Tâcü’l-‘Arûs*, “yesûra” md.

²⁰⁰ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 569; Cevdet Yavuz- Faruk Acar- Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Basım, İstanbul 2013, 805; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 90, 91.

²⁰¹ Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 90, 91, 110, 111-115, 182,183.

²⁰² İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, VI, 403, 404.

herhangi bir üretim ve emek harcama mevcut olmadığı halde kazanç elde etme söz konusu olmaktadır.

2.4.1.1. Klasik Kaynaklarda Kumar ve Bahis

Klasik dönem fıkıh kaynaklarında kumarı ifade etmek amacıyla “meysir ve kımâr” kelimeleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Yine bu eserlerde kumar kelimesi muhâtar, garar, bilinmezlik vb. kelimelerle eş anlamlı olacak şekilde kullanılmış, bu işlemlerin risk ve belirsizlik taşıdığına işaret edilmiş ve işlemin bâtıl olmasına gerekçe olarak zikredilmiştir.²⁰³ Ancak bazı yarışma türleri olarak zikredilen istisnai uygulamalar, klasik fıkıh kaynaklarında kumar ve meysirden ayrı olarak müsâbaka ve münâdala vb. başlıkları altında incelenmiştir.

İmam Mâlik meysiri, eğlence meysiri ve kumar meysiri olarak ikiye ayırmış, eğlence meysirini; sadece oyun oynamak, vakit öldürmek ve oyalanmak amacıyla yapılan meysir olarak tanımlarken, kumar meysirini ise; karşılıklı olarak oynanan ve kaybeden tarafın ortaya mal konmak suretiyle yaptığı oyun olarak tanımlamıştır. Buna benzer bir taksimi de İbn Teymiye ve öğrencisi İbnü'l-Kayyım da yapmıştır.²⁰⁴

Cessâs da İmam Mâlik gibi, meysirin satranç ve tavla ile oynanan oyun veya her türlü kumar olduğunu dile getirdikten sonra onu, bilinmezliğe yahut kur'aya bağlanan bütün haksız kazanç sağlama çeşitlerini kapsayacak şekilde ele almış ve kumarı; riziko üzerine bina edilen temlik olarak tanımlamıştır.²⁰⁵ Serahsî kazanç elde etmenin riske bağlanması,²⁰⁶ Ebu Bekir İbnu'l-Arabî ise meysiri cahiliye döneminde oynanan, ancak zamanla yok olan kumarın bir çeşidi olarak tanımlamıştır.²⁰⁷ Cürcanî ise kumarı, yenilen kişinin yenilen şahsa bir şey vermeyi şart olarak koştuğu bir oyun şeklinde değerlendirmiştir.²⁰⁸

²⁰³ Şâfiî, *el-Üm*, III, 39, 186; IV, 30, 237; VI, 223; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, III, 423; IV, 8, 40; Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 153; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, III, 127; Bardakoğlu, “Kumar”, *DİA*, XXVI, 364.

²⁰⁴ İbn Teymiye, *Muhtasaru'l-Fetâva*, 526-530.

²⁰⁵ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 4, IV, 128.

²⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsut*, XVII, 42.

²⁰⁷ İbnü'l-Ârabî, II, 656.

²⁰⁸ Cürcanî, *et-Ta'rifât*, “kımâr” md.

Cüveynî ve Nevevî; çocukların ceviz oynaması da dâhil içinde kumar bulunan her şeyin meysir olduğunu ve kumarı, kazanma ile kaybetme üzerine bina edilmiş bir oyun olarak gördüğünü anlamaktayız.²⁰⁹

İbn Kudâme ise kumarı, iki kişiden birinin kazandığı diğerinin kaybetmeye mahkûm edildiği oyun olarak tarif etmiştir. O da satrancı ve nerdeşiri; “ *Her kim nerdeşir oynarsa Allah ve Rasûlüne isyan etmiştir*” şeklindeki hadisi dayanak göstermek suretiyle kumar çeşitleri arasında saymıştır.²¹⁰

Buradan hareketle klasik kaynaklarda fakîhler, meysiri maddî karşılık içeren kumarla sınırlı tutmayıp iki taraf için kazanıp kaybetme ihtimali bulunan, topluma yönelik herhangi bir fayda sağlamayan ve ibadetleri ve diğer aslî görevleri ihmale götüren her türlü oyun ve eğlenceyi bu kapsama dâhil ettikleri sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bilgilerden hareketle kumarın daha çok müsabakalarda oynandığı gerçeği gözönünde bulundurulursa bu konuyu incelemenin zaruri hale geldiğini görmekteyiz.

2.4.1.2. Kumarın Yasaklanmasının Delilleri

Kumar ve bahis İslam’dan önce Arap toplumunda hem eğlence hem de kazanç elde etmek amacıyla sıkça başvurulan yollardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Soylu cahiliye Arapları kumar yoluyla kazanç sağlamaktan utanırlar, ancak onu eğlence için oynar ve kazandıklarını fakirlere dağıtırlardı. Bunların dışındakiler ise kumarı kazanç elde etmek amacıyla oynar, hatta kumara olan aşırı düşkünlükleri nedeniyle sahip oldukları her şeyi ve aile fertlerini dahi tehlike ile karşı karşıya bıraktıkları olurdu. Kur’an’daki adıyla meysir; üzerinde hisse ve risk oranları belirtilmiş, sayıları belirlenmiş çubukların çekilmesi şeklindeydi.²¹¹

Kur'an-ı Kerim'de tedricî bir şekilde; “*Sana şarap ve kumar hakkında soru soruyorlar. De ki: Her ikisinde de büyük bir günah ve insanlara bazı faydalar vardır.*

²⁰⁹ Cüveynî, İmâmü'l-Harameyn Ebu'l-Meâlî Rukneddin Abdülmelik b. Abdullah (478/1085), *Nihâyetü'l-Matlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*, I-XX, thk. Abdülazim Mahmud ed-Dib, Beyrut 2007/1428, VI, 96; Nevevî, *el-Mecmu'*, XX, 117; Nevevî bu görüşü Mücahid'in görüşüne dayandırmaktadır.

²¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 131; XII, 36.

²¹¹ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 615; Bardakoğlu, “Kumar”, *DİA*, XXVI, 364; Cahiliye döneminde oynanan kumar çeşitleri için bkz. Mahmûd Şükrî el-Âlûsî, *Buluğu'l-Ereb*, Dâru Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut ts, III, 53- 65.

Ne var ki her ikisinin de günahı faydasından daha fazladır."²¹² ayetiyle kumar ve şarabın zararının faydasından fazla olduğuna dikkat çekmek suretiyle yasaklanması adına ilk ayet inmiş, daha sonra inen şu ayetle de yasak getirilmiştir: *"Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar) ve şans okları her biri şeytan işi pisliktir. Kurtulmak istiyorsanız; onlardan uzak durun. Şeytan, şarap ve kumar yoluyla aranızda düşmanlık ve kin sokmak suretiyle sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak istiyor. Bundan sonra vazgeçtiniz değil mi? (vazgeçersiniz)"*²¹³

Ebû Hüreyre (ra) şöyle demiştir: *"Rasûlullah (sav): Kim yemîn eder ve yemininde 'Lât ve Uzzâ hakkı için derse (bunun keffâreti için) hemen Lâ ilahe illallâh' desin. Ve arkadaşına 'Gel seninle kumar oynayayım' diyen kimse de hemen bir şeyi sadaka versin" buyurdu.*"²¹⁴

Peygamber (sav): *"Kumarı, içkiyi, davulu ve ğubeyrayı nehyetti. Ve her sarhoşluk veren şey haramdır."* şeklinde buyurdu.²¹⁵

İbn Ömer'in (ra): *"Meysir; kumardır."* dediği rivayet edilmektedir.²¹⁶

Gerek Kur'an gerekse hadislerde yasaklar, genelde ilkesel olarak belirlenmiş olup, kumar yasağı da kumar çeşitlerinin teker teker sayılması suretiyle değil de sınırlı ama üzerine kıyas yapmaya ve içtihadı illetlendirmeye yetecek kadar örnek üzerinde gösterilmiştir. Dolayısıyla Kur'an ve sünnette zikredilen kumar çeşitlerinin yasak olduğu sonucuna varmak zahirilikten öteye geçmemektir. Bu da İslam'ın makâsıdü's-şeria, maslahatı celp, mefsedeti def' vb. birçok prensibini göz ardı etme anlamına gelmektedir. Bu yasak kapsamında makasıdü's-şeria'yı anlayabilmek için, hem kumar yasağının illetinin iyi bilinmesi hem de kumarın işleyişinin nasıl olduğunu tahlil etmek, onu benzeri işlemlerden ayırmak ve aradaki ortak noktaları ve farklı yönleri bulmakla mümkün olur.²¹⁷

Tavla, iskambil gibi oyunların hepsinde kazanmak hedeflendiği takdirde, bu oyunlar kumara dönüşmektedirler. Hz. Peygamber'in nerd veya nerdeşiri (tavla vb. oyunlar) men eden farklı hadisleri mevcuttur: *"Nerdeşir oynayan, Allah'a ve*

²¹² Bakara, 2/219.

²¹³ Mâide, 5/90-91.

²¹⁴ Buharî, "Tefsir", 381.

²¹⁵ Buharî, "Eşribe", 17. Ğubeyra: Habeşistanlıların yaptığı, sarhoşluk veren bir tür içki.

²¹⁶ Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X, 213.

²¹⁷ Bardakoğlu, "Kumar", *DİA*, XXVI, 365.

Rasûlüne âsî olmuştur".²¹⁸ Bir başka hadiste Efendimiz (sav): “*Nerdeşir oynayıp, sonra kalkarak namaz kılanın durumu, irin ve domuz kanı ile abdest alıp, kalkarak namaz kılanın durumuna benzer*” şeklinde buyurmuştur.²¹⁹ Bu hadislerden hareketle kumar oyunlarının hepsinin yasaklandığını anlamaktayız.

Bunun yanında ictimai hayata katkı sağlayan, toplumu karşılaştığı zorluklarla mücadeleye hazırlayan bazı fiziksel aktiviteler ve yarışmalar ise, Resûlullah (sav) tarafından bazı şartlar koşulmak suretiyle bu yasaktan istisna edilmiştir.²²⁰ Bunlar şöyledir:

2.4.1.2. Yarışma (Müsabaka)

Sözlükte “geride bırakmak, öne geçmek” manasındaki “se-be-ka” fiilinden müştak sibâk, istibâk ve müsâbaka, kelimeleri fıkıhta dar anlamda kullanıldığı takdirde at yarışı ve ok atma yarışını, geniş anlamında ise birden çok kişi arasında bedelli yahut bedelsiz olarak tertip edilen bütün yarış türlerini kapsayacak şekilde tarif edilmiştir.²²¹

Çift taraflı olarak bedelli katılım, hayvanlara eziyet, ibadetten alıkoyma veya toplumsal görevlerini yerine getirmeme söz konusu olduğu durumlarda müsabakanın meysir kapsamına alındığı müşahade edilmektedir. Kur'an ezberleme, hadis ve fıkıh veya bilimsel konular ilgili olarak düzenlenen ödüllü müsabakaları Hanefîler dışındaki diğer mezhepler câiz görmemektedir. Müsabaka bedelli ve herhangi bir bedel söz konusu olmaksızın yapılan yarışma şeklinde olabilmektedir.²²² Bunlar şöyledir:

2.4.1.2.1. Bedelsiz Müsabaka

İvazsız müsabakalar hakkında yasaklandığına dair bir nas veya İslam hukukunun genel prensiplerine aykırılık taşımıyorsa herhangi bir kumar niteliği söz konusu olmadığından dolayı bütün mezheplere göre her hâlükârda caiz olmaktadır. Hatta güreş, ok atma, taş atma ve koşu at vb. binitleri yarıştırmak, gibi konularda (bedelli-bedelsiz şekilde) yarışma yapmak İslam dininde teşvik edilmiştir. Ancak naslarla yasaklandığı

²¹⁸ Ebû Dâvud, “Edeb”, 56; İbn Mâce, “Edeb”, 43; Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV, 394.

²¹⁹ Ahmed b. Hanbel, V, 370.

²²⁰ Hacı Mehmet Günay, “Müsâbaka”, *DİA*, İstanbul 2006, XXXII, 63-64.

²²¹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “sbk” md; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 129; Günay, “Müsâbaka”, *DİA*, XXXII, 63-64.

²²² Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XV, 182; Nevevî, *el-Mecmu'*, XV, 131-134;

bildirilen yahut İslam hukukunun genel prensiplerine aykırılık taşıyan insan veya hayvanların birbirine zarar vermesi üzerine bina edilmiş yarışmalar bedelsiz olmaları halinde kumar olmamakla birlikte nefsi ve malı tehlikeye sevk etme genel kaidesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle ittifakla haram yasağı kapsamında yer almaktadır.²²³

2.4.1.2.2. Bedelli Müsabaka ve Hukuki Sonuçları

İvazlı yarışmalarla ilgili söylenecek şey ise, ödülün niteliği ve ödülü koyan hakkında bazı şartları haiz olmak kaydıyla caiz olabileceği kabul edilmektedir. Ödülün müsabakaya katılanlar dışında, üçüncü bir şahıs tarafından verilmesi durumunda veya ödülün müsabakaya katılanlardan biri tarafından tek taraflı olmak kaydıyla konulması, yani yarışı kazanırsa ödül alacak ve kaybederse maddî kayba uğramayacak yarışçının (muhallilin) katılmasıyla câiz görülmektedir. İvazlı yarışmalardan caiz olmayanlar ise; her iki tarafın bedel koyması, yenen kişinin yenilene bedel ödetmesi şeklinde düzenlenen yarışmalardır. Bu tür yarışmalar kumar olarak kabul edildiği için meşrû görülmemektedir. Hz. Peygamber (sav)’in hadisine binaen²²⁴ kaybedeceği veya kazanacağı kesin belli olmayan gerçek bir yarışçının (muhallil) bedel koymaksızın katılması, yarışmayı kumar olmaktan kurtaracaktır.²²⁵

İvazlı müsabakada ödülün yarışçıların dışında bir kimse tarafından konması halinde ödül hibe hükmünde addedilmektedir. Kimi fakihlere göre bedelli müsabaka lazım iken, kimine göre gayrı lazım olmaktadır.

Hanefilere göre, her iki taraftan gayrı lazım bir akit olup taraflar istedikleri anda akdi feshedebilir. İvazlı müsabakada ortaya konan ödülün mütekavvim bir mal olması gerekmektedir. Ayrıca malın cinsi, miktarı ve niteliği de muayyen hale getirilmelidir.²²⁶ Bununla birlikte ödül yargı yoluyla talep edilemeyen eksik borç niteliği taşımakta, caiz olması ise onun helâl olması anlamında kullanılmaktadır.²²⁷

²²³ Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XV, 182; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 49; Nevevî, *el-Mecmu'*, XV, 131-134, 150-155; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 723.

²²⁴ Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 69.

²²⁵ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'ân*, IV, 374; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 622; Günay, “Müsâbaka”, *DİA*, XXXII, 63-64.

²²⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 257-259.

²²⁷ Günay, “Müsâbaka”, *DİA*, XXXII, 63-64.

Şâfiî mezhebine göre, bedel koyan taraf açısından akit lazım, karşı taraf açısından ise gayrı lazımdır. Mâlikîlere göre, her iki taraftan lazım bir akittir. Hanbelîlere göre, yarışma başlamadan her iki taraf için gayrı lazım, yarışma başladıktan sonra kazanan açısından gayrı lazım kaybeden için ise lazım bir akit niteliği taşımaktadır. Biz de akdin lazım olması gerektiğini düşünüyoruz. Zira kazanan kişi aldığı ödülle istediği tasarrufu yapabildiği için isterse onu geri verir.

TBK’da kumarın borç nedenlerinden olmadığı zikredilmiş ve hiç bir şekilde dava açılmayacağı hususunun yanında, senet olduğunda dahi bu borçların istenemeyeceği düzenleme altına alınmıştır.²²⁸ Kumar ve bahisten doğan borç butlana mahkum edilmemiş eksik borç olarak nitelendirilmiştir.²²⁹ Kumar ve bahis borçlarından dolayı bilerek yapılan ödemelerin geri alınması eksik borç olması nedeniyle mümkün değildir.²³⁰ Ne var ki, oynanan kumar veya bahsin kurallarına aykırı hareket edilmiş yahut kumar veya bahiste hileye başvurulmuşsa, yapılan ödeme isteyerek verilmiş olsa dahi geri alınabilmektedir. Kamusal izinle oynanan kumar ve bahise bir ayrıcalık tanınmış ve eksik borç olmaktan çıkarılmıştır. İzin alınmış borsa oyunları ile yetkili makam tarafından düzenlenmesine izin verilmiş kumar ve bahis oyunları tam borç niteliğini haizdir.²³¹

2.3.2. Garar

Sözlükte; “noksan, eksiklik, aldatmak, tehlikeye maruz kalmak, kişinin bilmeden kendini veya malını tehlikeye atması” manalarında kullanılmaktadır.²³² Kapalılık barındırması nedeniyle garar ile aldanma riski barındıran akitler kastedilir. İslam hukukunda ise terim olarak garar, “akitteki kapalılığın haksız kazanca yol açacak seviyede olması” şeklinde tanımlanmaktadır.²³³ Yine, sonu belli olmayan, bilinmeyen

²²⁸ “Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evraktan iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır.” TBK, md. 605; EBK md. 505.

²²⁹ Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 111-115.

²³⁰ Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 91, 182,183.

²³¹ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 569, 570; Yavuz- Acar- Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 807.

²³² İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “ğarar” md.; Firuzâbâdî, *el-Kâmûsu 'l-Muhît*, “ğarar” md.; Zebîdî, *Tâcu'l-'Arûs*, “ğarar” md.

²³³ İ.Kâfi Dönmez, *DİA*, “Garar”, XIII, 366.

şeklinde de tarif edilmiştir.²³⁴ Buradan hareketle gararın, akitlerde teslim gücü yetirilememesi, hile, bilinmezlik veya aldanma ve aldatma gibi kapalılığa neden olan durumları kapsadığı sonucuna varılabilir.

İslam borçlar hukuku alanındaki düzenlemeler adalet, itimat, açıklık, dürüstlük ve karşılıklı rıza prensipleri üzerine kurulmuştur. İslam hukukunda garar yasağı, anlaşmazlığı ortadan kaldırmak ve rızayı esas kılmak suretiyle toplumsal birlik ve beraberliği inşa ederek adaleti sağlama açısından zaruri bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim insanlar akit yapma, satma ve satın alma işlemleri yapmak zorunda oldukları müddetçe yaptıkları akitlerde belirli sorunlarla karşı karşıya kalacaklardır. Bu durumda maruz kalınacak problemlerden biri de garar konusu olacaktır.

Çağdaş İslam hukukçularından Darîr'in, hadislerden yola çıkarak gararı, akdin sığasında ve akde konu olan şeyde olmak üzere iki ana başlık altında incelediği görülmektedir.²³⁵

A. Akdin sığasında garar;

Darîr akdin sığasında gararı, bir satışta iki satış, urbân, hasât, münâbeze, mülâmese satışı,²³⁶ muallak ve muzâf akit olmak üzere altı başlık altında incelemiştir.

B. Akde konu olan şeyde garar;

Darîr akde konu olan şeyde gararı; akdin bizzat mahallinde olan cehalet, akde konu olan şeyin cinsinde olan cehalet, akde konu olan şeyin nev'inde olan cehalet, akde konu olan şeyin sıfatlarında olan cehalet, akde konu olan şeyin miktarında olan cehalet, akde konu olan şeyin süresinde olan cehalet, akde konu olan şeyin tesliminin imkânsızlığı nedeniyle meydana gelen cehalet, akde konu olan şeyin ma'dûm bir şey üzerine akdedilmesi nedeniyle cehalet, akde konu olan şeyin görülmemesi nedeniyle cehalet olmak üzere dokuz başlık altında incelemiştir.²³⁷

²³⁴ Serahsî, *Mebsût*, XII, 194.

²³⁵ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 81-87.

²³⁶ Yukarıda zikredilen satışlar: Urbân; kaporalı, hasât; çakıl taşı yoluyla satış, münâbeze; bırakma veya atma suretiyle satış, mülâmese; dokunma suretiyle satış, Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 250; Buhârî, "Buyû", 62-63, "Libâs", 20; Müslim, "Buyû", 1-2; Ebû Dâvûd, "Buyû", 24; Tirmizî, "Buyû", 17, 69; ayrıca daha geniş bilgi için bkz. Güney, *Satım Akdinde Garar*, 116-120.

²³⁷ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 81-87.

Fakihlerin çoğunluğu hicri V. yüzyıldan sonra gararın tanımını yapmışlardır. Ancak efradını câmi' ağıyarını mani' tanımdan çok tasvirlerle karşılaşmaktayız.²³⁸ Garara dair başka çağdaş incelemelerde de gararın, akdin konusunda ve sigasında garar şeklinde iki temel başlık altında ele alındığı görülmektedir. Ali el-Hafif'in makalesinde de bu ikili ayrımı benimsediği görülmekte ve İ.Kâfi Dönmez de DİA'da garar maddesinde bu ayrıma dikkati çekmektedir.²³⁹

İslam hukukunun garar yasağının altında bireyleri birbirine karşı düşmanlığa sevkedecek olan anlaşmazlığın ortadan kaldırılması prensip olarak benimsenmiştir. Akit yapıldığında anlaşmazlığa neden olmayacak derecede olan garar ise bu yasak kapsamına dâhil edilmemiştir. Bu itibarla gararı, akdin fesadına neden olması sebebiyleakde tesir eden garar ile akdin sıhhatına mani olmaması nedeniyle akde tesiri olmayan garar olmak üzere iki alt başlık altında ele almaya çalışacağız.

2.3.2.1. Akde Tesiri Olmayan Garar (Garar-ı Gayr-i Müessir, Garar-ı Yesir)

Gayrı müessir garar, “akde tesiri olmayan dolayısıyla akdi fâsit veya bâtil olmaya götürmeyen garar” olarak tanımlanabilir.²⁴⁰ Göreceli olması nedeniyle gararın akde tesir edip edemediğini ortaya koyacak kesin çizgiler mevcut değildir. Ancak gararın akdi fasit kılması için İslam hukukçularının genelinin ileri sürmüş olduğu bir takım şartlar söz konusudur. Bu sayılacak olan şartları haiz olmayan garar, akde tesiri olmayan garar olarak kabul edilmiştir. Bu şartları akde tesiri olan garar başlığı altında inceleyeceğimizden dolayı tekrardan kaçınmak adına burada onalara yer vermeyeceğiz. İslam hukukçuları bütün akitlerde akde tesiri olmayan gararın olma ihtimali bulunmasından dolayı garardan tümüyle kaçınmanın imkânsız olduğunu ve bunun için akitlerde az miktarda bulunan garara göz yumulduğunu ittifakla belirtmişlerdir.²⁴¹

Şâtıbiye göre, az olan garar akde tesir etmez. Ayrıca makâsıd açısından bakıldığında hayatın zorluksuz devam etmesi miktarındaki alışveriş zaruriyattandır.

²³⁸ Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, 62; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 42.

²³⁹ Ali el-Hafif, “*el-Garar fı'l- 'Ukûd*”, Mecelletü'l-Ma'hedi'l-buhûs ve'd-dirâsâtı'l-Arabiyye, sy. 4, Kahire 1973, 113; Dönmez, *DİA*, , “Garar”, XIII, 366; *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, XXXI, 149-167.

²⁴⁰ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 42.

²⁴¹ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, VI, 456; Râfi, Fethü'l-Azîz, IV, 187; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 326; Nevevî, *el-Mecmû'*, VI, 96; Karafî, *ez-Zahîre*, VIII, 83; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, VI, 276; Zekerîya b. Muhammed b. Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, I-IV, Dârü Kütübü'l-İslâmî, yy. ts., II, 20; Desûkî, *Hâşiye*, III, 249; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 529; Darîr, *el-Garar*, 583, 584.

Yine alışverişte gararın bulunmaması durumu tekmiî unsurdur. Nitekim tekmiî unsurlar aslı yok edecek hale geldiğinde tümünden kaldırılabilir. Ancak tamamlayıcı konumda olan az miktardaki garar yasaklanırsa akit yapmak imkânsız hale gelir. Bundan dolayı az garara göz yumulacağını savunur.²⁴²

Klasik fıkıh kitaplarımızda gararın az miktarda oluşuna dair verilen başlıca örnekler genelde, kişinin hamamda ne miktarda kullanacağı bilinmemesine rağmen hamam hizmeti akdinin yapılması, temeli görülmemesine karşın binanın tümünün görülmüş gibi satın alınması, pamuk vb. şeylerle dolu cübbenin içinde ne olduğuna bakılmaksızın satın alınması, ridâ' akdi ve aylar bazen 30 bazen 29 gün çekmesine rağmen aylığın değiştirilmeden standart alınması suretiyle icare akdi yapılması şeklindedir.²⁴³ Buradan hareketle insanlar arasında anlaşmazlığa neden olmayacak gararın, muharremat içinde olduğu kesin olmadığı müddetçe aslolan ibahadır kaidesi gereğince akit serbestiyeti bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

2.3.1.2. Akde Tesir Eden Garar(Müessir Garar)

Akde tesir eden garar, akdi fâsit veya batıl kılan garar olarak tanımlanabilir. Bâcî, akde tesir eden gararı; akitte büyük oranda gararın mevcut olması nedeniyle akdin garar akdi olarak nitelendirilecek hale gelmesi²⁴⁴ şeklinde tanımlarken, İbn Abidin ise akdi fasit kılan gararın, akde tesir eden garar olduğunu vurgulamaktadır. Bir akitte gararın mevcudiyeti her zaman akdi geçersiz hale getirmemektedir. Akitlerde gararın akdi geçersiz hale getirmesi için, bu akde duyulan ihtiyaç, gararın miktarı, gararın akdin aslında olup olmadığı ve bu akdin yapılmasının nehyedilmesi durumunda topluma etkisi gibi durumlar dikkate alınmış ve gararın akde tesir edebilmesi için bazı şartlar aranmıştır.²⁴⁵

²⁴² Şâtîbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa, *el-İ'tisâm*, I-II, el-Mektebetü't-ticâriyetü'l-kübrâ, Mısır ts, II, 144.

²⁴³ Şafîî, *el-Üm*, III, 81; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 258, XI, 420; Karafî, *ez-Zahîre*, V, 93; Minhâcî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Minâcî (ö.880/1475), *Cevâhiri'l-ukûd ve ma'îni'l-kudâti ve'l-muvakk'ıyn veş-şuhûd*, yy ts, I, 208; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 454; Zürcânî, Ebû Muhammed Abdülbâkî b. Yûsuf b. Ahmed el-Vefâî, *Şerhu Muhtasari Halîl*, I-VIII, Dârü Kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 1422/2002, V, 142; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VI, 51; Yasin Ahmet Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar fi's-şer'îati'l-İslâmiyye: Dirâse Mukârıne*, I-II, Amman 1973, 99.

²⁴⁴ Bâcî, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Bâcî el-Endülûsî, *el-Müntekâ şerhü'l-Muvatta*, Beyrut 1332, IV, 287, 288.

²⁴⁵ Darîr, *el-Garar*, 585, 611.

Gararın akde tesir edebilmesi için kanaatimizce; a) gararın akdin özünde bulunması, b) çok olması, c) o akde ihtiyacın bulunmaması, d) akdin bedelli akitlerden olması, e) akdin yapılmaması durumunda meşakkatle karşı karşıya bırakması, f) kişiler arasında anlaşmazlığa neden olması gibi şartların birlikte bulunması gerekmektedir. Darîr, yukarıda saydığımız ilk dört şartı saymış ve bunların bir arada bulunması durumunda gararın müessir olacağını söylemiştir.²⁴⁶ Klasik fıkıh eserlerinde akdi batıl kılan garar örnekleri olarak ele alınan sudaki balığın ve havadaki kuşun satılması örneklerinde olduğu gibi akde konu olan şeyde ve bey'ul-hasat ile bey'ul-urban²⁴⁷ misallerindeki gibi akdin sığasında garar mevcut olan bütün gararlı akitleri gözden geçirdiğimizde, bu akitlerde iki taraftan birinin tamamen zarara uğraması durumunun mevcut olduğunu müşahade etmekteyiz. Nitekim bu akitlerde mebi'in tayin edilmemesi, miktarının bilinmemesi, teslim edilebilir olmaması, ma'dum olması, semenin miktarının belirlenmemesi ve ödeme tarihinin belli olmaması gibi kriterlerin ele alındığını göz önünde bulundurduğumuzda iki taraftan birinin zarara uğraması ve kişileri mutlak anlamda anlaşmazlığa neden olduğu için müessir garar olarak adlandırılmaktadır.

Garar konusunda son olarak şunları söyleyebiliriz: Garar ve riziko arasında umum-husus yönünden bir ilişki söz konusudur. Sözlük yönünden incelediğimizde risk kelimesinin, garar sözcüğünden daha genel bir anlam taşımakta olduğu görülür. Bir formülle ifade edecek olursak “her garar risktir”, ancak “her risk garar değildir” denebilir. Çünkü garar kavramının içerisine kumar ve meysir yasağı, aldanma, aldatma, bilinmezlik ve benzeri manalar girerken, rizikoda bunlara ek olarak akdin olmazsa olmaz şartı olan risk üstlenmeyi de kapsamaktadır.

2.3.3. Damân

Sözlükte “bir şeyi üstlenme, bir şeye katlanma, söz veya taahhüt, kefalet, garanti etme ve güvence altına alma”²⁴⁸ manasına gelmektedir. Damân zarar sorumluluğunu ifade

²⁴⁶ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 584; Abdulkerim Ahmed Kundûz, *Müracaatün li'n-nazariyyeti'l-muhâtarati fi'l-iktisâdi'l-İslâmiyyi ve devrühe fi'btikâri ve tatviri müntecât idaretü'l-mahâtırı bi's-sınâti'l-mâliyyeti'l-İslâmiyyeti*, Mülteka'l-Hurtum li'l-müntecâti'l-mâliyyeti'l-İslâmiyyeti, 4. Sy, 2012, 19, www.oxpdf.com, 20. 12. 2012.

²⁴⁷ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 250; Buhârî, “Buyû”, 62-63, “Libâs”, 20; Müslim, “Buyû”, 1-2; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 17, 69; ayrıca daha geniş bilgi için bkz. Güney, *Satım Akdinde Garar*, 116-120; Hüseyin Baysa, *Kureyş Kervanları Hukuk Sosyolojisi Açısından Vahiy Döneminde Ticari Hayat*, İstanbul, 229.

²⁴⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “da-me-ne” md.

eder ve “uhde” terimiyle birbirinin yerine kullanılır.²⁴⁹ Damân, kusur dolayısıyla borcu üstlenme anlamında kullanıldığında satıcının²⁵⁰ sorumluluğunu ifade eder. Garâmet²⁵¹, muâheze ve tebie²⁵² kelimeleri de genelde damân ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Damân sözcüğü İslam hukukunda dar manasıyla kefalet akdini, geniş manasıyla ise şahsın ödeme mesuliyetini, hatta genel mali sorumluluklarını ifade eder.²⁵³ Kur'an-ı Kerim’de akitlere ve ahde vefa gösterilmesi²⁵⁴, bir başkasının zarara uğratılmaması²⁵⁵, haksız fiiller ve tasarruflar nedeniyle bu eylemi gerçekleştirenlerden hesap sorulması ve onlara misliyle ceza verilmesi²⁵⁶ düzenleme altına alınmıştır.

İslam hukukçularının damân kavramını, birçok farklı tasnif ve adlandırmalara tabi tuttuğu gözlemlenir. Diyanet İslam Ansiklopedisi’nin “Damân” maddesinde damânın değişik manalarının olduğu, İslâm hukukunun tedvîni sürecinde damânın, “sözlük manasıyla da ilişkili olarak ‘şahsî ve malî kefalet, borcun intikali, bir deyn ve edimi üstlenme, bedene veya mala verilen zararın karşılanması, zilyedlik veya akidden doğan malî sorumluluk’ gibi anlamlarda kullanılmış” olduğu dile getirilmektedir.²⁵⁷

Damânın en yaygın ve bilinen anlamı “fiili tasarruf” kapsamında olan ve hukuka aykırı bir şekilde bir kişinin şahsına yahut malına zarar veren fiil olarak nitelenen “haksız fiil”den doğan ödeme mesuliyetidir. Nitekim Ali Haydar Efendi, *Mecelle’nin* 426. maddesinin şerhinde, damânı; “gasb veya itlaf durumunda misliyattan olan bir şeyin mislini, kıyemiyattan olan şeyin ise kıymetini vermektir”, şeklinde açıklamıştır.²⁵⁸ İslam hukukunda akitten doğan mesuliyet ve haksız fiil mesuliyeti ayrımı “damanu'l-akd” ve “damanu'l-itlaf” biçimindedir. Ancak bugünkü hukukta olduğu gibi bu ayırimda da iç içeliklerin mevcudiyetini görmekteyiz, nitekim zararlı fiiller gerek akdî mesuliyet

²⁴⁹ Cürçânî, *et-Ta’rifât*, “uhde” md; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXVIII, 221.

²⁵⁰ Bu satıcının zimmetindeyken meydana gelebildiği gibi ve müşterinin akit yapılırken veya teslim alma esnasında farkına varmadığı ayıp nedeniyle sorumluluğunu da ifade etmek için kullanılır.

²⁵¹ Feyyûmî, *el-Misbâhü'l-Münîr*, “da-me-ne” md.; Firuzabâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, “da-me-ne” md.; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 117.

²⁵² Hamza Aktan, “Damân”, *DİA*, İstanbul 1993, VIII, 453.

²⁵³ Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XII, 118-143; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 311-317; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 66, 74, 79, 85 vd.; Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh, *eş-Şerhü'l-Kebîr ‘alâ Muhtasar Sîdî Halil*, I-VIII, Dâru'l-fikr, Beyrut ts., VI, 26-40; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 117; Hamza Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450-453.

²⁵⁴ Bakara 2/177; Maide 5/1; Nahl 16/91.

²⁵⁵ Bakara 2/188; Şura 26/183.

²⁵⁶ Bakara 2/194; Nahl 16/126; Şura 42/40.

²⁵⁷ Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 453.

²⁵⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 448, 449.

gerekse haksız fiil mesuliyeti kapsamında ele alınabilmektedir.²⁵⁹ Haksız fiilin kaynağı şahsın bizatihi kendisi olmaması durumunda da kişinin sorumluluğu olabilir. Pozitif hukukta buna “kusursuz sorumluluk ilkesi/ objektif sorumluluk/sebep sorumluluğu” denmektedir.²⁶⁰ Ayrıca belirtelim ki İslam hukukunda âkile, kasâme vb sistemlerde de kusursuz sorumluluk ilkesi bulunmaktadır. Bu da bize sigortaya benzeyen rizikolu akitlerin İslam hukuk sisteminde ilk dönemden itibaren bir şekilde mevcut olduğunu göstermektedir.

Damân kavramının bir diğer anlamı kefalettir. Ancak damân kavramı Hanefî mezhebinde bu anlamda kullanılmamakla beraber,²⁶¹ Şafîî, Malikî ve Hanbelî mezheplerinde²⁶² ise daha çok bu manada kullanılmaktadır. Ne var ki Hanefîlerin dışındaki mezheplerin kefalet konusunu anlatırken alt başlık olarak damân ile kefalet arasında anlam ayrımı yaptığı, kefaleti daha çok şahıs ile ilgili, damânı ise mal ile ilgili olacak şekilde kullandığı müşahede edilmektedir.²⁶³ Dildeki kullanım nedeniyle böyle bir ayrıma gidildiğini söyleyebiliriz.²⁶⁴ Zirâ fukaha damânı, medyun namına bir şeyin taahhüt edilmesi, kefaleti ise kefil olunan şahsın bizzat teslim edilmesine dair garanti verilmesi, biçiminde tanımlama yoluna gitmişlerdir.²⁶⁵

2.3.4. Harâc-Damân İlkesi

Toplumun ilerlemesi ve piyasaların canlanabilmesi için insanların ortaya koydukları çabalar önem arz eder. İnsanlar çalışmayıp çabalamaz veya kazanmak

²⁵⁹ Aktan, “*Damân*”, *DİA*, VIII, 453; M.Akif Aydın, “*Haksız fiil*”, *DİA*, İstanbul 1997, XV, 211.

²⁶⁰ Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, 75-76; Hadi Sağlam, “Sigortanın Sosyal ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticârî ve Yardımlaşma Sigortalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” *Akademik Bakış Dergisi*, sy 31, *Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, 2012, <http://www.akademikbakis.org/eskisine/31/09.pdf> (02.12.2016)

²⁶¹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 66, 74,79, 85.

²⁶² Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XII, 118-143; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 311-317; Haraşî, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 26-40; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXVIII, 219.

²⁶³ *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXIV, 34-40.

²⁶⁴ Nevevî, Muhyiddîn Ebu Zekerîyya Yahya b. Şeref, *Ravdatü't-Tâlibîn*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavvîd, I-VIII, Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut ts., IV, 240; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 590; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 21; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 249.

²⁶⁵ Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzebe fî Fıkhi'l-İmam eş-Şafîî*, I-III, Dâru Kütübü'l-İlmiyye, yy, ts, I, 339; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 399.

amacıyla risk üstlenmezlerse piyasalar durgun hale gelir, geçim sıkıntıları ortaya çıkar ve ekonomik büyüme akamete uğrar.²⁶⁶

Riskin bir başka anlamı da “iltizam” olup tek taraflı irade ile kurulan tasarrufların ve iki taraflı irade ile kurulan tasarrufların neticesinde yükümlülük altına girilmesi yani risk üstlenilmesi demektir. Ekonomide rizikolu işlemlerin çok büyük rol oynadığı görülür. Ayrıca İslam hukukçuları birçok işlemi, riskine katlanılmadığı için haram kabul etmekte, Resûlullah’ın (sav); “Dâmini olunmayan (riskine katlanılmayan) malın kârı alınamaz”²⁶⁷ manasındaki hadisi gerekçe olarak sunmaktadırlar.²⁶⁸ Yine sünnet kaynaklı kavaid-i külliyyelerden “*el-Harâc bi’d-damân*”²⁶⁹, “*el-Ğunmü bi’l-ğurm*” ve “*Külfet ni’mete ve ni’met külfete göredir*”²⁷⁰ prensiplerinin düzenlenen muamelelerde temel noktayı teşkil ettiğini müşahade ederiz. Nitekim İslam hukukuna göre bir şeyin menfaatini elde edebilmek, ancak o şeyin tazmini karşılığında olmaktadır. Bir işin sıkıntısına katlanan kişinin, o işten faydalanacağını, bir işin nimetinden istifade eden kimsenin, o şeyin sıkıntısına da katlanması gerektiğini yine bir mal zarar gördüğünde bu zararı kim karşılayacaksa, bu malın menfaatinin de o kişiye ait olması gerektiğinin düzenleme altına alındığını yukarıdaki kavaid-i külliyyelerden anlamaktayız.²⁷¹

Sünnette dâmini olunmayan malın kârı alınamaz prensibi gereğince riskine katlanılmayan kazancın yasaklandığı görülür. Bundan dolayı risk ile ribâ arasında son derece güçlü bir bağ bulunduğu müşahade edilir. Esasen ribâ, riskine katlanılmayan kazancın elde edilmesinin yasaklanması manasına gelirken sıfır risk müessesesi gereği ya da riskten kaçınma nedeniyle elde edilecek kazancın yasaklanmasıdır. Yani kazanç sağlama yöntemlerinin temelini oluşturan riskin yüklenilmemesi veya riskin ortadan kaldırılması durumunda kazanç sağlanması da yasaklanmıştır.

Ribânın mahrum kalınan kâr karşılığında alındığı şeklinde dayanak oluşturulmaktadır. Oysa mahrum kalınan kâr gerçekte olmayan, varsayıma dayalı bir düşünceye dayanır. Benzer illet akitte garar olması durumlarında da karşımıza çıkar.

²⁶⁶ İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed, *Mukaddime*, çev. Halil Kendir, Ankara 2004, I, 380; Baysa, *Kureyş Kervanları Hukuk Sosyolojisi Açısından Vahiy Döneminde Ticari Hayat*, 309.

²⁶⁷ Abdurrezzak, *Musannef*, VIII, 248.

²⁶⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, IV, 221; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 151, 152; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kına*, IV, 251; Adnan Abdullah Muhammed, *Nazariyyetü’l-muhâtara fi’l-İktisâdi’l-İslâmî*, Mektebi’t-tevzi’ fi’l-‘alemi’l-Arabî, Beyrut 1431/2010, 73.

²⁶⁹ *Mecelle*, md.85 “Bir şeyin nef’i damânı mukâbelesindedir.”

²⁷⁰ *Mecelle*, md.88.

²⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkâm*, I, 88.

Çünkü akitte garar olması durumunda sağlanacak kazanca meşru olmayan ek bir kazanç elde edilmekte bu da rizikoya neden olmaktadır. Bu da malların batıl yollarla yenilmesi yasağına dâhil olmaktadır. Netice itibariyle risk ve ribânın İslam hukuk düşüncesinin meşru kazanç elde etme prensibine ilişkin temel görüşünü ortaya koyan temel ilke olduğunu söyleyebiliriz.

2.4. RİSKİN UNSURLARI

Riskten söz edebilmemiz için iki şartın olması gerekmektedir.

- a) Hesaplanabilir bilinmezliğin olması
- b) Bilinmezliğin neticesinde istenmeyen şeyin gerçekleşmesi ve kayba yol açması

Risk ile bilinmezlik arasındaki en önemli fark riskin sonuçlarının daha evleden hesaplanabilir olmasıdır. Zira bilinmezlik durumunda hesaplanabilirlik ortadan kalkmaktadır.

2.5. İSLAM HUKUKUNDA MEŞRU RİSKİN TEMEL İLKELERİ

İslam Hukuku helal dairesi içerisinde mal kazanılması ve malın bireyler arasında İslam hukukunun meşru gördüğü alanda tedavül edebilmesi için birtakım ilkeler getirmiştir. Finans temin etme akitleriyle zengin kişilerin atıl bir biçimde mallarını yığmaları engellenmekte ve tasarruflarını yatırıma dönüştürmeleri sayesinde ekonomiyi güçlendirmeleri sağlanmaktadır. Şimdi de İslam hukukunda meşru riskin temel ilkelerini sayalım.²⁷²

2.5.1. Malın Korunması Prensibi

İslam Hukukunun malın meşru bir şekilde kazanılması ve bireyler arasında sağlıklı bir şekilde tedavül edebilmesi için ilkeler getirdiği, ayrıca malın korunması için de pek çok hüküm koyduğu görülmektedir. Buna ilaveten hırsızlık yapmanın, gasp etmenin ve bütün batıl yollarla insanların malını yemenin kati surette yasaklandığı mülahaza edilmektedir. Sahibinin tasarrufları içerisinde yer alan mala, insanın bizzat kendisinin, aile efradının ve içinde yaşadığı toplumun hayatını idame ettirebilmesi için

²⁷² Kunduz, *Mürâca 'atün li'n-Nazariyyiti'l-Muhâtara*, 15.

ihtiyacı bulunmaktadır. Meşru dairede olduğu, hem kendine hem de topluma zarar vermediği müddetçe kişi istediği gibi malında tasarrufta bulunabilir. Ancak malın faiz, kumar, spekülasyon gibi meşru olmayan yollarda kullanılmaması malın korunma prensibinin gereklerinden olup bu yönde herhangi bir esneklik mevcut değildir. Günümüzde malın üretilmesi, kazanç yolları ve ticaret yapma çeşitleri, gelişen teknolojiyle birlikte hız kazanmış ve küreselleşmiştir. Ancak bütün bu uygulamalarda İslam hukukunun koymuş olduğu temel ilkelere uygun bir çalışma sisteminin gözetilmesi şarttır.

Kişi akit yapmak suretiyle risk üstlenerek mali tasarruflarda bulunmaktadır. Bunun neticesinde kişiler arasında meydana gelecek anlaşmazlık ve haksız kazancın önüne geçilmektedir. Ayrıca riskine katlanılmayan kazanç yatırıma dönüşerek, yasaklanmış olan işlemler ortadan kaldırılmaktadır. Böylelikle İslam hukukunun makasidü’ş-şeria ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş olmaktadır.

2.5.2. Adalet, Hakkaniyet ve Risk

Adâlet kavramı, Kur’ân-ı Kerîm’de ve hadislerde genel olarak “sistem, insaf, nizam, muvazene, tam karşılık, eşitlik, denklik, doğrultma, düzeltme, hakikate mutabık tarzda hükmetme, hak, hak yola tabi olma, dürüstlük, bitarafılık, yansızlık” vb. manalarda kullanılmıştır.²⁷³ Risk teorisi kulların maslahatlarının gözetilmesi ve korunması için Kur’an’ın emrettiği adalet prensibine uygun olmalıdır. Zaten Kur’an-ı Kerim’in tamamını incelediğimizde adalet prensibinin Kur’an’ın tamamında vazgeçilmez bir prensip olarak yer aldığını görürüz.²⁷⁴ Adâlet, verilen ile hak edilen arasındaki ilişkiyi ortaya koyar. Hak edilen adaleti ifade eder. Riski adalet açısından ele aldığımızda “*el-Harâc bi’d-damân*”²⁷⁵, “*el-Ğunmü bi’l-ğurm*”²⁷⁶ prensiplerinin temel noktayı teşkil ettiğini müşahade ederiz. Nitekim İslam hukukuna göre bir şeyin

²⁷³ Vâhidî, Ebû’l-Hüseyn Ali b. Muhammed b. Ahmed, *el-Vasût fî Tefsiri’l-Kur’âni’l-Mecîd*, Dârü Kütübi’l-İlmiyye, I-IV, Beyrut 1415/1994, I, s 268, 271, 298. ; İbnü’l-Kayyim, Muhammed b. Ebi Bekr b. Eyyûb, *Tefsirü’l-Kur’âni’l-Kerîm*, Dâr ve Mektebetü’l-Hilâl, Beyrut 1410, 30; Cürcanî, *et-Ta’rifât*, I, 147; İbn Manzûr, *Lisânü’l-arab*, “adl” md.; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-Muhît*, “adl” md.; İbn Âşur, Muhammed Tahir *Tefsirü’l-Adl ve’l- İ’tidâl*, <http://www.saaaid.net/book/index.php>, I, 249, 278, 281.

Mustafa Çağrı, “Adalet”, *DİA*, 1988 İstanbul, I, 341-343.

²⁷⁴ Nisa, 4/135; Maide, 5/8; Nahl, 16/90;

²⁷⁵ *Mecelle*, md.85 “Bir şeyin nef’i damânı mukâbelesindedir.”

²⁷⁶ *Mecelle*, md.88.

menfaatini elde edebilmek ancak, o şeyin tazmini karşılığında olmaktadır. Bir işin sıkıntısına kim katlanıyorsa, o işten de o faydalanmalı, bir işin nimetinden istifade eden kimse, o şeyin sıkıntısına da katlanmalıdır. Bir mal zarar gördüğünde bu zararı kim karşılayacaksa, bu malın menfaati de o kişiye aittir şeklindeki kavaid-i külliye bu en iyi şekilde ortaya koymaktadır.²⁷⁷ İslâm hukuku mübadele işlemlerinin tümünü karşılıklı rıza ve riske katlanmayı şart koşturarak adalet üzere kurulmasını sağlamıştır. Faizi, sebepsiz zenginleşmeyi, aldanma ve aldatmayı, bütün haksız fiilleri adaleti ortadan kaldıran unsurlar olması nedeniyle nehyetmiştir. Kur'an-ı Kerim ribayı, haksız fiilleri sebepsiz zenginleşmeyi, adaba ve ahlaka aykırı fiilleri men ederken, onların adaletsizlik ve haksızlık nedeni olduğunu vurgulamıştır. Sünnet, Kur'an'da ilkesel olarak anlatılan faiz ve diğer yasak işlemleri ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu sayede bu işlemlerin haram kapsamından çıkarılmasına müsaade etmemiştir. Böylece bu işlemlerin adalet prensibi çerçevesinde yapılmasını teminat altına almıştır.

2.5.3. Maslahatı Celb Mefsedeti Def Etme Prensibi

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukuku, kulların yararına olanı güvence altına almayı zararına olanı ortadan kaldırmayı kendine prensip edinmiş bir hukuktur. İbn Abdisselâm, Kur'an'ın amacının celb-i mesâlih ve def-i mefâsid olduğunu belirtir. Makasidü's-Şeria çerçevesinden bakıldığında Kur'an ve sünnette bütün emredilen ve yasaklanan şeylerin maslahatı sağlama, mefsedeti ortadan kaldırma için vaz' olunduğunu dile getirir. Gazzâlî, bu noktaya dikkat çekmek üzere bir fıkıh usulü terimi olarak mefsedeti "maslahatın zıddı" şeklinde tanımlayıp bu anlamda maslahatın da dinin (şer'in) "din, can, akıl, nesil ve mallarını koruma" şeklinde özetlenebilecek olan amaçlarını korumayı ifade ettiğini ve bunların ihlâline yol açan her şeyin mefseket olduğunu, mefseketi gidermenin de maslahat olduğunu belirtir.²⁷⁸ Selem, müsâkât gibi bir takım akitlerin, meşru sayılması da bu düşüncenin neticesidir.²⁷⁹

²⁷⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkâm*, I, 88.

²⁷⁸ Gazzâlî, Ebû Hâmid Huccetü'l-İslam Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Bulak 1322, I-II, I, 286-287.

²⁷⁹ Karâfî, *Şerhu Tenkihi'l-Füsûl*, 390-391.

2.6. RİSK ÇEŞİTLERİ

2.6.1. Olumlu Risk

Olumlu risk, ticari işlemlerde kâr elde etme amacıyla zarara katlanmayı göze alma manasına gelmektedir. İslam hukuku, servet sahibi olan kişilerin üretim yaparak, emek vererek, riskine katlanarak veya şer'i (miras ve vasiyet gibi) bir nedenle mal sahibi olunmasını emretmiştir. Bu da ticari muamelelerde sermayedarın kâr ve zarara ortak olması suretiyle risk üstlenmesi manasına gelmektedir. Ancak faiz, genelde insanların kredi kullanmaya ihtiyaç hissetmelerinden kaynaklanan herhangi bir üretim, ticaret veya risk üstlenme gibi meşru bir nedenle elde edilmeyen sadece borç verilmesi neticesinde fazladan getirisi olan bir uygulamadır. Hem dünyevi hem de uhrevi hayatta insanların mutlu olmasını hedefleyen İslam hukuk sistemi, bu tür işlemleri ilk andan itibaren haksız bir kazanç yolu olarak telakki etmişlerdir. Çünkü girişimci sermayeye ihtiyaç duyduğunda borç almış olduğu krediye eklenen faiz, kârının üzerinde bir miktarda olursa yapmış olduğu borçlanma dolayısıyla büyük bir külfet altına girmiş olacaktır. Bu şekildeki borçlanma nedeniyle kişi yatırım yapmaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Kişi karz-ı hasen yoluyla borç alırsa borcunu misli misline ödeyeceğinden dolayı herhangi bir problem oluşturmayacaktır. Ancak karz olarak verilen sermaye karşılığında paranın mislinin iade edilmesi nedeniyle kişiler çoğu zaman büyük sermayeleri bu şekilde vermeye yanaşmazlar. Bu nedenle İslam, kişileri hem üretime ve kâra ortak olmaya teşvik etmek suretiyle ekonomide atıl olan sermayeyi istihdam etmeye yöneltmiş, hem de girişimciyle birlikte sermayedarı koruma altına almış olmaktadır. Nitekim girişimci ne ölçüde kâr ederse etsin elde ettiği bu kazancını finanse eden ortağıyla anlaştığı yüzdelik üzerinden ödemede bulunmak suretiyle paylaşacaktır. Üstelik kârını aşmayacak şekilde olan kazancını bölüşünce sermayedarın parasını girişimciye vermesinin önündeki engeller kalkacak böylece girişimciliği teşvik etmiş olacak ve ekonomiye canlılık katmış olacaktır.

Konuyu iktisat diliyle açıklayacak olursak; bir mal veya hizmetin üretiminin gerçekleştirilebilmesi ancak bazı girdilerin (kaynakların) kullanılmasıyla mümkün hale gelebilmektedir, bunlara üretim faktörleri denilmektedir. Klasik ekonomi açısından söz konusu kaynaklar incelendiği takdirde bunların; beşeri kaynak olarak nitelenen işgücü veya emek, doğal kaynak olarak nitelenen toprak, girişim olarak nitelenen müteşebbis

ve dördüncü üretim faktörü olarak sermaye şeklinde dört sınıfa ayrıldığı görülecektir.²⁸⁰ Üretim faktörlerinin de her birinin ayrı ayrı geliri söz konusudur. Nitekim emeğin geliri ücret, toprağın rant ve kira, sermayenin faiz, teşebbüsün ise kâr şeklindedir.

İslam hukukunun iktisâdî hükümlerine göre meseleyi ele aldığımız takdirde girişimcinin ve sermayedarın üretim faktörlerini kullanarak yani girişimci emeğini, sermayedar ise kapitalini ortaya koyarak bu faktörleri kullanmalarının karşılığında ayrı kişiler olmaları durumunda her ikisi de kâr almakta, zarar etmeleri durumunda ise girişimci kârdan mahrum olmak, sermayedar ise zarar etmek suretiyle dâmin yani riske katlanan konumunda olmaktadır. Böylece faizsiz ekonomi kurallarıyla da üretimin gerçekleştirilebileceği hatta faizsiz üretimin girişimci ile sermayedarın risk üstlenmesini sağlayacağı ve her iki tarafı da haksız kazanç elde etmekten koruyacağı görülecektir.

Netice itibarıyla İslam ekonomisi bir yatırım ekonomisi olup düzenleme altına aldığı prensipler incelendiğinde bu durum görülecektir. Nitekim İslam'da faize karşı alternatif düzenlemeler de mevcut olup bunun en bariz şekli selem, istisna' gibi finans temin etme akitlerinde görülmektedir.

2.6.2. Olumsuz Risk

2.6.2.1. Olumsuz Meşru Risk

Olumsuz meşru risk ile akde tesiri olmayan bilinmezlik, cehalet, garar ile çok belirsizlik içermesine rağmen göze alınmaması durumunda daha fazla zarara neden olan risk kastedilmektedir. Akde tesiri olmayan olumsuz meşru risk “akdi fâsit veya bâtil olmaya götürmeyen cehalet, garar veya bilinmezlik” olarak tanımlanabilir.²⁸¹ Ancak akdi fasit kılması için İslam hukukçularının genelinin ileri sürmüş olduğu bir takım şartlar söz konusudur. Bu sayılacak olan şartları haiz olmayan risk, akde tesiri olmayan risk olarak kabul edilmiştir. Bu şartlar, karşı tarafın servetini elde etme amacının olması, akdin ivazlı (bedelli) işlemlerden olması, gararın bizzat akdin aslında olması, akdi tesis etme hususunda muteber bir ihtiyacın bulunmaması, rıza olması, akdin kişileri anlaşmazlığa sevk etmemesi şeklinde sıralanabilir. İslam hukukçuları çoğu akitte garar,

²⁸⁰ “Mehmet Genç ile ‘Osmanlı’da Devlet ve Ekonomi’ üzerine”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, I(I), 200, 369-384.

²⁸¹ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 42.

cehalet ve belirsizliğin bulunmasından tümüyle kaçınmanın imkânsız olduğunu ve bunun için akitlerde az miktarda bulunan bu tür riske göz yumulduğunu ittifakla belirtmişlerdir.²⁸² Bunun dışında ciddi manada belirsizlik içermesine rağmen yardımlaşmayı ön plana çıkaran, karşılıklı rızayı barındıran, ortaya çıkan zararları bertaraf etmeyi gaye edinen ve toplumun ihtiyaç duyduğu risk olumsuz olmasına karşın meşru olarak kabuledilmiştir.

2.6.2.2. Olumsuz Gayri Meşru Risk

Gayri meşru risk ile akdi olumsuz yönde etkileyerek akdin batıl veya fasit olmasına neden olan risk kastedilmektedir. İslam hukuku anlaşmazlıklara yol açacak muamelelerin önünü kapamış, haksız kazanç ve sebepsiz zenginleşmenin meşrû olmadığını hükme bağlamıştır.

İslam hukukunda akitlerde kumar, faiz ve bilinmezlik, belirsizlik ve garar içermeyen farklı yollar önermektedir. Bunun dışında naslarla yasaklanan ticaret de bu kapsamda ele alınmaktadır. Bu nedenle konuyu bu üç başlık altında ele alacağız.

2.6.2.2.1. Genel İlkelerle Yasaklanmış Ticaret Şekilleri

2.6.2.2.1.1. Riba Yasağı (Faiz)

“Riba” kelimesi Arapçada “fazlalık, nema, artma, çoğalma, mutlak çoğalma” anlamına gelmektedir.²⁸³ Riba yahut Türkçe karşılığı olan faiz, “verilen borç karşılığında ve alışverişte karşılığı ve şer’i bir dayanağı olmayan önceden miktarı belirlenmiş hakiki veya hükmî fazlalık” olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁴ Ribânın Kur’an ve sünnetle yasaklanmış olduğu hususunda da icma vardır.

²⁸² İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, VI, 456; Râfî, *Fethü’l-Azîz*, IV, 187; İbn Kudâme Ebû’l-Ferec, *eş-Şerhü’l-Kebîr*, IV, 326; Nevevî, *el-Mecmû’*, VI, 96; Karâfî, *ez-Zahîre*, VIII, 83; İbn Müflih, *el-Mübdî’*, VI, 276; Zekerîya b. Muhammed b. Zekerîya el-Ensârî, *Esne’l-matâlib*, I-IV, Dârü Kütübü’l-İslâmî, yy. ts., II, 20; Desûkî, *Hâşiye*, III, 249; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 529; Darîr, *el-Garar*, 583, 584.

²⁸³ Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, II, 183; Feyyûmî, *el-Misbâhü’l-Münîr*, “re-be-ve” md.; Cürcanî, *et-Ta’rifât*, I, 109; Zebîdî, *Tâcü’l-‘Arûs*, “re-be-ve” md..

²⁸⁴ Mâzerî, *Şerhü’t-Telkîn*, II, 259; İbn Kudâme Ebû’l Ferec, *eş-Şerhü’l-Kebîr*, IV, 7; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 287; İbn Müflih, *el-Mübdî’*, VI, 124; Şirbînî, *Muğnî’l-Muhtâc*, II, 21; Buhûtî, *Keşşâfû’l-kına’*, III, 251, IV, 123; İbn Nuceym, *en-Nehrü’l-Fâik*, III, 469; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, IV, 176.

İslamda ribâ yasağının daha iyi anlaşılmasına katkı sağlaması açısından öncelikle, İslâm'dan önce Araplar arasında ne tür faiz işlemi cari olduğu hakkında kısa bilgilendirme yapmanın faydalı olacağına inanıyoruz.

İslâm'dan önce Arapların ticari hayatının önemli bir özelliği, ribanın toplum arasında benimsenmiş olmasıdır.²⁸⁵ Bu toplumca benimsenen bu faizin, iki şekilde cari olduğu bilinmektedir. Birincisi, verilen borç karşılığında anaparanın dışında önceden miktarı belirlenmiş fazlalık ödemesi şartıyla ödünç verilmesi, şeklindeydi. İkincisinde ise borç verilirken karşılığında herhangi bir fazlalık istenmez ancak borçlu ödeme günü geldiğinde bu borcunu ödeyemeyeceğini söylediği takdirde ileri tarihte bir ödeme günü belirlenir ve muayyen bir miktarda fazlalık talep edilmesi söz konusu olurdu.²⁸⁶ O günkü toplumda aldıkları borçlarına eklenen ribâ nedeniyle, birçok kişi katlanarak artan faizlerini ödeyemez hale gelmekteydi. Bu haksız kazancı ve zulmü ortadan kaldırmak için İslam faiz yasağını tedrici bir yöntem izleyerek uygulamaya koydu. Kur'an-ı Kerim'de sırasıyla, verilen paranın karşılığında alınan fazlalılığın hoş karşılanmadığı, verilen sadakanın Allah katında kat kat arttığı ve makbul olduğu bildirilerek teşvik edildiği ayet birinci aşamayı oluşturur.²⁸⁷ İkinci aşamada Yahudilerin işledikleri haksızlıklar ve faiz yemeleri nedeniyle dünya ve ahirette cezalandırılacakları bildirilerek faizin kötü ve daha önceki dinlerde yasak olduğu bildirilmiştir.²⁸⁸ Kat kat artan ribanın yasaklanmasını kesin bir dille bildiren ayet üçüncü aşamayı oluşturur.²⁸⁹ Yasağın kapsamını, alınan fazlalıktan vazgeçilerek yalnızca verilen asıl borcun alınmasını ve bunu yapmayanın Allaha ve rasulüne savaş açmış sayılacağını bildiren ayetler son aşamayı oluşturur.²⁹⁰ Sünnet ise borç faizine ek olarak alışveriş faizini de yasaklamıştır.²⁹¹ Müctehid imamlar da nasları merkeze alarak ribâ'yı ribe'l-fadl ve ribe'n-nesie olmak üzere iki grupta sınıflandırmışlardır.²⁹² İslam hukukunda ayet ve hadislerden hareketle verilen borcun dışında alınan fazlalık nedeniyle oluşan ribâ'nın

²⁸⁵ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 3, 184, 190; Kiyâ el-Herrâsî, Ebû'l-Hasen Şemsü'lislâm İmâdüddîn Alî b. Muhammed b. Alî el-Herrâsî et-Taberî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1405, I, 235.

²⁸⁶ Taberî, *Câmi'ul-beyân fi Tefsir'il Kur'ân*, VII, 204-205; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 3, 184, 186, 190; Kiyâ el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 235; İbn'ül-Kayyım, *İ'lâmü'l-Muvakkı'in*, II, 154.

²⁸⁷ Rum, 30/39.

²⁸⁸ Nisa, 4/160-161.

²⁸⁹ Âl-i İmrân, 3/130.

²⁹⁰ Bakara, 2/275, 276, 278, 279.

²⁹¹ Müslim, "Müsâkât", 81, 86, 89, 105, 147; Buhârî, "Büyü", 79; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 3, 186.

²⁹² Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 21; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 294, 295; Buhûti, *Keşşâfü'l-kına'*, III, 251; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 176.

haricinde akitlerde de faiz cereyan edebileceği için yasaklandığı görülmektedir.²⁹³ İslam hukuku, meydana gelen bu fazlalığı haksız bir kazanç olarak değerlendirmektedir. İslam hukuku prensipleri gereğince hem risk hem de kazanç birlikte paylaşılmak zorundadır. Ancak faizin söz konusu olduğu bir muamelede risk üstlenme bulunmamakta ve alacaklı şahıs her halükarda bu fazla parayı almaktadır. İslam hukukunda faiz yasağı ile ticaret veya üretim yapılmaksızın²⁹⁴ veya şer'i bir neden olmaksızın (miras ve vasiyet gibi) başkasının zararına olacak şekilde elde edilecek haksız bir sermaye artışının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Faiz yasağının, tespit ettiğimiz kadarıyla uygulandığı topluma ikisadî ve ictimai yönden şu katkıları yaptığı söylenebilir: Üretim veya ticaret yapmak suretiyle kârın girişimci, üretimi ve ücret olarak işçi arasında dağıtılması suretiyle sosyal adaletin sağlanması ve servetin belirli kesimlerde birikmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Yine faiz emek karşılığı olmadığı için ücret değildir ve herhangi bir riske katlanmadan “mahrum kalınan kâr” şeklindeki sebepsiz zenginleşme ve haksız kazanç hiçbir zaman gerçekte mevcut olmayan zararın karşılığı olamaz, çünkü vadesi geldiğinde borç veren şahsa alınan borç olduğu gibi verildiğinden zararsız konusu değildir. Faiz, emek karşılığında alınmadığı için ücret de değildir. Bundan dolayı riba ayette geçen mallarınızı batıl yollarla yemeyin, yasağı kapsamında yer almaktadır.²⁹⁵

Buradan hareketle gayri meşru risk ile ribâ arasında son derece güçlü bir bağ bulunduğu görülmektedir. Zaten ribâ yasağı, riskine katlanılmayan kazancın elde edilmesinin yasaklanması manasına gelirken, sıfır risk müessesesi gereği ya da riskten kaçınma nedeniyle elde edilecek haksız ve sebepsiz kazanç yasaklanmış oluyor. Öte yandan meşru olmayan kazanç sağlanması ve akdi tamamen rizikolu ve gararlı hale getirmesi nedeniyle riba yasaklanmıştır. Ribâda risk, ribayı veren açısından mahrum kalınan kâr oranına dayandırılarak; hakikatte mevcut olmayan, ne kadar kazanılacağı veya kaybedileceği bilinmeyen bir miktara bağlanmıştır. Ribâyı alan taraf açısından bakıldığında ise, borç olarak verilen miktar mukabilinde ne kadar kazanılacağı ya da kaybedileceği bilinmemesine rağmen kararlaştırılmış olan faiz yüzdesi dolayısıyla maktu bir oran şeklinde gerçekleşmektedir. Akitte garar olması durumlarında da

²⁹³ Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 21; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 294, 295; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, III, 251; İbn Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, IV, 176; Özsoy, “Faiz”, *DİA*, 1995 İstanbul, XII, 110-126.

²⁹⁴ Fahreddin er-Râzî, *Mefâtiḥü'l-gayb*, VII, 93, 94.

²⁹⁵ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakki'in*, II, 154.

sağlanacak kazanca haksız ve sebepsiz kazanç söz konusu olup bunun temelinde rizikolu bir işlem vardır.²⁹⁶

2.6.2.2.1.2. Garar Yasağı

Garar, “akitteki kapalılığın haksız kazanca yol açacak seviyede olması” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁹⁷ “Akitle ilgili bilinmezlik ve belirsizliktir.”²⁹⁸ Gararın bir diğer tanımı, “*bilgisi kapalı kalan ve kendisi bilinmeyen şey*” şeklindedir.²⁹⁹ Garar, malın nitelik ve niceliği, fiyatı, teslim tarihi ve müşteri veya satıcının yükümlülüğünü ifa edip edemeyeceğinde veya akdin şartlarında bulunmakta ve neticede riziko barındırmaktadır. Garar-ı müessir içeren işlemler İslam hukukunda geçersiz sayılmaktadır.

2.6.2.2.1.3. Kumar ve Diğer Haram Kılınmış Faaliyetler

İslam hukukuna göre haksız kazanç, sebepsiz zenginleşme, kumar, bahis ve şans oyunları gibi bir tarafın kazandığı diğer tarafın kaybettiği muameleler yasaklanmıştır. Bu durum üretim olmadan yapılan veya riskine katlanılmayan bir ticaretin geçerli olmayacağını da göstermektedir. Nitekim kumar oynayan kişilerin elindeki para üretim, alım-satım veya vasiyet, miras gibi meşru bir nedenle artmamakta, sadece oynanan oyun nedeniyle birinden diğerine geçmektedir. Kumar oynanarak geçen zaman zarfında herhangi bir üretim yapılmadığı gibi, üretilmiş olan mal da korunamamaktadır. Ayrıca, ahlaka ve adaba aykırılık teşkil eden bütün faaliyetler de bu yasak kapsamındadır. İslam dininin naslarla haram kıldığı alkol, domuz eti vb. şeylerin ticarete konu yapılması da yasaklanmıştır.

2.6.2.2.2. Olumsuz Gayri Meşru Riskin Nedenleri

İslam hukukunda naslarla yasaklanan muamelelerin yasaklanma nedenleri aşağıdaki başlıklar halinde açıklanmıştır.

²⁹⁶ Dönmez, “Garar”, *DİA*, XIII, 371.

²⁹⁷ Dönmez, “Garar”, *DİA*, XIII, 366.

²⁹⁸ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakki'in*, I, 358; Darîr, *el-Garar*, 53-54; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 58.

²⁹⁹ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 54.

2.6.2.2.2.1. Karşı Tarafın Servetini Elde Etme Amacının Olması

İslam hukukunda yasaklanan kumar ve meysir kapsamında olan akitlerde her iki taraf karşı tarafı zarar ettirmeye çalışır. Karşılıklı yardımlaşma da hedefler içerisinde yer almaz. Aksine karşı tarafa zararı hedefleyen karşı tarafı mali yönden bitirmek gayesi söz konusudur. Ayrıca her iki taraf da rıza olmadığı için kaybettiği serveti gözden çıkarmamaktadır. Nitekim önemli ölçüde bilinmezlik ve risk içeren, ana karnındaki yavru, kaçmış hayvanın satımı gibi akitler de de karşı tarafın servetini elde etme güdüsü yatmaktadır. Bunun için İslam hukuku rızaya dayanmayan ve karşı tarafın servetini haksız şekilde etmeye neden olan akitleri batıl saymıştır.

2.6.2.2.2.2. Akdin Bedelli İşlemlerden Olması

Olumsuz risk hususunda hadiste³⁰⁰ satım akdinde açıkça zikredilmesi sebebiyle, bedelli işlemlerde akde tesir etmesi hususunda mezhepler arasında ittifak vardır.³⁰¹ Ancak bedelli akitlerin dışındaki akitlere tesiri hususunda muhtelif görüşler söz konusudur. Cumhur fukahâ, bazı akitlerde esneklik gösterse de olumsuz riskin bütün hukukî işlemlerde akde tesir ettiği yönünde fikir beyan ederken Mâlikîler ise, olumsuz riskin sadece bedelli işlemlerde akde tesir edebileceğini söylemişlerdir.³⁰² Böylelikle olumsuz risk bedelli işlemlerde gayri meşru olumsuz riske dönüşmüş olacaktır.

Mevzu hakkında varit olan naslar açısından baktığımızda, Mâlikîlerin görüşünün daha isabetli olduğu söylenebilir. Zira cumhur fukahâ olumsuz riski bütün akitleri kapsayacak şekilde ele almışken, Mâlikîler makâsıdı temel alarak bedelli akitlerde olmayan işlemleri ve akitlerde anlaşmazlığa neden olmayacak olumsuz riski göz ardı etmişlerdir.

³⁰⁰ “عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: - نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - ص - عَنْ بَيْعِ الْخَصَاةِ, وَعَنْ بَيْعِ الْغُرَرِ “; Ebu'l-Hüseyn Müslim b.el-Haccâc b.Müslim el-Kuşeyrî, el-Câmi'u's-sahih (thk. Fuad Abdalbaki), I-V, Dâru İhyâ't-turâsî'l-Arabî, Beyrut ts, “Kitâbu'l-büyu' ”, 2.

³⁰¹ Şafiî, *el-Üm*, III, 165; Kâsânî, *Bedâi'u's-sânâ'i*, V, 163; Karafî, *ez-Zahîre*, I, 81; Derdîr, *Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Adevî, eş-Şerhu'l-kebîr ala muhtasarı Sîdî Halil*, Kahire 1310, III, 175; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 585.

³⁰² Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 119; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 328, XV, 18; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 296; Karâfî, *ez-Zehîra*, I, 276; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 60; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 335.

2.6.2.2.2.3. Olumsuz Riskin Akdi Etkileyecek Derecede Çok Olması

Akitlerin çoğunda olumsuz risk mevcuttur. Ancak bütün akitlerde olumsuz riskin tamamen olmamasını şart koşturmak ve tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Nitekim İslam hukukçuları az miktardaki cehaletin, bilinmezliğin veya gararın akde tesir etmeyeceğini çünkü bundan kaçınmanın imkânsız olduğunu, bu az miktardaki olumsuz riskin de ortadan kaldırılmaya çalışılması durumunda hiçbir surette akit yapılamayacağını ittifakla belirtmişlerdir.³⁰³

Şatıbî, muâmelâtın daralmasına ve muâvezât alanının ise tamamen kapanmasına neden olacağından dolayı gararı akitlerden tamamen kaldırmanın mümkün olmadığı kanaatini taşır. Çünkü garar yasağı ona göre, tekmili (tamamlayıcı) şeylerden olup anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için getirilmiştir.³⁰⁴

2.6.2.2.2.4. Olumsuz Riskin Bizzat Akdin Aslında Olması (Tebe'an Olmaması)

Cehaletin, belirsizliğin ve gararın akdin aslında olması durumunda akde tesiri söz konusudur. Akdin aslında değil de tali şekilde olursa olumsuz riskin akde tesir etmesi söz konusu değildir.³⁰⁵ Nitekim *Mecelle'de* bu durum, aslen caiz olmayan tebean caiz olabilir şeklinde düzenleme altına alınmıştır.³⁰⁶

Klasik fıkıh kaynaklarında cehaletin, belirsizliğin ve gararın akitlerde tebean caiz olduğuna dair zikredilen örnekler şunlardır:³⁰⁷

Aşılması yapılmış ancak henüz meyvesi ortaya çıkmamış hurma ağacının, çıkacak meyvesiyle birlikte satılabileceği konusunda hadise binaen icma vardır.³⁰⁸ Memesinde bulunan süt miktarı bilinmemesine rağmen memesinde süt olan hayvanın bey'inin câiz olduğu konusunda icma vardır.³⁰⁹ Karnında yavrusu olan bir hayvanın

³⁰³ Serahsî, *el-Mebsut*, XVII, 13; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, III, 60; Nevevî, *el-Mecmu'*, XV, 18; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 335; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 587.

³⁰⁴ Şatıbî, *el-I'tisâm*, II, 144.

³⁰⁵ Darîr, *el-Garar*, 595-597.

³⁰⁶ “*Bizzât tecvîz olunmayan şey, bitteba' tecvîz olunabilir*” *Mecelle*, md. 54.

³⁰⁷ Daha fazla ayrıntı ve örnek için bkz. Şatıbî, *el-Muvafakât*, IV, 37; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 595-598; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, I, 102-107.

³⁰⁸ Buhârî, “*Müsâkât*”, 17; Müslim, “*Buyû*”, 77; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 150; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 326.

³⁰⁹ Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 326.

yavrusuyla beraber satılması caizdir.³¹⁰ Ağaçta veya fidede henüz meyve olarak belirginleşmemiş olan zirai ürünler bulundukları daldan ayrı halde satılamaz iken, ağacının veya tarlasının satılması halinde, tebean satılabilir.³¹¹ Buradan hareketle akdin aslında olan müessir gararın akdi fesâda götüreceği ama akdin aslından olmayıp tevabiden olan gararın akdi ifsat etmeyeceği kanaatine varmaktayız. Çünkü akdin aslında olan garar akdi doğrudan etkilemekte ve akdin yapılmasının temel gayesini teşkil etmektedir. Nitekim verilen örneklerle bakıldığında bu daha net görülecektir. Memesinde süt bulunan hayvanın satılması esnasında akdin gayesi hayvanın bizatihi kendisi olup memesindeki sütün satın alınması değildir, bunun için burada sütün az ve çok olması bu akdi etkileyecek dercede garar barındırmadığı için akdi fasit kılmaz.

2.6.2.2.5. Akdi Tesis Etme Hususunda Muteber Bir İhtiyaçın Bulunmaması

İhtiyaç bir şeye olan gereksinim manasına gelmektedir.³¹² Elmalılı Hamdi Yazıra göre hacet, insana acı veren ve giderilmediği müddetçe huzur vermeyen şey anlamında kullanılır. Terim olarak haceti, “karşılanmaması durumunda kişinin zorluk ve meşakkatlere maruz kalacağı,”³¹³ huzursuz olacağı durum olarak açıklamak mümkündür.

İhtiyaç, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır. Genel İhtiyaç; karşılanmaması durumunda insanların genelini ilgilendiren zorluklarla karşı karşıya kalınması durumudur. Özel ihtiyaç ise, karşılanmaması durumunda kişiyi bizatihi meşakketle karşı karşıya bırakacak hacet olarak değerlendirilir.³¹⁴ İnsanların ihtiyaçları karşılanmadığında işleri çok zorlaşır, ciddi sıkıntı yaşarlar. Buradan hareketle İslam hukukçularının çoğu, garardan kaçınmanın mümkün olmadığı ve bu akdin yapılmasına muteber bir ihtiyaç olduğu durumda, garar içeren böyle bir akdin câiz olacağını ifade etmişlerdir. Yine fukahâ, akdi tesis etmeye ihtiyaç olması durumunda haram kılınmayı

³¹⁰ Müzenî, Ebû İbrahim İsmâil b. Yahya el-Mısrî, *Muhtasaru'l-Müzenî fi furû'i's-Şâfi'yye*, (Ümm ile birlikte), I-VIII, Dârü'l-marife, Beyrut 1410/1990, VIII, 181; Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, V, 268; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 324.

³¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 150; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 149; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 498; Nevevî, *el-Mecmû*, XI, 410.

³¹² İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “havece” md; Zebîdî, *Tâcü'l-'Arûs*, “havece” md.

³¹³ *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 16, 247.

³¹⁴ M. Emin ed-Darîr, *el-Garar fi'l-Ukûd ve Asâruhu fi't-tatbikâtî'l-muasıra*, Silsiletü Muhâdarâtî'l-Ulemâi'l-bârize IV, 1414/1993 <http://download-islamic-pdf-ebooks.com/files/elebda3.net-wq-2701.pdf>. (12.12.2015), 45; Darîr, *el-Garar*, 603, 604.

gerektiren bir mefsedet olsa dahi haram kılınan şeyin mübah hale geleceğini dile getirmişlerdir.³¹⁵

Esasen yapılan birçok akit, cehalet, belirsizlik ve garar içermektedir. Bu akitlerin büyük bir kısmında az miktarda olumsuz risk olması sebebiyle akdin sıhhatinde herhangi bir problem oluşmaz. Ayrıca kurulan akdin asli unsurlarında çok olarak nitelendirilebilecek derecede olumsuz risk mevcut olsa bile, kefalet akdinde olduğu gibi, akdi yapmaya duyulan ihtiyaç nedeniyle bu akitler de sahih kabul edilir. Bu da günümüzde yapılan birçok rizikolu akdin olumsuz risk içermesine rağmen kendisine duyulan hacet nedeniyle sahih olabilmesi bu nedene dayanır.

Akde olan ihtiyaç, rizikolu akdi yasaklamanın sonucundaki zorlukla veya cehaleti, belirsizliği ve gararı kaldırma durumunda karşılaşılabilecek olan meşakkatle bağlantılıdır. Nevevî gararın, akdin yapılmasına ihtiyaç olması ve garardan kaçınmanın meşakkat olmaksızın gerçekleştirilememesi veya çok olması durumunda akdin sıhhatine tesir ederek akdin fesâdına sebep olacağını söylemiştir.³¹⁶

Mecelle'de meşakkat ile ilgili maddede “*Meşakkat teysiri celbeder*”³¹⁷ şeklinde genel kural yer almıştır. Meşakkat prensibinin düzenlenmesi neticesinde kişiler hukuki muamelelerini daha rahat yapabilme imkânı elde eder. Yani zorluk kolaylaştırmaya sebep olur ve darlık vaktinde genişlik göstermek gerekir. Muamelatla ilgili pek çok fikhî hüküm ile ruhsat ve kolaylaştırmaların temeli meşakkat kaidesine dayanmaktadır. Şâtıbî'ye göre; şer'i deliller şeriâtın kolaylık ve yumuşaklık üzere vazolunduğuna delalet etmektedir. O, dinde murat edilen şeyin zorluk değil kolaylık olduğunu aksi halde dinde ihtilafların mevcut olduğu kanaatinin hâsıl olacağını ifade ettikten sonra şeriâtın bundan münezze olduğunu dile getirir.³¹⁸ Tahir b. Âşur ise; Allah'ın bu dini fitrat üzere kılmıştır. Fıtrata uygun olan işler de yaratılışa uygundur. Dolayısıyla bu hususiyet insan nefsinde varolup şeriâtı kabul etmesi kolay olur.³¹⁹ Umumi kaidelerden hareketle, selem ve istisna' akdinin, ma'dumun satışı caiz olmamakla birlikte,

³¹⁵ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, IV, 31; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 600-602.

³¹⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 257, 258.

³¹⁷ *Mecelle*, md. 17.

³¹⁸ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 123.

³¹⁹ Muhammed Tahir b. Âşur, *Makâsıd'ı ş-Şeria*, eş-Şirketü't-Tûnisîyye li't-tevzî', Tunus 1978, 61.

meşakkati izale etmek için meşru kabul edilmesi meşakkatin hükümlere istisnalar getireceğine delalet etmektedir.³²⁰

Belirtelim ki, İslam dini kolaylık dini olup bireylere meşakkati istemez. Ayrıca rizikolu bir akdin kurulmamasından dolayı meşakkat hâsıl olacaksa bu akdi terk etmenin doğru olmadığını, hatta bunun gayri meşru risk içinde yer almadığını söylemek mümkündür.

2.6.2.2.2.6. Rıza Olmaması

İnşa edilen bir akdin karşılıklı rıza dâhilinde yapılmaması, o akdin gayri meşru risk barındırdığına hükmedilmesini sağlayacağı gibi o akdin batıl olmasına da sebep teşkil eder. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de karşılıklı rızayı esas alarak helal yoldan kazanç sağlamayı düzenleyen ayetler olduğunu vurgulamıştık.

Kur'an-ı Kerim'de; *“Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. Kendinizi helâk etmeyin. Şüphesiz Allah, size karşı çok merhametlidir.”*³²¹ şeklinde buyurulmaktadır.

Buradan hareketle, karşılıklı rıza ilkesine aykırı olan bâtil yollarla kazanç elde edilmesi Kur'an'da açıkça yasaklanmış olup bu yasağın temelinde toplumsal barış ve huzuru sağlayan adaletin amaçlandığı söylenebilir.

2.6.2.2.2.7. Akdin Kişileri Anlaşmazlığa Sevk Etmemesi

Akdin yapılmasında, İslam'ın belirlemiş olduğu temel prensiplerden biri de anlaşmazlığa sebep olacak hususları ortadan kaldırma ilkesidir. Akdin tarafları arasında anlaşmazlığa neden olan durumların akdin sıhhatine mani olması nedeniyle akdin fesadına neden olacağı hususunda İslam hukukçuları arasında genel bir mutabakat vardır.

İslam hukukçuları akdin unsurlarında cins, sıfat, miktar ve vade yönünden anlaşmazlığa sebep olmayacak derecede cehalet olmaması gerektiği konusunda

³²⁰ Ali Ebû'l-Basal, “el-Meşakkatü teclibü't-teysir”, *Mecelletu'l-hikme*, sayı: 17, 1419, 416.

³²¹ Nisa, 4/29.

mutabakata varmışlardır.³²² Birçok akdin garar ve cehalet içermesi durumunda ise yasaklanma gerekçesi tek başına risk değil, sayılan diğer nedenlerin yanında özellikle bilinmezliğin taraflar arasında anlaşmazlığa yol açması ihtimalidir.

2.7. RİSKİN SONUÇLARI

Akde konu olan şeyin görülmemesi, bizzat tayin edilmemiş olması, cinsinin, niteliğinin ve miktarının bilinmemesi ile teslim edilebilir olmaması, ma'dûm olması, semendeki bilinmezlik ile kumar, aldatma, hile, haksız kazanç, gabin (bir tarafın sömürülmesi) vb. birçok durum kişiler arasında anlaşmazlığa sebep olduğu için İslam hukuku içerisinde gayrı meşru olarak kabul edilmiş ve bu tür akitlerin kuruluşu menedilmiş ve hukukun gözetimi dışında yapılan böyle akitler mevcutsa bu akitler ya fasit yahut batıl addedilmiştir.³²³

Akitlerde bilinmezlik, cehalet, garar ile çok belirsizlik içermesine rağmen akde duyulan ihtiyaç, akitte rızanın mevcudiyeti, akdin teberru nitelikli olması gibi nedenlerle olumsuz risk barındıran kefalet, yol tehlikesi garanti akdi gibi akitler geçerli kabul edilmiştir.³²⁴

Klasik fıkıh kaynaklarını incelediğimiz takdirde olumsuz gayrı meşru risk konusunun saydığımız bu şartlar bağlamında ele alındığını görürüz. Nitekim bu şartların ihlal edilmesi durumunda risk, anlaşmazlığa sebep olur. İslam hukuku da anlaşmazlığa neden olan, toplumu birbirine düşüren akitleri yasaklamıştır. Bu şartların çoğunun ilgili naslar sebebiyle vaz' edildiğini söylememiz doğrudur. Sayılan bu şartlar genel incelemeye tabi tutulduğunda, bunlarla batıl yolla yeme, aldatma, karşı tarafın servetini elde etmeye çalışma, haksız kazanç, anlaşmazlık vb. hukuka muğayir durumların akdin sıhhatli bir şekilde kurulmasının önündeki engelleri ve fesadına yahut butlanına sebep oluşturacak halleri ortadan kaldırma hususunun amaçlandığı mülahaza edilmektedir.

³²² Merğınâni, *el-Hidâye*, III, 24, 185, III, 139; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 5-7, 48; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 284; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 106, 332; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342- 348, 353, 361.

³²³ İmam Muhammed, *el-Câmi'u's-Sağır*, I, 336; Kâsânî, *Bedâi'u's-sânâ'i*, V, 156; Merğınâni, *el-Hidâye*, III, 24, 185, III, 139; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 5-7, 48; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, XIV, 217, XV, 474; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 284; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 16; Buhûfî, *Keşşâfü'l-kına'*, III, 163; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 342- 348, 353, 361; Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 175; Güney, *Satım Akdinde Garar*, 169.

³²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 536; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIV, 46; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 242; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 170, 364.

2.8. İSLAMÎ FİNANS SİSTEMİ AÇISINDAN RİSK

Finansal işlemler, genel manada incelendiği takdirde ticaretle yapılan riskli işlemlerin ekonomide çok büyük rol oynadığı müşahade edilir. Ayrıca İslam hukukçuları ticaret ile ilgili birçok işlemi, riskine katlanılmadığı için haram kabul etmekte, Resûlullah'ın (sav); “dâmini olunmayan (riskine katlanılmayan) malın kârı alınamaz”³²⁵ manasındaki hadisi gerekçe olarak sunulmaktadır.³²⁶

İslamî finans, genel manası itibariyle bütün finansal faaliyet ve tasarrufların İslam hukukunun hükümlerine mutabık olacak şekilde pratize edildiği sistemdir. İslam hukukuna göre kumarın, faizin, spekülâtif işlemlerin ve gararın caiz olarak kabul edilmemesi nedeniyle global finans düşüncesine alternatif olarak kabul edilen İslamî finansın son yıllarda meydana gelen değişikliklerle birlikte küresel finans piyasalarında süratli şekilde geliştiği görülmektedir. Buradan hareketle bütün İslamî finansman yöntemlerinin, faizli işlemlerin (hem nesie hem de fadl ribasının) Kur'an ve sünnet yoluyla açık ve kesin bir şekilde men edilmesi nedeniyle İslam hukuku ticaret ahlakının bu meyandaki prensipleri üzerine tesis edildiğini söylemek mümkündür.³²⁷ Bu nedenlerden dolayı en büyük sermayelerin özellikle Ortadoğu ülkelerinde olması hasebiyle milyarlarca dolar işlem hacmine sahip İslamî finans sektörünün, finansal sistemin dışında kaldığı ve hâlihazırda bulunan bu sistemin içine çekilebilmesi için farklı metotların izlendiği dikkat çekmektedir. İslam hukuku sermaye kullanımı ve riske katlanma açısından garar ve faizi içermeyen alternatif yollar önermektedir. Kapitalist finansal sistemi, faizi ekonominin temeli görür. Ancak sermaye batılı ülkelerde güçlü olduğundan İslamî finans sistemini bu sistemin dışında bırakmış ve gelişmesini engellemiştir.³²⁸ Belirtelim ki İslamî finansın, global finans sistemine dahil edilmek suretiyle hem daha faal hale getirilebileceği hem de global finans sistemini krizlerden kurtarma yollarından biri olacağını düşünmekteyiz. Nitekim “L'Osservatore Romano” gazetesindeki makalede İslamî finans sistemi küresel krizden çıkış yolu olarak

³²⁵ Abdurrezzak, *Musannef*, VIII, 248.

³²⁶ Adnan Abdullah Muhammed, *Nazariyyetü'l-muhâtara fî'l-İktisâdî'l-İslâmî*, Mektebi't-tevzi' fî'l-'alemi'l-Arabî, Beyrut 1431/2010, 73.

³²⁷ Mehmet Şükrü Tekbaş, “Finans ‘İslamî Finans Kavramı, Ürünler, Dünyada ve Türkiye’de Gelişimi ve Geleceği” SERPAM Araştırma Notları I, Mayıs 2013.

³²⁸ Soner Yakar, Serkan Yılmaz Kandır, Yıldırım Beyazıt Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 84, 73, Mart 2013.

önerilmiştir. Bu sistemin temel prensiplerinin, finans sistemine nakit para akışı sağlayacağı ve güven getireceği hususuna işaret edilmiştir. İslamî yatırım araçlarının İslam hukukunun yapmış olduğu düzenlemeler sayesinde yapay ekonomi balonlarının oluşmasına engel olduğu, aşırı borçlanma ve faizi aynı zamanda spekülasyon ve manipülasyonları ortadan kaldırdığı dile getirilmiştir.³²⁹

Osmanlıda izlenen finansal sistem incelendiğinde riskli işlem olarak adlandırılabilir, günümüz faizsiz bankacılığının ve sukûkun ilk uygulamalarından bir tanesinin mukataalı vakıf olduğu görülür. İlk önceleri uygulama, vakıf arazisi üzerine bina yapma veya ağaç dikme şartı bulunan uzun müddetli kira akdi özelliğine sahip olan bu vakıflarda daha sonraları, ilk kiralama esnasında “mukataa bedeli” adı altında arsanın hakiki değerine yakın bir bedel ve her yıl için ayrı olmak üzere “zemin icâresi” adıyla kira karşılığı bir miktar para alınmaya başlanmıştır.³³⁰

Arsa zemini vakfa ait mülkiyet olarak kalmakta, inşa edilen bina ve dikilen ağaçlar bu işlemi gerçekleştiren kişinin mülkiyetine intikal etmektedir. II. Meşrutiyet’in ilanından sonra pek çok vakıf arsanın mevcut kıymetinin yüzde onu nispetinde bir bedel karşılığında mukataaya bağlanarak üzerine özellikle gayri müslimler için okul, hastahane, kilise, lojman vb. binaların yapılmasına izin verilmiştir. Ayrıca mukataa uygulaması, belediyelerin yol ve meydan genişletmeleri ve imar plan uygulamalarıyla kamu yatırımlarında başvurulan bir yol haline gelmiştir. Yine kayıtlarda yer alan bilgiler, bu dönemde vakıf yerlerin mukataaya bağlanması uygulamasının âdeta bir satış şekli olarak kullanıldığını göstermektedir.³³¹ Bize göre bu tür işlemler günümüz İslamî finansın temeli sayılabilecek uygulamaları olarak değerlendirilmelidir.

Bilindiği gibi geleneksel İslamî finans yöntemlerinin muasır ticari işlemlerde nasıl kullanılabileceği üzerine sistemleştirme çalışmaları ise 1950’lerde bir grup Pakistanlı ekonomist ve finans uzmanı tarafından başlatılmıştır. Nitekim 1958 yılında Pakistan’da Mudârebe usulüyle çalışan bir kooperatif bankası kurulmuştur. Uygulaması dünyada ilk

³²⁹ L’Osservatore Romano” gazetesi, Vatikan’ın resmî yayın organıdır. Bu makale 4 Mart 2009’da yayınlanmıştır.

³³⁰ Kuzey Afrika ülkelerinde ve Arabistan yarımadasında bu vakıflara hıkr adı verilir; Nazif Öztürk, “Mukataa”, *DİA*, İstanbul 2006, XXXI, 131; Süleyman Kaya, “XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi Temin Yöntemleri” *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 38-40; Halil İnalcık, *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Eren Yayınları, I, 150-153.

³³¹ Nazif Öztürk, *Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi*, Ankara 1995, 257-260.

olarak Mısır'ın Ekonomi bakanı Kaysunî'nin desteğiyle Dr. Ahmed el-Neccâr tarafından başlatılan, 05/07/1963'te Dakahiliyyenin "Mit Ghamr" kasabasında kurulan ve toplanan fonlarla tarımsal yatırımların desteklendiği, mevduat, katılım ortaklığı ve zekât ile toplumsal hesap modellerini barındıran banka yerel faizsiz finans bankacılığına örnek olarak verilebilir. Ancak bu tarz kuruluşlar ilk çalışmalar olduğu için banka olmaktan ziyade yerel mikro finans kuruluşları niteliğindeki girişimler olarak kalmışlardır.³³² Ülkemizde ise faizsiz finans sistemi adına ilk yapılan teşebbüsler 1975 yılında "Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası" kurularak başlamıştır. Söz konusu banka, gurbetçi işçilerin birikimlerini yatırım yapmak suretiyle değerlendirmek ve ülke sanayisinin fonlanması amaçlamış ancak sadece ilk iki yıl faizsiz çalışabilmiş daha sonra normal bir bankaya dönüştürülmüştür.³³³

1975 yılında Cidde'de kurulan İslam Kalkınma Bankası İslamî finans açısından sistemleşmenin ciddi bir adımı olmuştur. İslam Kalkınma Bankası'nın kurulmasına İslam Konferansı Örgütü'nün 1973 senesinin sonunda yapılan toplantısında karar verilmiş ve banka 1975 yılında kurularak faaliyetlerine başlamıştır. Ancak İslamî finans sisteminin gelişmesindeki en büyük aktörlerden biri olan İslam Kalkınma Bankası'nın kurulması ve faaliyetleri daha çok kamusal proje finansmanı alanında yürüttüğü görülmektedir.³³⁴

İslam Kalkınma Bankası'nın İslam ülkelerinin ticarî faaliyetini arttırmak, İslam ülkelerinin projelerine finansman sağlamak, bu ülkelerdeki ar-ge çalışmalarını desteklemek görevleri vardır. 1975 yılında İslam Kalkınma Bankasının kurulmasından sonra faizsiz finans sistemine ait ürünlerin 75 ülkede kullanıldığı tahmin edilmektedir. Faizsiz bankacılığın daha az risk taşıması ve milyarlarca dolar hacme sahip olması finans uzmanlarının da dikkatini çekmiştir. Önceleri yoğunlukla İslam ülkelerinde faaliyet gösteren bu sistem, bugün Almanya ve İngiltere gibi batı Avrupa ülkelerinde de rağbet görmeye başlamıştır. Söz konusu ülkelerde bu sisteme ait ürünler hızlı bir şekilde yayılmaya başlamıştır. Zira İslamî finans sektöründen daha fazla pay elde etmek için

³³² M. Ahmed ez-Zerkâ-Muhammed Abdulaziz en-Neccâr, *İslam Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta*, Çev. Hayrettin Karaman, 3. Baskı, İstanbul ts, 69,70, 136; Hülya Türker, "İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık: Dünyadaki Gelişmeler ve Sermaye Piyasasının Geliştirilmesi Açısından Türkiye için Öneriler" SPKAFD, Ankara 2010, <http://spk.gov.tr/yayingoster.aspx?yid=1021&ct=f&action=displayfile&ext=.pdf> (07.03.2015), 11, 12.

³³³ Mustafa Uçar, *Türkiye'de-Dünyada Faizsiz Bankacılık ve Hesap Sistemleri*, Faisal Eğitim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1993, 61.

³³⁴ Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 11, 12.

yasal düzenlemelerin yapılmasını teşvik eden yöntemler uygulamaya konulmuştur. Bunun dışında müslüman nüfusunun Avrupa ülkelerinde çoğalması, bu ülkelerde İslamî finansın daha önemli bir konuma geleceğini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde, İslam ülkelerindeki müslüman şirket sahipleri, faizsiz olması nedeniyle şirketlerinin İslamî finans sistemine dâhil olmasını istemektedirler. Tüm bunların neticesinde Asya ve Ortadoğu devletlerinde hızlı bir kalkınma ve büyüme olmuştur. Bu ülkelere likidite girişi bilhassa 2009 senesinden sonra petrol fiyatlarındaki artışlarla birlikte hızlanmıştır. İşte bu saydığımız nedenler, önümüzdeki birkaç yıl içerisinde İslamî finansın hızlı gelişeceğini göstermektedir.³³⁵

İslamî finans sisteminde yer alan faizsiz finans kurumlarının sunmuş olduğu ürünler; aktif dağıtımı, fon temini, risk yönetimi ve riskten korunma, ödeme ve döviz işlemleri gibi değişik tarzda faaliyetler şeklindedir.³³⁶ Şimdi de İslamî finans sisteminde yer alan risk boyutlu işlemleri inceleyelim:

2.8.1. İslamî Finans Sisteminde Risk

İslamî finans sisteminin prensipleri İslam hukukunun temelini oluşturan Kur'an ile sünnete dayanmak zorundadır. Ve bu prensipler yeterince açık ve net olmayan konularda yeterli bilgi sahibi olan İslam hukukçularının Kur'an ve sünnete dayalı içtihatlarına başvurulması suretiyle elde edilmektedir.

İslamî finans açısından gerçekleştirilen işlem ve tasarrufların genel manada faiz, ve naslarla haram kılınmış faaliyetlerin yapılması hususlarına ve akitlerin İslam hukukunda düzenlenme biçimlerine uyulması gerekmektedir.³³⁷ Bu temel ilkeler çerçevesinde, İslamî finasta menkul kıymetleştirilmiş ürünlerin yanında yapılandırılmış ürünler, borçlanma ve hisse senetleri de risk çerçevesinde değerlendirilmektedir.³³⁸ Mudârebe (mukâraza), müşâreke, icâre (finansal kiralama, leasing), murâbaha, selem, vekâlet, istisna' ve sukûk İslamî finans sisteminin risk boyutu olan akitlerdir.

³³⁵ Tekbaş, *Finans, İslamî Finans Kavramı*, 1, 2.

³³⁶ Necla Küçükçolak, "Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi" *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 45(520), 2008, 23-48, 25

³³⁷ Refik Yunus el-Mısırî, *el-Masârifi'l-İslâmiyye*, Dimeşk 1430/2009, 7-9.

³³⁸ Kunduz, *Mürâca 'atün li'n-Nazariyyiti'l-Muhâtara*, 26.

2.8.1.1. Mudârebe (Mukâraza)

Sözlükte "yol tepmek" manasında olup³³⁹ Kur'an-ı Kerim'de "yadribûne fi'l-arz"³⁴⁰ şeklinde geçen "darb" kelimesinden müştak mudârebe, ıstilahî manada ise "bir tarafın mal veya sermaye, diğer tarafın emek vermek suretiyle işletmeyi üstlenmesi (girişimi veya teşebbüsü) üzerine kurulan kâr paylaşımı esasına dayanan ortaklığı" ifade eder.³⁴¹ Şafiî ve Mâlikî fakihleri, sermayedar parasının bir bölümünü kesip girişimciye verdiği için bu ortaklığa karz (kesip koparmak) kökünden türeyen mukâraza demektedirler.³⁴²

Fakihler mudarebede kâr payının oran olarak belirlenmesi gerektiğini, miktar olarak belirlenemeyeceğini söylemişlerdir.³⁴³ Mudârebeyle ilgili bu kural fakihler tarafından ortaya konmamış diğer kurallar gibi yalnızca hukukî çerçeve belirlenmiştir.³⁴⁴

Hanefî doktrinine göre ücretin malum olmaması veya kâr ve zarar miktarının bilinmemesi durumunda işlem rizikolu olmakta ve bu işlem akdin fesadına neden olmaktadır.³⁴⁵ Hanefîlerin dışındaki diğer mezhepler ücretin malum olmaması halinde, akdin batıl olacağını söylemişlerdir.³⁴⁶ Ancak ücretin malum olmaması ve kâr/zararın bilinmemesi sebebiyle riziko barındıran bu akdi fakihler ittifakla caiz görmüşlerdir. Zira bu akdi kıyasın bir istisnası veya ruhsat şeklinde değerlendirmişlerdir.³⁴⁷

Mudaribin emeğinin karşılığında ne alacağı belirli olmadığı için bu akit ihtimal barındırmaktadır. Neticede belirli olmayan bir ücret ve emek karşılığında bir akit inşa

³³⁹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, da-ra-be md.

³⁴⁰ Müzzemmil, 73/20.

³⁴¹ Şafiî, *el-Üm*, IV, 5-7; Ebu Yusuf Ya'kub b. İbrahim b. Habib b. Sa'd el-Kufi, *Kitabu'l-Harac*, Kahire 1382, 88; Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, VII, 294; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 341; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 27; Hâcâvî, Şerefeddin Musa b. Ahmed b. Musa Ebû'n-Necâ, *el-İkna' fi fikhî'l-İmâm Ahmed*, Tahkîk: Abdullatif muhammed Musa es-Sübkî, Dâru'l-marife, I-IV, Beyrut ts, I, 351, 352; İbn Abidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 483; Mısri, *el-Masârifü'l-İslâmiyye*, 26.

³⁴² Şafiî, *el-Üm*, IV, 5; Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, VII, 294; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 508; Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 357; Mısri, *el-Masârifü'l-İslâmiyye*, 26.

³⁴³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 85, 86; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 38; Nevevî, *Ravdatü't-Tâlibîn*, V, 123; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 313; Servet Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2005, 62.

³⁴⁴ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 62.

³⁴⁵ Bardakoğlu, İcare, *DİA*, XXI, 379.

³⁴⁶ Şafiî, *el-Üm*, IV, 5; Sa'dî, *Akdü'l-cevâhir*, III, 929; Nevevî, *el-Mecmû'*, XV, 12; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V, 571; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 375, VI, 17.

³⁴⁷ Şafiî, *el-Üm*, IV, 5; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 79; Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 404; Karâfî, *ez-Zahîre*, VI, 24; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 507, 508.

edilmektedir. Bu da, akdi rizikolu hale getirmektedir. Ancak bu akdin bey' akdinden farklı değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Zira teslim edilemeyen şeyi, kişinin yanında olmayan şeyi satmasını yasaklayan hadisler ve mudarebe vb. işlemlerle ilgili hüküm bildiren hadisler arasında tearuz varmış gibi görünmektedir. Oysa mudarebe akdinin, satım akdi hükümlerine tabi tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira iki akdin yapılış amaçlarının farklı olduğunu görmekteyiz. Yine bu akitler arasında esas hükümler açısından da aralarında önemli farklılıklar bulunduğu görülmektedir. İslam hukuk düşüncesinde satım akdinin konusu bizatihi mebi' olup akdin yapılış amacı malı elde etmektir.³⁴⁸ Yani akde konu olan şeyin mevcut ve akit yapıldığı esnada teslim edilebilir olması akdin kuruluş şartlarındanıdır.³⁴⁹ Mudârebe akdinde ise, akdin gayesi malı elde etmek değil nakit elde etmektir. Bundan dolayı yeterli tecrübe sahibi olmayan sermayedar ile gerekli bilgi, tecrübeye sahip sermayeye gereksinimi olan kişi bir araya gelerek kâr elde etmeye çalışırlar.

Günümüzde katılım bankalarındaki uygulama ise, müteşebbislere fon kullandırılması “müşterek mudârebe” şeklindedir. Katılım bankasına mudi tarafından getirilen bu fonlar rabbu'l-mâl sıfatıyla banka tarafından hesap sahipleri adına müteşebbislere kullandırılır ve kârlar tekrar mudilere aktarılır.³⁵⁰ Mudârebe usulü, hisse senedi ihraçlarında daha yaygın olarak kullanılmaktadır.³⁵¹

Sermaye maliyeti, “finans kullanıcısı şahsın, finans sahibi şahsa yahut şirkete, aldığı anaparadan daha fazla ödemek suretiyle gerçekleştirdiği ödemedir.” Mudarebede, söz konusu sermaye maliyeti yapılan anlaşmada sonuna kadar belirli olmadığı için riziko söz konusudur.³⁵² Ancak klasik mudârebede de belirtildiği üzere bu akdin yapılması ittifakla caiz olmaktadır.

³⁴⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, XX, 213.

³⁴⁹ Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, XVII, 298, XVIII, 147; Mâzerî, el-İmam Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Ömer, *Şerhü't-Telkîn*, tah. Muhammed eş-Şâzelî en-Neyfer, I-V, Dâru ğarbi'l-İslâmî, yy 2008, II, 168, 471; Sa'dî, Ebu Muhammed Celaleddin Abdullah b. Necm b. Şâs b. Nizâr el-Cezzâmî es-Sâ'dî el-Mâlikî, *Akdü'l-Cevâhir es-semîneti fî mezhebi âlimi'l-medîne*, I-III, Dârü'l-ğarb el-İslâmî, Beyrut 1423/2003, II, 618, 672; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 148.

³⁵⁰ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 63; Gökben Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, Sermaye Piyasasında Gündem Dergisi, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, sy: 69 Mayıs 2008, 19, 20; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 7.

³⁵¹ Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 19, 20; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 7.

³⁵² Mikail Altan, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 16, 2010, 125-140.

2.3.1.2. Müşâreke (Sermaye Ortaklığı)

Müşâreke, ortak girişim manasında olup, en az iki şahsın ticari faaliyette bulunmak ve elde edilecek kâr aralarında pay etmek üzere kurdukları adi ortaklıktır.³⁵³ Burada mudârebeden farklı olarak, hem müteşebbisin hem de emek sahibinin projeye katkı sağlamlarıyla oluşan ortaklık söz konusudur. Her iki taraf da, kâra önceden karşılıklı anlaşmaya bağlı olarak belirlenen oranlarda, ancak risk ve zarara ise ortaklıktaki hisseleri oranında ortak olmaktadır.³⁵⁴

Finans sisteminde müşarekede müteşebbis (girişimci), proje için gerekli finansmanın bir miktarını sermayesinden diğer kısmını da bankadan sağlayabilir. Finansmanı banka, ya kendi ya da mudileri namına sağlar ve bir miktar komisyon alarak kâr dağıtımını gerçekleştirir. Hisse senedi³⁵⁵ ihracı süreci ise şu şekilde işler: Müteşebbis projesinin finansmanını sağlamak için kendi koyduğu sermayesine ek olarak hisse senedi ihracında bulunur ve faaliyetin sona ermesi anında paylar dağıtılır.³⁵⁶

Müşâreke ortaklığının “devamlı müşâreke” ve “azalan müşâreke” olmak üzere iki uygulaması bulunmaktadır.³⁵⁷ Devamlı müşârekede hiçbir ortak bu ortaklıktan ayrılma niyeti taşımamaktadır. Azalan müşâreke yönteminde ise ortaklardan biri, projedeki kâra ek olarak zaman içerisinde değerlendirilen hisse senedini satarak kârlı çıkmaya çalışmaktadır.³⁵⁸ Azalan ortaklık yöntemi bir ortağın aşama aşama diğer hissedarın payını satın almayı taahhüt ettiği muamele şeklindedir.³⁵⁹

Müşarekede, finansörlerce sağlanan ana sermaye talih ve tesadüfe bağlı olmaktadır. Finansı kullanan şahıs veya şirket, girişimin mevcut yatırım içerisindeki pay nisbetinde sermaye kaybetme riskini yüklenir. Bundan dolayı finans sağlayan kişi için,

³⁵³ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 94; Tekbaş, *Finans, İslamî Finans Kavramı*, 4; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 6; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20.

³⁵⁴ Tekbaş, *Finans 'İslamî Finans Kavramı*, 4; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 6; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20.

³⁵⁵ “Anonim ortaklıklar tarafından ihraç edilen anonim ortaklığın sermayesine katılma payını temsil eden ve yasal şekil şartlarına uygun olarak düzenlenen kıymetli evraklara hisse senedi denir.” İlhan Uludağ ve Erişah Arıcan, *Finansal Hizmetler Ekonomisi*, 2.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, 142

³⁵⁶ Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 6; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20.

³⁵⁷ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 94.

³⁵⁸ Mısıri, *el-Masârifi'l-İslâmiyye*, 38; Heyet, *el-Meayîrü's-Şer'iyye*, AAOIF, Bahreyn 1437/2015, 361,362 Abdullah Durmuş, “İslam Hukuku Açısından Günümüz Kredi ve Finansman Yöntemleri” İslam Hukuku Açısından Tarihden Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri, Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı 08-09 Mayıs 2010, İstanbul 2011, 69; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 7; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20.

³⁵⁹ Heyet, *el-Meayîrü's-Şer'iyye*, 361,362.

yatırım yapılan proje tamamlanıp kendini finanse edinceye kadar risk söz konusudur. Müşarekede de mudarebede olduğu gibi sermaye maliyeti anlaşma sonuna kadar belirsiz olduğu için akit rizikolu olmaktadır.³⁶⁰

2.3.1.3. Kiralama (İcâre, Leasing, Finansal Kiralama)

Sözlükte "iş karşılığı verilen şey, amelin bedeli" demek olan icare mastar olarak "kiralama" manasında da kullanılmaktadır. İcâre “ bir malın kullanma hakkının (menfaatinin) belirli bir bedel karşılığında muayyen bir zaman için satılmasıdır.”³⁶¹ İcârede mevcut olmayan menfaat üzerine akit inşa edilmesi nedeniyle kıyasın hilâfına sabit bir muameledir. Zira akitlerde asıl olan akde konu olan şeyin bulunmasıdır. Ancak icâre akdinde menfaatin akit esnasında bulunması mümkün değildir. Fukahâ, insanların buna olan ihtiyacı ve örf haline gelmiş olması nedeniyle Kur'an, sünnet ve icma ile istisna edildiğini söylemişlerdir.³⁶²

Finans sistemi dâhilinde yer alan ve bir çeşit kira akdi olan icârede, müste'cire belirlenmiş fiyatlarla değişik varlıkların intifa hakkı verilmektedir. Bunlara ilaveten klasik leasing işlemine benzeyen icarede, kiralama süresinin bitiminde kiralanan varlığın mülkiyeti kiralayana devredilmektedir.³⁶³ Yapılan bu akitte finansör olan kurum veya kuruluş varlıkların maliki olmakta ve tüm riskleri üstlenmektedir.³⁶⁴

Bu sözleşmeler, kiralanan malın kullanılabilirliğine göre değişmekle beraber genellikle 5-15 yıl için yapılan orta vadeli veya uzun vadeli bir finansman metodudur.

³⁶⁰ Altan, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 131-133.

³⁶¹ İmam Muhammed, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî, *es-Siyerü'l-kebîr*, yy. ts., II, 584; Şafiî, *el-Üm*, II, 50, IV, 25; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, III, 115; İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsil*, VIII, 426-434; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 67; Haccâvî, *el-İkna'*, II, 283.

³⁶² Suğdî, *en-Nütef fi'l-Fetâvâ*, I, 472; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 201; İbn Kudâme, *Muğnî*, V, 432, 433, IV, 304,305; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, V, 263; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 2, 3; Ali Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, İstanbul 2000, 379-387, 379.

³⁶³ Hamza Aktan, “Ticaret Hukukunun Yeni Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Yeni Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 225-256.

³⁶⁴ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 138, 151; Aktan, “Ticaret Hukukunun Yeni Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Yeni Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 225-256; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 6; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20.

Mal sahibinin maliyetini amorti edip kar sağlayana kadar sürdürülmesi daha uzun vadeli icâre uygulamasında karşımıza çıkmaktadır.³⁶⁵

İslam hukukçuları arasında bu akdin bir satışta iki satış kuralına aykırı olmasından veya şartlı satış yasağı arasında olduğu için rizikolu bir işlem olduğunu ve bundan caiz olmadığını söyleyenler vardır. Bunun haricinde, bu akdin yeni bir akit olduğunu, bu hususta teamül bulunduğunu ve İslam hukuk düşüncesinin yasaklarına dâhil olmadığını savunanlar da bulunmaktadır.³⁶⁶

İslam Fıkıh Akademisi ve İslam Bankaları Muhasebe ve Denetleme Kurumu Fıkıh Meclisi'nin aralarında bulunduğu birçok âlimin görüşü, finansal icârenin klasik icareyle aynı hükme tabi olacağı şeklindedir.³⁶⁷

Akit, her iki tarafın da rızasıyla veya müste'cirin mesuliyetini yerine getirmediği durumlarda feshedilebilir. Murabahada bankanın (rabbu'l-mal) herhangi bir mesuliyeti yokken, icârede risk ve sorumluluk tamamen bankanın üzerinde olmaktadır.³⁶⁸ Sermayedarın ana sermaye miktarı, risk bulundurmaktadır. Bunun sebebi oluşacak riskten sermayedarın sorumlu olmasıdır. İcare konusu olan varlık verimliliğini tamamlayıncaya dek, sermaye risk altındadır.³⁶⁹

2.3.1.4. Murâbaha

Sözlükte “artma, kâr, ticarî kazanç” manasındaki ribh kökünden türeyen ve “kazandırma, kâr hakkı tanıma” anlamına gelen murâbaha terim olarak ise; “bir malın satın alındığı fiyatı üzerine bir miktar kâr ilave edilmek suretiyle satılmasıdır.” Bu yöntemde müşteriye, satılan malın maliyetinin ne kadar olduğu açıklanıp, üzerine ne kadar kâr konulacağı ve satış fiyatının ne olacağı hususunda bilgi verilmektedir.³⁷⁰ Murâbahanın finansal piyasalarda uygulanması ise, katılım bankasının müşteri adına bir ürünü satıcıdan alıp belirli bir kâr koymak suretiyle genelde vadeli şekilde müşterisine

³⁶⁵ Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 21; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 8.

³⁶⁶ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 138, 151; Durmuş, *Günümüz Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 64, 65.

³⁶⁷ Komisyon, “İslam Fıkıh Akademisi, Karâr bişe'ni İstifserâti'l-benki'l-İslâmî li't-tenmiyeti”, Karar no: 13(1/3)

³⁶⁸ Muaz Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, 32

³⁶⁹ Altan, *Faizsiz Bankacılığın Temelleri*, 131.

³⁷⁰ Mısrî, *el-Masârifi'l-İslâmiyye*, 32; İ. Kâfi Dönmez, “Murâbaha”, *DİA*, XXXI, İstanbul 2006, 148.

satması şeklinde olmaktadır. Vadeli ödemede, vade bitinceye kadar malın mülkiyeti bankaya ait olup, banka, satıcı ve müşterisi ile iki ayrı sözleşme imzalamakta, bu ürünün fiyatı, teslim zamanı ve ödeme planı belirlenmektedir. Ancak bankanın dosya masrafı vb. başlıklar altında aldığı komisyonun faiz niteliği taşıyabileceği hususu tartışma noktası oluşturmaktadır. Buna karşılık banka, işletim giderlerini karşılaması için müşterisinin talep ettiği ürünü asgari fiyata bulup ondan kâr almaktadır. Bunlara ilaveten, müşterinin ödemeyi geciktirmesi halinde dâhi bankanın kazancı değişmemektedir.³⁷¹ Ticari bankalarla aynı ortamda faaliyet gösteren katılım Bankaları murâbaha yöntemiyle yaptığı işlemlerde kârını belirlerken faiz oranlarını referans aldığı göze çarpmakta olup bu karşılaştırmayı yapmaktan kaçınmalarını sağlayacak bir çözümün bulunması gerekir.³⁷²

Finans sisteminde murabahada riziko malların sermaye kullanıcısına devredildiği merhalede ve anaparanın kendi kendini amorti edemediği hallerde söz konusu olabilir. Bu sistemde mallar finans kullanıcısına intikal ettirildiği zaman, bütün riskler kullanıcıya ait olur. Ancak finans temin eden bundan sonraki aşamalarda hiçbir riske ortak olmaz. Murabaha finansman sisteminde sermaye sağlayıcısı, üstlenilen ticari faaliyetler nedeniyle, taşıma ve depolama esnasında ortaya çıkacak zararlar gibi risklerle de karşı karşıya kalabilir. Ayrıca, finansör, finans kullanıcısı namına satın alınan malın kullanıcı tarafından iade edilme riski ile de karşılaşabilir. İşte bu riskler malın finans kullanıcısına teslim edilmesine kadar kârın meçhul olmasına sebep olur. Bu sistemde sermayedar riskle karşı karşıya kalmaz ve kullanıcısının riskine katlanmaz.³⁷³

2.3.1.5. Selem

Sözlükte “teslim etmek, teslim olmak, peşin bedelle vadeli mahsul almak”³⁷⁴ gibi manalara gelen selem, terim olarak “nitelikleri belirlenmiş vadeli bir malın peşin bedel

³⁷¹ Durmuş, *Günümüz Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 63; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 7,8; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20, 21.

³⁷² Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 30.

³⁷³ Altan, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, 131-133.

³⁷⁴ Bilal Aybakan, “Selem”, *DİA*, XXXVI, İstanbul 2009, 402-405, 402.

karşılığında satışını" ifade eder.³⁷⁵ Kısaca selem, teslimi ileri bir tarihte yapılacak olan ön ödemeli satış akdidir. Selemin hükmü, ma'dumun satışı caiz olmamakla birlikte ihtiyaca binaen³⁷⁶ nas istihsânıyla temellendirilmiştir. Selem satışında bedellerin; mütekavvim ve tayin edilmiş olması, semen peşin ödenmiş olması, mebi'in teslim yeri ve zamanının belirlenmiş olması ve sözleşmenin ribaya sebebiyet vermemesi gibi şartları taşıması gerekir.³⁷⁷

Günümüzde katılım bankalarındaki uygulamada ise selemin, kalitesi veya miktarı belirlenmiş mallarda ve başka yöntemlerle kıyaslandığında daha da kısa vadeli finansmanlar için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Akdin yapılması esnasında ön ödeme yapılması ve mebi'in teslim tarihinin belirtilmesi gerekmektedir. İslamî bankalar iki farklı selem akdi ile birinde alıcı iken, diğerinde muayyen bir kâr karşılığında müşterisine aynı malı satabilmektedir. Ayrıca banka, selem akdi ile aldığı malı, isterse başka bir yöntem ile vadeli şekilde satabilme yetkisine sahiptir.³⁷⁸

Selemde riziko, akde konu olan şeyin gelecekte oluşacak fiyatının bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Esasen daha evvel belirttiğimiz gibi selemin en önemli özelliği, teslim edilecek olan malın miktarı, fiyatı ve kalitesinin önceden belirlenmiş olmasıdır. Ancak anlaşma konusu olan malın getireceği kâr mal teslim edilene kadar meçhul durumdadır. Finansörün hakiki kâr oranı, akde konu olan mala verilen fiyat ile malın teslim edildiği anda belirlenecek olan fiyat arasında oluşan farkla ortaya çıkar. Risk, alınan malın satın alındığı fiyat (maliyet) ile pazarda oluşan fiyat (satış fiyatı) dolayısıyla da söz konusu olur. Sermayedarın maruz kaldığı riske, finans kullanıcısı katlanmaz. Selemde de, sermaye maliyeti akit sonuçlanıncaya kadar meçhul olmaktadır.³⁷⁹

³⁷⁵ İmam Muhammed, *el-Câmi 'u's-Sağır*, I, 322; Şafîi, *el-Üm*, III, 151-154; Merğînânî, *el-Hidâye*, III s. 71; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 338, 339; Nevevî, *el-Mecmu'*, c. XIII, 93; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 312; İbn Müflih, *el-Mübdî*, IV, 67; Haccâvî, *el-İkna'*, II, 133; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, III, 194; Desûkî, *Hâşiye*, III, 216-221.

³⁷⁶ Halil Günenç, "Faiz, Finans, Borsa ile İlgili Bazı Meseleler" *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 257-290, 264.

³⁷⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 214; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 331; İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 227.

³⁷⁸ Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 8; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 21; Durmuş, *Günümüz Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 73.

³⁷⁹ Altan, "Faizsiz Bankacılığın Temelleri", 131-133.

2.3.1.6. İstisna'

Sözlükte "sanat ve mahareti gerektiren bir şey yapmak, imal etmek, üretmek, meydana getirmek"³⁸⁰ manasındaki istisna' kelimesi terim olarak; "belli bir ücret karşılığında, sanatıyla ilgili özellikleri belirlenmiş bir şeyi imal etmesi istenen sanatkâr ile siparişte bulunan kişi (veya kurum) arasındaki akit nev'inin adıdır."³⁸¹

İstisna' selem akdine benzeyen bir muameledir. Ancak selemden farklı olarak akde konu mal henüz meydana gelmediği için inşa edilmeye veya üretilmeye dayalı olması söz konusudur. Bilindiği gibi selemden semen peşin ödenir, ancak istisna'da ifanın peşin yapılması talep edilmez. Bunun haricinde selem akdinde teslim tarihi kesin olarak belirlenirken, istisna' akdinde kesin teslim tarihi meçhul olabilir, belirlenmeyebilir.³⁸² Bu yönüyle de riziko barındırmasına rağmen ittifakla caiz kabul edilmektedir.

Son dönemlerde katılım bankaları büyük altyapı projelerini finanse etmek amacıyla bu yönetime başvurmaktadırlar. Çünkü istisna' akdi, hem peşin hem de vadeli olarak bedeli verebilme imkânı tanımaktadır. Katılım bankaları, projelerde iki türlü istisna akdiyle tarafları bir araya getirebilir. Birincisinde banka, alıcıyla ödeme şartlarını belirleyen bir akit yapar. Diğerinde ise, ürün tedarikçisiyle akit imzalar. Banka, ağırlıklı olarak ürünlerin bedelini peşin öderken, üzerine belirli miktar koyarak aynı ürünü alan tarafa vadeli olacak şekilde satar.³⁸³

İstisna' akdinde her ne kadar üreticiye verilen malın fiyatı, kalitesi, miktarı ve özellikleri tespit edilmiş olsa da gerçek kâr miktarı ve teslim tarihi, mal üretilip teslim edilene kadar meçhuldür ve satıcı bunu pazarda kendisi oluşturabilir. Hakiki kâr, üretilen mala ödenen para(maliyet) ile malın fiyatının belirleneceği zamandaki piyasa

³⁸⁰ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, "sa-ne-'a" md.

³⁸¹ Serahsî, *Mebsût*, XII, 139; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 2; Hamza Aktan, "İstisna'", *DİA*, XXIII, İstanbul 2001, 393-396, 393.

³⁸² Serahsî, *Mebsût*, XII, 139; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 2; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 510; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 353.

³⁸³ *Mecelletü Mecma'i'l-fikhi'l-İslamî*, VI1/2, 1412/1992, 777-778; İslam Fıkıh Akademisi'nin 1992'de Cidde şehrinde yaptığı yedinci toplantısında sunulan tebliğlerde ve yapılan müzakerelerde istisna' akdinin önemli bir işleve sahip bulunduğu belirtilerek şu kararlar alınmıştır: 1. Sipariş verilen bir iş ve zimmette sabit bir ayn üzerine kurulan istisna' akdi rükün ve şartlara uyulduğu takdirde tarafları bağlayıcıdır. 2. İstisna' akdinde sipariş verilen malın cinsi, miktarı ve nitelikleri ortaya konulması, bunun yanında teslim tarihinin belirlenmesi gerekir. 3. Semen tamami taksitler halinde de ödenebilir. 4. İstisna' akdi, doğal afetler gibi mücbir sebepler hariç tutulmak kaydıyla tarafların üzerinde anlaştıkları cezai şartları da içerebilir.

fiyatına (satış fiyatı) bağlı olmaktadır. Buradaki meçhuliyet de bu akdin rizikolu bir akit olduğuna delalet eder.

2.8.2. Sukûk

Sukûk kelimesi Arapçada ‘sakk’ sözcüğünün cemisi olup, müfredi çek anlamına gelmektedir. Sukûk kısaca İslâmî tahvillerin³⁸⁴ adıdır. İslâmî finansal sertifikası olan sukûka, İslâmî bono da denilmektedir. Sukuk; “mal, menfaat, hizmet ve muayyen bir proje yahut yatırımın mevcudiyeti üzerindeki eşit değeri olan payları temsil eden mâlî vesîkalar” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁸⁵

Sukûk; “sermaye ortaklığını veya gayrimenkulü simgeleyen ve faiz içermeyen finansal bir sertifika” şeklinde tanımlanabilir.³⁸⁶ Dar anlamda sukûk ise; “varlığa dayalı olan, düzenli gelir getiren ve ikincil piyasada da işlem gören, İslam hukuku ilkelerine göre (el-ğurm bi’l-ğunm kaidesi çerçevesinde³⁸⁷) ihraç edilen orta vadeli sertifikalar” şeklinde tanımlanabilir.³⁸⁸ Geniş anlamda ise; “muayyen yatırım faaliyetlerine, muayyen projelere, duran varlıklara, tasarruf haklarına sahipliği simgeleyen müsavi değerde ve bölünemeyen sertifikalar” olarak tanımlanır.³⁸⁹ Sukûk bir varlığa sahip olmayı yahut o varlıktan intifa hakkının mevcudiyetini gösteren menkulleştirilmiş kıymettir.³⁹⁰ Sukûklarda, nakit akış hakkının dışında mülkiyet hakkı olur ve bu durum sukûku geleneksel tahvillerden farklılaştırır. Sukûk, yatırımcısına finanse edildiği

³⁸⁴ Tahvil: Devletin veya özel şirketlerin orta yahut uzun vadeli fon sağlamak amacıyla çıkarttıkları borç senetleridir. Tahvil alacak hakkı tanımlayan bir menkul kıymet olup bu hak tahvil bedelinin ödenip, tahvilin alınmasıyla elde edilmektedir. Ayrıntı bilgi için bkz; Gürel Konuralp, *Sermaye Piyasaları Analizler, Kuramlar ve Portföy Yönetimi*, 1.Basım Alfa BasımYayım, İstanbul 2001, 31.

³⁸⁵ *Mecma’ü'l-Fikhi'l-İslâmî*, karar no: 178 (4/19), 1430/2009; Ali Muhyiddîn Karadâğî, “es-Sukûku'l-İslâmiyye ‘et-Tevrîk’ ve tatbîkâtühâ el-muâsıra”, 2; Hasan Hüseyin Şahhata, *Sukûk İslâmiyye beyne'l-Fikhi ve't-tatbîk*, 4.

³⁸⁶ Küçükçolak, “Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi”, *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 23-26.

³⁸⁷ Hasan Hüseyin Şahhata, *Sukûk İslâmiyye beyne'l-Fikhi ve't-Tatbîk*, 3.

³⁸⁸ Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 74; Neval b. Ammara, “es-Sukûku'l-İslâmiyye ve vurûduhâ fi tatvîri's-sûku'l-maliyye el-İslâmiyye Tecrûbetü's-sûku'l-maliyye'l-İslâmiyye devletü Bahreyn”, *Mecelletü'l-bâhis*, sy. 9, yıl 2011, 256; Durmuş, “Modern Bir Finansal Araç Olarak Sukûk ve Fikhî Açından Tahlîli”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010, 141-156.

³⁸⁹ Abdussettâr Ebû Ğudde, “el-Mahâtur fi's-sukûk ve mevkîfî's-Şerîati min damâniha” *Nedvetü's-Sukûk*, Câmîatü Melik Abdülaziz, 1431 2010; Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 74; Şahhata, *Sukûk İslâmiyye beyne'l-Fikhi ve't-tatbîk*, 3, 4.

³⁹⁰ Sâmîr Mazhar Kantakci, *Sînâati't-temvîl fi'l-masârif ve'l-müesseseti'l-mâliyye el-İslâmiyye*, Halep 2010, 357.

varlıktan elde edilen kârdan hisse verir. Sukûk varlığına dayalı, tahvil ise, borca dayalı sertifika olarak nitelendirilebilir.³⁹¹ Sukûk ihracı yapılırken, finansal araçlar muayyen bir havuzda toplandıktan sonra menkul kıymetleştirilerek³⁹² ikincil piyasada³⁹³ işlem görmeleri sağlanır. Katılım bankaları, menkul kıymetleştirmeyi reelize eden özel amaçlı kurum hükmündedir. Havuzda toplanan araçlar; emtia, hisse senetleri, borçlanma veya intifa hakkı vasıtaları şeklinde olabilmektedir. Ancak intifa hakkının veya bu varlıkların paraya çevrilebilir vasfı taşıması şarttır.³⁹⁴

Faizsiz finansman endüstrisinin dinamikleri, faizsiz finansman araçlarındaki yeni gelişmelerle değişmiştir. Devlet (kamu kurum ve kuruluşlarına) ve işletmelere finansman elde etme vasıtası olarak bilhassa bono ile menkul kıymet sahasında sukûk yahut faiz içermeyen menkul kıymetler son birkaç yıl içerisinde olabildiğince müstakil ihraçlar yoluyla yaygınlaşmıştır.³⁹⁵

2.8.2.1. Endeksleme Şekillerine Göre Sukûk Türleri

Proje endeksli sukûkta, *bir projenin finansmanını sağlamak amacıyla sukûk ihracı yoluna gidilmektedir. Projenin gerçekleştirilebilmesi için bir şirket (SPV) oluşturulmakta ve ihraç bu şirket tarafından yapılmaktadır.*³⁹⁶ Varlık endeksli sukûk ise, *yatırımcılara varlıkların kazanç hakkının satılmasıyla fon sağlanan sukûk*

³⁹¹ Ahmet Tok, “İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *SPK Yeterlik Etüdü*, Ankara 2009, 15.

³⁹² “Bir gerçek veya tüzel kişinin ticari faaliyetlerinden kaynaklanan varlıkları ve gelecekteki gelirlerini karşılık göstermek sureti ile borçlanma senedi ihraç ederek finansman sağlanmasıdır.” Kaynak: [http://www.tuketificfinansman.net/2007/11/menkul-kiymetlestirme-nedir-menkul.html#ixzz4pKxYcq30\(10.08.2017\)](http://www.tuketificfinansman.net/2007/11/menkul-kiymetlestirme-nedir-menkul.html#ixzz4pKxYcq30(10.08.2017))

³⁹³ Menkul kıymet borsaları ikincil piyasalardır.

³⁹⁴ Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 9; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 21; Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 74; Tok, “İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *SPK Yeterlik Etüdü*, 16; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 95, 96.

³⁹⁵ Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 27; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 96.

³⁹⁶ Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 76; Tok, “İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *SPK Yeterlik Etüdü*, 17; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 100; Küçükçolak, “Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk’un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi” *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 27; Katar devleti 2003’te Doha şehrindeki HMM’nin yapılması için finansman sağlamak gayesiyle ihraç edilen Katar Global Sukûku genelde verilen örneklerdir.

örneğidir.³⁹⁷ Bilanço endeksli sukûk da, müşterilerin değişik projelerine maddi kaynak temin etmek için sukûk ihraç edilmekte ve bu sayede projelere kaynak, global sermaye piyasalarından sağlanmaktadır³⁹⁸

2.8.2.2. Finansman Kullanım Alanına Göre Sukûk Türleri

Finansman kullanım alanına göre sukûk çeşitleri; mudârebe, müşâreke, icâre, murabaha, selem, istisna' ve karma sukûku şeklindedir.

2.8.2.2.1. Mudârebe Sukûku

Mudârebe, finans desteği veren taraf ile bir proje gerçekleştirmek isteyen taraf arasında anlaşma yapılan bir akit niteliği taşıyıp bu açıdan risk sermayesine benzer özellik arz etmektedir. Mudârebe akdinin İslamî ilkelere uygun olup olmadığını denetlemek için kâr-zarar esası uygunluğuna bakmak gerekir. Mudârebe sukûku eşit miktarda ve tam mülkiyeti simgeleyen, kâr alacaklılarının isminin tescil edildiği ve gelirin, mülkiyet oranına göre pay edildiği sukûklardır. Bu tür sukûk büyük yatırım projelerin finansmanını karşılamak amacıyla kullanılır ve geniş kitlelerin katılımı hedeflenir. Mudârebe sukûku çeşitleri de bu tekniğin genel özelliklerini taşır. Mudârebe sukûku ikincil piyasalarda alınıp satılabilir.³⁹⁹

Gerçekleşen kâr ortakların mutabakata vardıkları orana göre paylaşılır. Sözleşmenin bitiminde anapara yatırımcılara iade edilir. Zarar olması durumunda klasik mudarebede olduğu gibi sermayedarlar (rabhu'l-mal) sermaye zararını üstlenecek ve

³⁹⁷ Tok, "İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", *SPK Yeterlik Etüdü*, 18; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 101; Küçükçolak, "Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi" *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 27; Yakar, Kandır, Önal, "Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi", *Bankacılar Dergisi*, 77.

³⁹⁸ Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 101; Küçükçolak, "Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi" *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 27; Yakar, Kandır, Önal, "Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi", *Bankacılar Dergisi*, 77; Tok, "İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", *SPK Yeterlik Etüdü*, 18.

³⁹⁹ Küçükçolak, "Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi" *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 31; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 102.

mudarib'in akitte yer alan kuralları çiğnemesi nedeniyle zarara neden olmadığı müddetçe mudârib zarara ortak edilmez, ancak emeği mukabilinde elde edeceği kârı alamaz.⁴⁰⁰

2.3.2.2.2. İcâre Sukûku

İcâre sukûku, sahibine kiradaki bir gayrimenkul için belli taksitlerle ödeme yaparak kiralanan varlığın mülkiyetinin sahipliğini veya gayrimenkulün intifa hakkını sunar.⁴⁰¹ Bu sukûkta en önemli husus mülkiyet hakkının sertifika sahiplerinin elinde olmasıdır.⁴⁰² Bunun için kiralanan gayrimenkulün bakım maliyetleri icâre sukûku sahiplerine ait olmaktadır. İcâre sukûku, bir icar akdi ile tanımlanmış, var olan ve malum değerlerin sahipliğini malikine verir ve ücret ödemesi sukûk sahibine yapılır. Kiracının kira ücreti ödemesi intifa hakkının kullanıldığı esnada olmak zorunda değildir. Her iki tarafın müşterek kararı ile kiralananmadan önce, kiralandığı anda veya kiralandıktan sonra yapılabilir. Bu elastikiyet farklı sözleşmelerin imzalanmasını ve sukûkun değişik gayelerle kullanılmasını temin eder.⁴⁰³

2.3.2.2.3. Müşâreke Sukûku

Yeni veya mevcut olan bir projenin finansmanının karşılanması için gereken fonların sağlanmasını kolaylaştıran, sukûk sahiplerinin projede kullanılan varlıklara ne oranda malik olduğunu gösteren sertifikalar olarak tanımlanır. Sertifikayı elinde bulunduran şahıs, payı oranında projenin veya faaliyetin maliki olur. Bu sertifika ciro edilebilir araç biçiminde işlem görür ayrıca ikincil piyasalarda alınıp satılabilir.

⁴⁰⁰ Fuad Muhammed Ahmed Muhîsîn, *es-Sukûkü'l-İslâmiyye (et-tevrik) Tatbîkâtüha'l-Muâsıra ve Tedâvülühe*, 24.

⁴⁰¹ Necdet Şensoy, "İslamî Kurallara Uygun Finansal Sistem Bağlamında Bir Finansal Araç Olarak Sukûk Uygulamaları", *Fıkhî Açıdan Finans ve Altın İşlemleri*, Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi, İstanbul 2012, 338.

⁴⁰² Şensoy, "İslamî Kurallara Uygun Finansal Sistem Bağlamında Bir Finansal Araç Olarak Sukûk Uygulamaları", *Fıkhî Açıdan Finans ve Altın İşlemleri*, 341.

⁴⁰³ Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 106; ayrıca daha ayrıntılı bilgi için: Sami b. İbrahim es-Suwailem, "Müntecât Sukûku'l-İcâre" *Nedvetü's-Sukûk*, Câmiatü Melik Abdülaziz, 1431 2010, 214- 236; Abdullah b. Muhammed el-Umrânî, "Sukûku'l-İcâre el-mevsûfe fi'z-zimmeti ve'l-müntehiye bi't-temlik, *Nedvetü's-Sukûk*, Câmiatü Melik Abdülaziz, 1431 2010, 126- 157.

Mevcut bir faaliyetin finansmanını karşılamak için eşit değerde ihraç edilmiş ve katılım esasına dayalı olan müşâreke sertifikasıyla, sertifika sahibi payı nispetinde projenin malikî olur.⁴⁰⁴

2.3.2.2.4. Murâbaha Sukûku

Fiyatı, maliyet ve önceden belirlenmiş getiri üzerinden belirlenen bir satış akdi olup, akit tutarının vadeli veya peşin halde yapılabildiği sukûk türüdür.⁴⁰⁵ Murâbaha, sosyal ve iktisadi alandaki kullanımı cihetiyle kompleks bir vasma sahiptir. Buradan hareketle Osmanlı devrinde para vakıflarının paralarını işletmede müracaat edilen murâbaha usulü, finans kurumlarının ellerindeki mudi parasını kullanma şekline yansıtılmış durumdadır, diyebiliriz.

Bu tür sertifikayı satın alan şahıslar murâbaha malının maliki olurlar, ayrıca bu varlığın ikinci kez satılması hususunda son karar kendilerine ait olur. Yalnızca birincil piyasa (ilk ihraç) dâhilinde işlem görmesi halinde murâbaha sukûkunun hukuki sonuç doğurabilmesi mümkündür. Bu tür sukûkun ikincil piyasada işlemi yapılmamaktadır.⁴⁰⁶ Nitekim bu sertifikalar, emtia alan şahsın sertifika sahibi olan kişilere olan borcunu simgeler. Ayrıca bu borcun vadeyle işlem görmesi faizli bir muamele haline dönüşeceğinden dolayı İslam hukukçularınca caiz görülmemiştir. Ancak icare veya müşâreke türünde olan ve ciro edilebilen sukûklardan oluşan aynı zamanda bir portföyün önemsiz bir kısmını oluşturan murabaha sukûkunun ciro edilmesi mümkündür.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Küçükçolak, “Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk’un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi” *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 32; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20; Türker, *İslami Finans Sisteminde Finansal Aracılık*, 6; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 106,107; Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 78; Tok, “İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *SPK Yeterlik Etüdü*, 20.

⁴⁰⁵ Şensoy, “İslamî Kurallara Uygun Finansal Sistem Bağlamında Bir Finansal Araç Olarak Sukûk Uygulamaları”, *Fıkhi Açidan Finans ve Altın İşlemleri*, 338; Abdurrahim Abdülhamid es-Sââtî, “el-Vezâîf’-İktisâdiyye li’s-Sukûk Nazratün makâsıdiyye”, *Nedvetü’s-Sukûk*, Câmîatü Melik Abdülaziz, 1431 2010, 19.

⁴⁰⁶ Hakan Erkuş, İbrahim Çenberlitaş, “İslami Finansal Araçlardan Olan Sukukların Muhasebeleştirilmesi”, *International Congress on Islamic Economics and Finance*, Sakarya 2015, 5.

⁴⁰⁷ Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 20; Yakar, Kandır, Önal, “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 82.

Katılım bankasının, müşterisine murabaha işlemiyle anlaşma konusu malları sattıktan sonra nakde olan ihtiyacını finanse etmek için sukûk ihraç etmesi caiz değildir. Zira akde konu olan şey, müşteriye satılmıştır. Bundan dolayı aynı malı birden fazla kişiye satamayacakları için murabaha sukûkunun ikincil piyasada işlem görmesi caiz değildir. Ayrıca yatırımcı şahıslara satışla ortaya çıkan vadeli alacaklarını satmak herhangi bir alacağı nakit mukabilinde satmakla aynıdır. Dolayısıyla bu tür bir işlem yapıldığında sukûk yatırımcısının, kârı hak etmesini temin edecek herhangi bir neden (risk üstlenme, üretim, satış vb.) yoktur. Bu durum alacağın bir elden başka ele intikali olmakta ve gerçek manada bir mülkiyet intikali olmadığı için yapılan işlem rizikolu ve caiz değildir.⁴⁰⁸

2.3.2.2.5. Selem Sukûku

Selem sukûku, selem finansmanı elde etmek amacıyla teslim zamanı ve yeri belirlenmiş olan mala tekabül eden ve eş değer olarak ihracı yapılan sertifikalardır.⁴⁰⁹ Bu sertifikaları satın alanlar selem akdi ile satılan emtianın mülkiyetini elde ederler. Söz konusu sertifikaların ihracını yapan emtia satıcısının bizatihi kendisidir. Üyeler ise malların alıcılarıdır. Ödenmesi gereken üyelik bedelleri emtianın semenidir. Selem sertifikası ihracı yapanlar emtia malikleridir. Ayrıca bu kişiler bu malları ihraç ettikleri bu sertifikalarla beraber satma yetkisini de haizdirler.⁴¹⁰

Selem bazlı mallar özel amaçlı bir kurum veya kuruluş vasıtasıyla ihraç edilip satılabilir. Bu sayede yatırımcılardan alınan bu kaynaklar üzerinde anlaşma yapılan malın muayyen bir tarihte teslim edileceğini belgeleyen kontrat ile birlikte SPV kuruluşuna teslim edilir. SPV isterse akitte belirttiği miktar emtiayı teslim etme anında anlaşma yapılan fiyatın üzerinde bir fiyatla pazarlamak amacıyla bir acente ile anlaşma imzalayabilir. Alınan fiyat ile satılan fiyat neticesindeki fark özel amaçlı kuruluşun ve

⁴⁰⁸ Abdullah Durmuş, “Modern Bir Finansal Araç Olarak Sukûk ve Fıkî Açısından Tahlili”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010, 141-156.

⁴⁰⁹ Sââtî, “el-Vezâîfi’-İktisâdiyye li’s-Sukûk Nazratün makâsıdiyye”, *Nedvetü’s-Sukûk*, 17.

⁴¹⁰ Küçükçolak, “Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk’un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi” *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 34; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Sekürütizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 109.

sukûk yatırımcılarının kârı olmaktadır. İslam hukukuna göre selem akdi için aranan tüm şartlar selem sukûku için de istenir.⁴¹¹

Müşterinin eksiksiz ödeme yapması, malın tayin edilmiş olması malın kalitesi, miktarı, teslim yeri ve tarihinin muayyen olması, bu istenen şartların örneği olarak verilebilir. Selem akdi ve selem sukûku ile alakalı olarak aranan şartlardan birisi de teslim tarihi gelmedikçe satılamayacağı yönündeki şarttır. İkincil piyasada mal, menfaat ve hizmetteki şayi' hisseyi temsil şartlarını taşımadığı için ve ihracı yapılan belgenin temsil ettiği malın ma'dûm olması hasebiyle garar içerdiği için selem sukûklarının ikincil piyasada tedavülü caiz değildir.

2.3.2.2.6. İstisna' Sukûku

Eşit değer niteliğini haiz, belge sahibinin mülkiyetindeki ürünleri üretmek veya bina inşa etmek ve alt yapı işlemleri için gerekli finansal desteğin sağlanması gayesiyle ihracı yapılan sukûklardır.⁴¹² Üyelik dolayısıyla sağlanan kaynaklar ürünün maliyetini oluştururken, sertifika ihracında bulunan imalatçılar (tedarikçiler/satıcılar) ve üye şahıslar ise planı yapılan ürünün alıcısı konumundadırlar. İstisna' sertifikası yatırımcıları ürünün sahibi olurlar ayrıca belgenin semenini almaya yahut paralel istisna' yoluyla satılmış olan ürünün semeninde hak sahibi olurlar. Bu sukûk türü daha çok büyük altyapı projelerine kaynak sağlamada kullanılır. Paralel istisna' akdinin altyüklenici firmayla imzalanması için istisna' akdindeki yüklenici kişi, kurum veya kuruluşa izin vermesi nedeniyle istisna' sukûku finansal aracılık yapılması bakımından uygunluk arz eder. Bundan dolayı finansal işletme, kâr elde etme saikiyle bir yapım veya inşa etme işlemini üstlenebilir ve altyüklenici akdiyle inşaat işini bu alanda daha uzman bir işletmeye devretme yetkisini haiz olur.⁴¹³

⁴¹¹ Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 109; Sââtî, “el-Vezâîfî-İktisâdiyye li's-Sukûk Nazratün makâsıdiyye”, *Nedvetü's-Sukûk*, 18.

⁴¹² Ammara, “es-Sukûku'l-İslâmiyye”, *Mecelletü'l-bâhis*, 256; Sââtî, “el-Vezâîfî-İktisâdiyye li's-Sukûk Nazratün makâsıdiyye”, *Nedvetü's-Sukûk*, 18.

⁴¹³ Heyet, *el-Meayîrü's-Şer'iyye*, 482; Küçükçolak, “Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi”, *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 34; Altaş, *İslami Finans Yöntemi*, 22; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 111.

Fıkıh açısından bakıldığında, mevzubahis borç senetlerinin birincil kıymetinin dışında bir değerle üçüncü kişilere satılması caiz olmamaktadır. Bundan dolayı bu tür belgelerin ikincil piyasada işlem görmesi caiz değildir.⁴¹⁴

2.3.2.2.7. Melez Sukûk (Hibrid/Karma Sukûk)

Melez sukûk, birçok sukûk çeşidini bir arada toplayan ve diğer sukûk çeşitlerinden daha kapsamlı bir sukûk türüdür. Sukûk ihracının, alışının ve satışının yatırım vasıtası olması ayrıca plasmancaların değişik isteklerinin dikkate alınması sebebiyle; piyasada diğer sukûk çeşitlerine göre daha fazla rağbet görmeye başlamıştır. Melez sukûkta mevzubahis finansman havuzu birçok sukûk türünü kapsar. Farklı vasıflardaki sukûklardan oluşan varlık havuzu, kaynakların yüksek hareketlilik göstermesine olanak verir. Murabaha ve istisna' sukûklarının diğerleri gibi ikincil piyasalarda satılma imkânı olmasa da, bu sukûk türünde varlık havuzunun yarısından fazlasının (% 51) ikincil piyasada işlem görebilen sukûktan oluşması gerekir. İstisna' sukûku ile murabaha sukûkunun varlık havuzunun birer pasajı olması hasebiyle bu sertifikaların getirisi yalnızca daha önce belirlenen standart bir oranda gerçekleştirilebilir.⁴¹⁵

2.8.3. Sukûkun Risk Açısından Değerlendirmesi

Sukûk, yeni karşılaşılan ve uygulamaya konan faizsiz finansman tekniğidir. İslam hukukçuları tarafından yapılan değerlendirmeler uluslararası iki heyetin fetva kurulunun verdiği kararlar içerisinde kalmaktadır.⁴¹⁶ Sukûku *İslam Fıkıh Akademisi* ve *İslâmî*

⁴¹⁴ Heyet, *el-Meayîrû's-Şer'iyye*, 482.

⁴¹⁵ Küçükçolak, "Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi", *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar dergisi*, 34; Tok, "İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", *SPK Yeterlik Etüdü*, 22; Yakar, Kandır, Önal, "Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi", *Bankacılar Dergisi*, 84; Güngören, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, 112; Yusuf Abdullah eş-Şiblî, "İsdâr ve Tedâvülü'l-eshûmi ve's-Sukûki ve'l-vihadâti'l-müştemileti 'ala'n-nukûdi evi'd-duyûni ve davâbitihâ's-Şer'iyye", *Nedvetü's-Sukûk*, Câmîatü Melik Abdülaziz, 100-103.

⁴¹⁶ Bkz. Şiblî, "İsdâr ve Tedâvülü'l-eshûmi ve's-Sukûk", *Nedvetü's-Sukûk*, 100-103; Ammara, "es-Sukûku'l-İslâmiyye", *Mecelletü'l-bâhis*, 256; Sââtî, "el-Vezâifi'l-İktisâdiyye li's-Sukûk Nazratün makâsidiyye", *Nedvetü's-Sukûk*, 18; Durmuş, "Modern Bir Finansal Araç Olarak Sukûk", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 141-156; Şensoy, "İslamî Kurallara Uygun Finansal Sistem Bağlamında Bir Finansal Araç Olarak Sukûk Uygulamaları", *Fikhi Açıdan Finans ve Altın İşlemleri*,

Finansal Kuruluşlar Muhasebe ve Denetleme Kurulu fıkıh heyeti ele alıp tartışmıştır. *İslam Fıkıh Akademisi ve İslâmî Finansal Kuruluşlar Muhasebe ve Denetleme Kurulu'nun* aldığı kararların birbirine uygunluk arzemesi ve uluslararası geniş bir komisyon tarafından değerlendirilmiş olması yönüyle önem arzeder. Heyetler İslam hukuku akit sistematığına bağlı kalınarak sukûk ihracında yapılacak olan asli akdin temel ilke ve prensiplerine aykırılık olmadığı müddetçe yapılan bu tür işlemin caiz olduğunu söylemiştir.⁴¹⁷

Yapılan değerlendirmeler bağlamında şunları söyleyebiliriz: Zimmette sabit borca dayalı sukûk ihracı olumsuz gayri meşru risk barındırdığı için caiz değildir. Bunun dışındaki mal, menfaat ve hizmetlere dayalı ihraçlar İslam hukuku akit sistematığı çerçevesinde caiz olmaktadır. Yine zimmette tavsif edilmiş varlıkların menfaatine dayalı sukûkun söz konusu varlığın muayyen hale getirilmemesi durumunda malın olmaması sebebiyle yapılan işlem garar içerdiğinden tedavülü caiz değildir.⁴¹⁸

Sukûk ihracı yapıldığı zaman hangi akde göre ihraç yapılacaksa o akdin kurallarına uymak zaruridir.⁴¹⁹ Örneğin; gayri meşru risk oluşmaması için selem sukûku ihracı yapılacaksa selem akdinde gerekli olan malın evsafının muayyen olması, malın teslim tarihinin belli olması semenin peşin olması hususları dikkate alınarak ihraç yapılmalıdır.

İcâre sukûkunda vade sona ermeden o günkü fiyatla ya da anlaştıkları fiyat üzerinden geri almaları caiz olmaktadır. Ancak ribaya düşmemek için, icare sukûk ihracının veya geri alımının taksitli olmaması gerekir.⁴²⁰

Sukûku ihraç edenin garanti vermesi, borç taahhüdünde bulunması caiz olmamakla birlikte akitte yer alan kuralları çiğnemediği sürece tazmin mecburiyeti de yoktur.⁴²¹

Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi, İstanbul 2012; Ahmed Ebûbekr, Safiyye, *es-Sukûkû'l-İslâmiyye*, Dâiretü's-Şüûni'l-İslâmiyyeti ve'l-Ameli'l-Hayriyyi, Dubai 2009, vd.

⁴¹⁷ Heyet, *el-Me'âyirü's-Şer'iyye*, 487.

⁴¹⁸ Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 296; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 138; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 357; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 16.

⁴¹⁹ Heyet, *el-Me'âyirü's-Şer'iyye*, 487; Heyet, Mecma 'u'l-Fıkhi'l-İslâmî, "Karâr bi Şe'ni's-Sukûki'l-İslâmiyye, No:178.

⁴²⁰ Heyet, *el-Me'âyirü's-Şer'iyye*, 487;

⁴²¹ Muhîsîn, *es-Sukûkû'l-İslâmiyye (et-tevrik)*, 24.

Sukûk ihraççısının topladığı sermayeyi İslam hukukunun mübah gördüğü alanlarda kullanması caiz olup bunun dışında faizli muamelelerde, kumar benzeri işlemlerde, spekülasyonlarda ve üretim veya satımı haram kabul edilen ticari işlemlerde kullanması olumsuz gayri meşru risk barındırdığı için caiz değildir.⁴²²

İkincil piyasada mal, menfaat ve hizmetteki şayi' hisseyi temsil eden icâre, mudarebe ve müşareke sukukunun tedavülü caiz olmakta, mevzubahis temsil şartlarını taşımadığı için murabaha, istisna', selem sukûklarının ise ikincil piyasada tedavülü malın olmaması nedeniyle olumsuz gayri meşru risk içerdiği için caiz değildir.⁴²³

Sukûk ihraç eden tarafın, o günkü piyasa fiyatından taahhütte bulunması durumunda yapılan taahhüt geçerli, aksi durumda gayri meşru risk taşıdığı için geçersizdir. Tayin edilmiş varlıkların menfaatine dayalı sukûkun tedavülü icara verilmeden önce caiz olup tedavülde deyn ahkâmının geçerli olduğu kanaatini taşımaktayız.⁴²⁴

⁴²² Nisâ, 4/29; Bakara 2/188; Ayrıca tezimizin 50-60 sayfalarına müracaat edilebilir.

⁴²³ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 220; Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 296; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 138; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 357; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 16.

⁴²⁴ Ahmed Ebûbekr, *es-Sukûkü'l-İslâmiyye*, 21-24.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KLASİK FIKİH ESERLERİNDE RİZİKOLU AKİTLER

3.1. GİRİŞ

Riziko kelimesi sözlükte, bir şeyin sonucunu öngörememe, kumar ve bahis, mürahene, yarış,⁴²⁵ korku veren hal, tehlike manalarında gelmektedir.⁴²⁶ Pozitif hukukta rizikolu akitlerle; “sigorta, kefalet, kaydı hayatla irat, ölünceye dek bakma akdi kumar ve bahis gibi sözleşmelerle; yapıldığı esnada tarafların üstlendiği taahhütlerin kesin bir şekilde bilinmediği, bir tehlike yüklenme borcu doğuran, sonuçları tesadüfe bağlı akitler” kastedilmektedir.⁴²⁷

Feyzioğlu, rizikolu akitlerin; borcu yüklenen kimsenin akitten dolayı meydana gelecek mesuliyet derecesini ve zarar miktarını akdin kuruluşu esnasında kesin ve açık olacak şekilde bilme imkânı bulunmayan akitler olduğunu ifade etmektedir.⁴²⁸ Rizikolu akitlere, rizikolu sözleşmeler, aleatoire akitler, ihtimalli sözleşmeler, hükümleri rastlantısal bir olaya bağlı akitler, neticeleri talih ve tesadüfe bağlı akitler, riskli akitler, baht ve talih akitleri, şansa bağlı akitler de denmektedir.⁴²⁹ Rizikolu akitler, mer’i Arap hukuk kaynakları ve çalışmalarında, “el-‘ukûdu’l-ihtimâlîyye” yani tarafların akit yaptıkları durumda alıp-vereceklerini önceden bilmedikleri akitler olarak ifade edilmektedir.⁴³⁰ Senhûrî rizikolu akitleri; “*akdin kuruluşu esnasında taraflardan hiç birinin akdin ne şekilde ve ne zaman tamamlanabileceğini kesin bir şekilde bilemediği akittir*” şeklinde tanımlamaktadır.⁴³¹ Tandoğan, rizikolu akitlerde borçlunun, içeriğini daha evvel öngörülemeyen bazı durumlara bağlı bir zarar tehlikesini göze aldığını,

⁴²⁵ Firuzabâdî, *el-Kâmûsu’l-Muhît*, “re-he-ne” md. ; Zebîdî, *Tâcü’l-‘Arûs*, “ha-ta-ra” md.; Sa’dî Ebû Habîb, “*el-Kâmûsü’l-fikhî lügâten ve istilâhen*”, 154, 272.

⁴²⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=muhâta (10.10.2016).

⁴²⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 5-6; Zevkliler, *Özel Borç İlişkileri*, 48-49; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4-5; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 26-27; Akıntürk-Karaman, *Borçlar Hukuku*, 227; Kayar, *Borçlar Hukuku*, 229.

⁴²⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 1976, 371.

⁴²⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, 5,6; Zevkliler, *Özel Borç İlişkileri*, 48,49; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 31,32, 371; Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4,5; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 65.

⁴³⁰ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 67.

⁴³¹ Abdurrezzak Senhûrî, *Nazariyyetü’l-Akd*, yy 1934, 140.

burada belirsiz olan şeyin göze alınan, üstlenilen risk olduğunu dile getirerek batılı hukukçular Saymen ve Elbir'in taahhüdün bizzat kendisinin belirsiz olduğunu savunmalarına da bir eleştiri yöneltmektedir.⁴³²

Borçlar hukukunda düzenlenen akitlerin büyük çoğunluğunda tarafların sorumlulukları ya açıkça düzenlenmiştir ya da belirlenebilir nitelik taşımaktadır. Bazı akitlerde ise doğacak olan borç, belli olayların gelişim seyrine bırakılıp önceden belirlenmemiştir. Rizikolu akit olarak bilinen bu tür akitlerde talih ve tesadüfe bağlılığın ön planda olduğu göze çarpmaktadır.⁴³³ Buradan hareketle rizikolu akitler, borç yüklenen tarafın ediminin şümulü daha önceden belli olmayıp az çok talihe ve rastlantıya bağlı akitler şeklinde tanımlanmıştır.⁴³⁴ Borçlar kanununda bu akitler kumar ve bahis başlığı altında, kumar, piyango, ömür boyu gelir (kayd-ı hayat ile irat) ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri düzenlenmiş, vadeli işlem borsalarına da atıf yapılmıştır.⁴³⁵ Kıta Avrupası hukukunu kendine temel alan diğer ülkelerde, saydıklarımıza ek olarak, sigorta sözleşmeleri ve sonuca katılmalı ödünç akitlerin de bu kapsamda ele alındığı görülmektedir.⁴³⁶

Borçlar kanununun özel kısmında düzenlenen rizikolu akitler öğretide farklı gruplandırmalara tabi tutulmuştur. Nitekim Zevkliler, Yavuz ve Akyol “*kaydı hayat ile irat*” ve “*ölünceye kadar bakma*” sözleşmelerini; kumar, bahis ile birlikte sonuçları talih ve tesadüfe bağlı rizikolu akitler başlığı altında ele almışlardır.⁴³⁷ Tandoğan, sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin kapsamı daha genişletilerek rizikolu akitler başlığı altında ele alınınca “*kumar ve bahis, ömür boyu gelir ve ölünceye kadar bakma akitlerine*” ek olarak “*kefalet ve sigortanın da*” bu başlık altında ele alınması gerektiğini dile getirmektedir.⁴³⁸ Tekinay’a göre rizikolu akitler, baht talih sözleşmeleri adı altında “*kumar ve bahis*” şeklindedir.⁴³⁹ Feyzioğlu, rizikolu akitler başlığı altında kefalet, kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma ile kumar ve bahis akitlerinin yer aldığını

⁴³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, 5, 6.

⁴³³ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 96.

⁴³⁴ Akıntürk-Karaman, *Borçlar Hukuku*, 227.

⁴³⁵ EBK m. 504-519; BK m. 604-619.

⁴³⁶ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 97.

⁴³⁷ Zevkliler, *Özel Borç İlişkileri*, 48, 49; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4,5; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 26, 27.

⁴³⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 6.

⁴³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 73-76.

belirtmektedir.⁴⁴⁰ Tunçomağ ise; bir tehlike yüklenme borcu doğuran sözleşmeler, “kefalet, kumar ve bahis, ömür boyu gelir akdi ve ölünceye kadar bakma akdi” ile “adi şirketin” farklılık arz etmesine rağmen rizikolu akitler içerisinde incelenmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmektedir.⁴⁴¹

Rizikolu akitlerde ihtimalli olan sorumluluk ve borç, bir durumun, bir olayın gerçekleşmesine bağlanabildiği gibi karşı tarafın ölümüne bağlanmış olabilmektedir. Tüm bu nedenlerden dolayı olayın gerçekleşme şekli yahut karşı tarafın ömrünün uzun ya da kısa olması nedeniyle her iki taraf için söz konusu olabilecek kâr ya da zarar durumu ortaya çıkmaktadır.⁴⁴²

Şimdide söylediklerimizden yola çıkarak rizikolu akitleri İslam hukuku açısından tanımlamaya çalışalım:

Rizikolu olması nedeniyle bir tehlike yüklenme borcu doğuran veya akdin fesadına/butlanına sebep olan akitlerdir. Bizâtihi garar üzerine kurulmasından dolayı risk ağırlıklı olan veya risk faktörü taşıdığından dolayı rizikolu olarak nitelenen bütün akitler de rizikolu akitler bağlamında yer almaktadır.

İktisadi neticesinden kaynaklı olarak önem kazanan rizikolu akitlerde hukuki açıdan şu husus göze çarpmaktadır: Rizikolu akitlerde borçlunun içeriği daha evvel öngörülemeyen bazı durumlara bağlı bir zarar tehlikesini göze alması (riziko) bu akdin en önemli özelliğidir.⁴⁴³ Buradan hareketle tezimizi bu kapsamda ele almaya çalışacak klasik kaynaklarda ve günümüz akitlerinde bulunan rizikoyu da dâhil etmek suretiyle rizikolu akitleri incelemeye çalışacağız.

Klasik fıkıh eserlerini incelediğimizde rizikolu akitlerin genel bir teorisinin mevcut olmadığını hatta bir başlık altında incelenmediğini görmekteyiz. Bunun nedeni fikhin kazuistik yapıda olmasıdır. Ancak rizikonun garar ve kumar manasında kullanıldığı göz önünde bulundurulursa, garar ve kumar niteliği taşıyan akitler incelenerek sonucu talih ve tesadüfe bağlı akitlerin bir kısmını ortaya koyma imkânımız doğacaktır. Şimdi de klasik fıkıh kitaplarında ele alınan kefalet, kumar ve bahis, umrâ ve rukbâ konularını incelemeye çalışalım:

⁴⁴⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 370.

⁴⁴¹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 27.

⁴⁴² Kayar, *Borçlar Hukuku*, 220.

⁴⁴³ Güney, *Satım Akdinde Garar*, 153.

3.2. KEFALET AKDİ

Kefalet sözlükte; “bir şeyi bir şeye eklemek, ilave etmek, başkasının borcunu üstlenmek, boynuna almak, katmak, bitiştirmek” vb. manalara gelmektedir.⁴⁴⁴ İslam hukukunda hamâle,⁴⁴⁵ damân,⁴⁴⁶ zeâmet, kabâle, (kibâle, kuble)⁴⁴⁷ sabâre⁴⁴⁸ ve ğarâme kelimeleri kefaletle -aralarında nüansların varlığı söz konusu olsa da- birbirinin yerine kullanılmıştır.⁴⁴⁹ Klasik kaynaklarda Hanefîler kefaleti kitâbu’l-kefâle Mâlikîler kitâbu’l-kefâle ve kitâbu’l-hamâle, Şafîî ve Hanbelîler ise kitâbu’d-damân adı altında incelemiştir.⁴⁵⁰

Kefalet akdinin terim olarak çok değişik tanımlamaları mevcuttur. Hanefî hukukçular kefaleti; “teminat sağlamak amacıyla kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine eklenmesini sağlayan bir akit” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁵¹ Malikî hukukçuların kefalet tarifi şöyledir: “Borç hususunda asıldan başkasının zimmetinin de o deyn (hak) ile mesul tutulmasıdır.”⁴⁵² Şafîî hukukçuların kefaleti tarifi şöyledir: “Başka bir şahsın zimmetinde sabit olan bir borcu veya kefil olunmuş bir malı veya teslim edilmesi gereken şahsı getirme mesuliyetini üstlenmek için yapılan bir akitir.”⁴⁵³ Hanbelî hukukçuların kefalet tarifi şöyledir: “Bir borcun üstlenilmesi konusunda kefilin

⁴⁴⁴ İbn Düreyd, Ebû Bekr Muhammed b. el-Hasen b. Düreyd el-Ezdî el-Basrî, *Cemhetretü’l-lüğa*, I-III, Beyrut 1987, “be-ka-le” md.; Sa’dî Ebû Habîb, “*el-Kâmûsü’l-fikhî lügaten ve istilâhen*” 1403/1988 Dimaşk, 103, 105, 225, 294.

⁴⁴⁵ Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, IV, 96; Mâverdî, *el-Hâvî’l-Kebîr*, VI, S. 430; Muhammed b. Ebî’l-feth b. Ebî’l-fadl el-Ba’lî, Ebû Abdullah, Şemseddin, *el-Muttala’ ala elfâzi’l-Muknî*, (thk Mahmud el-Arnaut ve Yasin el-Hatib) yy 1423/2003, 294; Tâsûlî, *el-Behce*, I, 483; Ebû Habîb, *el-Kâmûsü’l-fikhî*, 105.

⁴⁴⁶ Mâverdî, *el-Hâvî’l-Kebîr*, VI, 429-431; Nevevî, *el-Mecmu’*, XIV, 4; Zekerîya el-Ensârî, *Esne’l-matâlib*, II, 35.

⁴⁴⁷ Ebû Abdullah Şemseddin, *el-Muttala’*, 294; Firuzabâdî, *el-Kâmûsü’l-Muhît*, “ka-be-le” md.; Zebîdî, *Tâcü’l-Arûs*, ka-be-le” md.; Ebû Habîb, *el-Kâmûsü’l-fikhî lügaten ve istilâhen*, 294.

⁴⁴⁸ Ebû Abdullah Şemseddin, *el-Muttala’*, 298.

⁴⁴⁹ İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, “ke-fi-le” md.; Ebû Abdullah Şemseddin, *el-Muttala’*, 294; Yunus Apaydın, “Kefalet”, *DİA*, XXV, 166-174, İstanbul 2002, 168; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 50.

⁴⁵⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, IV, 96; Mâverdî, *Hâvî’l-kebîr*, VI, 430; Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 160; Mâzerî, *Şerhü’t-Telkîn*, III, 169; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 2; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 129.

⁴⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 160; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 25; Ebû’l-Berekât Hâfzuddîn Abdullah b. Ahmed, Nesefî-b. Mahmûd en-Kenzü’d-dekâik, Dârü’l-beşâiri’l-İslâmiyye, yy 1432/2011, 448; İbn Nuceym, *en-Nehrü’l-Fâik*, III, 542.

⁴⁵² Gırnâtî, Muhammed b. Yusuf b. Ebî’l-Kâsım b. Yusuf el-Abderî, *et-Tâc ve’l-İklîl li Muhtasari Halil*, I-VIII, Dârü Kütübü’l-İlmiyye, yy 1416/1994, c. VII, 30; Hattâb er-Rüaynî, Şemseddîn Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahmân et-Tarablûsî el-Mağribî, *Mevâhibü’l-celîl lişerhi Muhtasari’l-Halil*, (Tahkik: Zekerîya Amîrât), yy 1423/2003, VII, 30; Desûkî, *Hâşiye*, III, 329.

⁴⁵³ Zekerîya el-Ensârî, *Esne’l-matâlib*, II, 235; Kalyûbî, *Hâşiyetü’l-Kalyûbî*, II, 323.

zimmetini aslın zimmetine eklemektir.”⁴⁵⁴ Mecellede ise kefalet, zimmetin zimmete dâhil edilmesi şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁵⁵

Borçlar kanununa göre ise kefaletin tanımı şu şekilde yapılmıştır:

Eski Borçlar kanununda; “bir şahsın alacaklıya borcu ödemeyi taahhüt ettiği bir akit” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁵⁶ Yeni borçlar kanununda ise; “asıl borçlunun ödeme yapmamasından dolayı kefilin hukuki sorumluluk üstlendiği akit” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁵⁷

Eski borçlar kanunundaki tanım direkt kefil muhatap aldığı için eksik olarak nitelendirilmiştir.⁴⁵⁸ Yeni borçlar kanununda bu durum düzeltilmiş ve borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda mesuliyetin kefile ait olduğu düzenleme altına alınmıştır.

Tanımların farklı olmasının temelinde mezheplerin izledikleri usulün kendi içerisinde tutarlı olması meselesi yatmaktadır. Ancak bu ihtilaflar uygulamada farklı neticeleri de beraberinde getirir. Kefaletin sadece mutâlebe hakkı veren tanımı incelendiğinde kefilin ölmesi durumunda kefalet borcunun hiçbir surette tahsili söz konusu olamayacaktır. Çünkü mutâlebe sağ olan birisinden yapılabilecektir. Oysa ayn olmayan kefalette deynin tahsili, ölümü halinde bile kefilin bıraktığı terekesinden alınabilmektedir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi, mekfulun anhin zimmetine kefilin zimmetinin zammıyla maksut olanı gerçekleştiren bir akit haline dönüşmektedir.⁴⁵⁹

Buraya kadar İslam hukukuna göre mezheplerin tariflerini ve Türk Borçlar Kanunu’nda yapılmış olan eski ve yeni tanımları aktarmış bulunmaktayız. Tanımlar içinde günümüz hukukuna en yakın tanımın Hanefilerce yapıldığı göze çarpmaktadır. Bu tanımlardan hareketle kefalet şöyle tanımlanabilir: Bir şahsın borcun ödenmeme riskini yüklenmek suretiyle ifa edilmeyen bir hakkın edasını taahhüt etmesidir. Bir

⁴⁵⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 70; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 129.

⁴⁵⁵ “Bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir” Mecelle, md. 612.

⁴⁵⁶ “Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.” EBK, md. 483.

⁴⁵⁷ “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” TBK, md. 581; Eski borçlar kanunundaki tanım direkt kefil muhatap aldığı için eksik olarak nitelendirilmiştir.⁴⁵⁷ Yeni borçlar kanununda bu durum düzeltilmiş ve borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda mesuliyetin kefile ait olduğu düzenleme altına alınmıştır.

⁴⁵⁸ Necip Bilge, “Kefilin Mesuliyetinin Şumülü”, *AÜHFD*, XII(1-2), 1956, 94.

⁴⁵⁹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 57.

başka şekilde tanımlanacak olursa, borcun garanti altına alınması amacıyla borçlunun dışındaki bir şahsın risk almak suretiyle zimmetinin borçlunun zimmetine eklenmesini sağlayan bir akit olarak, ifade edilebilir.

3.2.1. Kefalet Akdinin Unsurları

Kefalette kefil olunan borçlu kişiye “asil veya mekfulun anh”, kendi zimmetini asıl borçlunun zimmetine katmak suretiyle borcu ve riski üstlenen şahsa “kefil”, alacaklı şahsa “mekfulun leh” ve edimi üstlenilen borca/riske “mekfulun bih” denmektedir. Hanefî mezhebinin haricindeki İslam Hukukçularının çoğunluğu kefalet akdinin; icab-kabul, mekfulun leh, mekfulun anh veya asil, kefil ve mekfulun bih olmak üzere beş unsurunun mevcut olduğunu dile getirmişlerdir.⁴⁶⁰ Malikîler, Hanbelîler ve Şafîilerde tercih edilen görüşe göre ve Hanefîlerden Ebu Yusuf kefalette akdin teberra niteliği taşımasından dolayı kefilin icabının yeterli olacağı, mekfulun lehin kabulüne ise gerek olmaksızın akdin geçerli olacağı yönünde fikir beyan etmişlerdir.⁴⁶¹ Ebu Hanife ve İmam Muhammed ise, akdin tek rüknünün sığa yani kefilin icabı ile mekfulun lehin kabulü şeklinde olduğunu dile getirmişlerdir.⁴⁶²

Mecellede kefalet akdinin kurulabilmesi için kefilin icapta bulunması yeterli görülmüş, ancak kendisine kefil olunan kişinin bunu reddedebileceği, reddetmediği sürece akdin geçerli olacağı hükmü yer almıştır.⁴⁶³ Kanaatimiz, lehine kefalette bulunan şahsın kefaleti reddetmediği müddetçe onayına ve icazetine başvurulmadan akdin geçerli olacağı yönündedir.

3.2.2. Kefalet Akdinin Geçerlilik Şartları ve Riziko

Akitte rizikoya neden olan sıhhat şartlarını akdin konusunda cehalet olmaması, akde konu olan şeyin olması ve teslim edilebilir olması ile akitte garar olmaması

⁴⁶⁰ İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, V, 102, 103; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 365; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 325; Desûkî, *Hâşiyet ale's Şerhi'l-Kebîr*, III, 334; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 283.

⁴⁶¹ İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, V, 102, 103; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 365; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 325; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 283.

⁴⁶² Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 7; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 543; Akitler konusunda Hanefîlerin ve diğer mezheplerin akdin rüknü hakkında bilgi vermiştik. bkz. 12, 13.

⁴⁶³ “Yalnız Kefilin icâbıyla kefalet mün'akid olur. Fakat mekfulun leh dilerse reddedebilir. Mekfulun leh reddetmedikçe kefalet baki kalır.” Mecelle, md. 621.

şeklinde daha önceki bölümlerde ele almıştık.⁴⁶⁴ Şimdi de daha evvel verdiğimiz bilgiler ışığında kefilde, asilde, mekfulu-leh'de, mekfulun bih'de rizikoyu ele alacağız.

3.2.2.1. Kefilde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko

İslam hukukuna göre kefilde bulunması gereken şartlar, kefilin ehliyetli olması ve akdi rızasıyla akdetmesi şeklinde özetlenebilir. Kefil için ehliyet, kefalet akdinin kuruluş şartı olup alacaklı ve borçlunun ehliyetli olmaları şartı aranmamaktadır.⁴⁶⁵ Dolayısıyla kefil olacak olan kişi akıllı, baliğ ve reşit olmak zorundadır. Nitekim İslam hukukçuları sefih olan şahsın kefaletinin caiz olmadığı konusunda fikir birliği içindedirler.⁴⁶⁶ Kefil olacak şahsın bilinmemesi riziko barındırdığı için söz konusu olamaz. Zira kefalette amaç borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen şahsın borcunu üstlenmek ise bu borcu üstlenecek olan şahsın malum olması gerekmektedir. Burada rizikonun söz konusu olduğu açıktır. Ve kefalet akdinde kefil bilinen biri olmazsa akdin geçersiz olacağı kanaatini taşıyoruz.

3.2.2.2. Asilde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko

İslam hukukçuları kendisine kefil olunan şahsın eda ehliyetine sahip olması gerekmediği hususunda görüş birliği içindedirler. Nitekim asilin rızası ve izni olmaksızın da bu kişiye kefil olunabilmektedir.⁴⁶⁷

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre asilde, kefaletin konusu olan şeyi teslim etme gücü şart değildir. Nitekim Resûlullah'ın borcu olduğundan dolayı namazını kılmaktan imtina ettiği şahsa Ebu Katâde'nin borcunu üstlendiğini bildirmesi üzerine cenaze namazını kıldığını bize bildiren hadis bunun gerekçesini oluşturmaktadır.⁴⁶⁸ Ebu Hanife'ye göre asilin bu vasfı ya bizzat veya vekili yoluyla taşınması gerekmektedir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. S. 21-31.

⁴⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XX, 8; Mecelle, md. 629; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 96.

⁴⁶⁶ Haccâvî, *el-İkna'*, II, 177; Desûkî, *Hâşiye*, III, 330; Mehmet Onur, *Bir Ehliyet Arızası Olarak İslam Hukukunda Sefeh*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Seçuk Üniversitesi, Konya 2011, 74.

⁴⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 71; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, V, 102, 103; Buhûtfî, *Keşşâfû'l-Kınâ'*, III, 365; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 325; Desûkî, *Hâşiye*, III, 124; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 283.

⁴⁶⁸ Buharî, "Havale", 4.

⁴⁶⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 6; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV s. 159, 160; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VI, 253.

Görüldüğü gibi İslam hukukçuları, borçlunun bilinip bilinmemesi (mechuliyeti) nedeniyle meydana gelen riziko konusunda, muhtelif görüşler ortaya koymuşlardır. Zira Malikîlerin çoğu, Şafîîler ve Hanbelîler borçlunun bilinmesini şart koşturmamaktadırlar. Ancak Hanefî ve Malikîlerde sahih olan görüşe göre asilin bilinmesi gerekir.⁴⁷⁰ Medyun ile ilgili cehalet; kefaletin sıhhatine zarar vermemekle birlikte kişiler arasında anlaşmazlığa sebep olan cehalet kefalete mani bir durumdur. Kefilin borçluya rücu etmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda asilin bilinmesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

3.2.2.3. Alacaklıda Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko

Rizikonun kefalette konuşlandığı yerlerden birisi de alacaklının bilinip bilinmemesi ile ilgi meseledir. Hanefî ve Şafîî mezhebine göre mekfulun lehin bilinmesi şarttır. Gerekçe olarak da; kefaletin, borcun teminat altına alınma amacıyla meşruiyet kazandığını mekfulun lehin bilinmemesi halinde ise bu durumun ortadan kalkacağını savunmuşlardır.⁴⁷¹ Ancak Malikî ve Hanbelî mezhebine göre, alacaklı olan kişinin bilinmemesi durumunda dahi kefalet caiz olmaktadır.⁴⁷² Alacaklının bilinmesinin hukuki açıdan daha isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız. Zira kefil alacaklıyı bildiğinde belki de bu akdi inşa etmekten vazgeçmek isteyecektir. Dolayısıyla kefil alacaklıyı bilmeli ve ona göre akit inşa etmelidir.

3.2.2.4. Kefaletle Konu Olan Şeyde Bulunması Gereken Şartlar ve Riziko

Bu mesele literatürde geniş bir şekilde ele alınmıştır. Biz burada konunun sadece riziko boyutunu ele alacağız. Kefalet akdinde “kefalet konusu” için şu şartlar söz konusudur:

⁴⁷⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 6; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 71; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 200; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ'*, III, 354;

⁴⁷¹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 6; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 325; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 107.

⁴⁷² İbni Kudâme, *el-Muğnî*, V, 71; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 200; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 305-307; Ali Bakkal, “Ücretli Kefalet Sözleşmesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* sy. V, Şanlıurfa 1999, 1.

- a. Kefalet konusu şeyin kefil olan şahıs açısından riziko olmaması için teslimine güç yetirilebilir ve kefilden tahsil edilebilir durumda olması gerekir. Buradan hareketle kısas vb. şeylerde kefalet sahih olmaz.⁴⁷³
- b. Konusu borç olan kefalet sözleşmesinin diğer şartı, akitte riziko olmaması için borcun sahih ve doğmuş olması konusudur. Hanefî, Malikî ve Hanbelî mezhebine göre, ileride lazım hale gelecek bir borca kefil olmak sahih kabul edilirken, Şâfiîlere göre; borcun kefalet zamanında zimmette sabit bulunması şarttır. İslam hukukçularının çoğu mal ile kefalette, borcun ‘aynının, miktarının ve vasfının bilinmesi hususunu şart koşmamışlardır. Kefalet, borç malum da olsa meçhul da olsa geçerlidir. Nitekim bu akit teberru akdidir ve borcun miktarının bilinmemesi riziko içerse de caizdir.⁴⁷⁴
- c. Kefalet borcu, asıl borçlu üzerine hakiki manada mazmun olmalıdır. Kefil olunan bir borcun asilin ödemekle yükümlü olduğu ayn veya deyn olması hususunda Hanefiler ve Şâfiîler genel anlamda aynı görüştedir. Yani fasit olarak akdedilen veya satın almak amacıyla kabzedilmiş olan mal örneğinde olduğu gibi, borçlu adına borcun tahakkuk etmiş olması ve asıl borçlunun bu borcu ödeme hususunda mesul bulunması gerekir.⁴⁷⁵ Asıl borçlunun mesul olmadığı bir borç üzerine kefalet akdinin kurulmasının herhangi bir anlam ifade etmeyeceği bedihidir.

3.2.3. Kefalet Akdinin Özellikleri

Kefalet akdinin fer’ i olması, tali olması, bedelsiz olması, teminat ve tazminat akdi olması ve rizikolu bir akit olması bu akdin temel özelliklerinden sayılmaktadır.

⁴⁷³ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 107; Serahsî, *Mebsût*, XIV, 146; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 351; Râfî, *Fethü'l-Azîz*, X, 256; İbn Müflih, *el-Mübdî*, VI, 276; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 416, 417; Desûkî, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, III, 347; Apaydın, “Kefalet”, *DİA*, XXV, 174, Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, 2; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 107.

⁴⁷⁴ Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed, *Muhtasaru'l-Kudurî*, dârü Kütübi'l-ilmîyye, yy 1418/1997, 118; Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 135; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebir*, V, 98; İbn Müflih, *el-Mübdî*, IV, 245; Apaydın, “Kefalet”, *DİA*, XXV, 174, Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, 2.

⁴⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 449; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebir*, V, 101; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye*, VII, 204; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VI, 224; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 555; Buhûtî, *Keşşâfû'l-Kınâ*, IV, 545; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 301, 343; Apaydın, “Kefalet”, *DİA*, XXV, 174, Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, 2.

3.2.3.1. Fer' i Olması

Kefalet, esas borca bağlı olmasından dolayı varlık kazanmakta ve hukuki netice meydana getirdiği için fer'i olmaktadır. Asıl borca göre kefalet için fer'ilik söz konusu olmaktadır. Bunun için esas borca dair akit batıl ise kefalet sözleşmesi de geçersiz olmaktadır, ancak kefalet akdinin geçersizliği esas borca ilişkin sözleşmeyi etkilememektedir.⁴⁷⁶

Kefaletin en temel özelliği fer'i borç olmasıdır.⁴⁷⁷ Nitekim bu akitten fer'ilik kaldırılıp asli hale getirilirse bu sözleşme kefalet akdi olmaktan çıkıp, müteselsil borç ilişkisi, garanti veya havale akdine dönüşecektir.⁴⁷⁸ İslam hukukunda da borç asli hale getirilirse bu akit kefalet akdi olmaktan çıkar, havale akdi haline dönüşür. Çünkü kefalette borç asil ve kefilin zimmeti ile alakalı olmakta iken havaleda asilin zimmeti borçtan kurtulmaktadır.⁴⁷⁹ Nitekim Mecelle'de ukudda itibar meaniye değil, elfazı mebaniye göredir, şeklinde bir düzenleme yer almış ve akitlerde lafızların değil yapılan anlaşmayla neyin kastedildiğinin geçerliliğe sebep oluşturduğu hükme bağlanmıştır.

Hanefî, Şafîî, Malikî ve Hanbelî mezhebine kefilin mesuliyeti, asıl borçluya karşı muaccel hale gelmeyen alacak, kefiliden de talep edilemeyecektir.⁴⁸⁰ Ancak muaccel hale geldikten sonra kişi isterse asilden borcun ödenmesini talep eder istersede direkt kefiliden mutalebede bulunur.⁴⁸¹ Bu durum pozitif hukukta da aynı şekilde düzenleme altına alınmıştır. Bu hususa bağlı olarak kefalet alacağının asıl alacaktan ayrı olarak temlik edilmesi mümkün değilken uyuşmazlık halinde de yalnız kefaletin değil asıl borcun varlığını da ispat etme mesuliyeti zorunlu olmaktadır. TBK 582. maddesinde de kefalet akdinin doğmuş ve geçerli olan borç için akdedilebileceği, bunun yanında henüz

⁴⁷⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 449; İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V, 101; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye*, VII, 204; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VI, 224; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-Fâik*, III, 555; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, IV, 545; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 301, 343 Murat Aydoğdu.- Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 2.Baskı Ankara 2014, 703; Abdullah Kahraman, *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, İstanbul 2008, 61; İrem Kahvecioğlu, *Kefalet Sözleşmesinde Şekil Şartı*, http://www.academia.edu/4811081/KEFALET_S%C3%96ZLE%C5%99EMES%C4%BONDE_%C5%99EEK%C4%B0L_%C5%99EARTI (05.05.2015).

⁴⁷⁷ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 61.

⁴⁷⁸ TBK582/2; BK485/c.2.

⁴⁷⁹ Serahsî, *Mebsût*, XXV, 125; Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 10; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 25; Molla Hüseyin, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 302; Zekeriyâ el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 232. **أَنَّ الْكَفَالَةَ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً وَالْحَوَالَةُ بِشَرْطِ مَطَالِبَةِ الْأَصِيلِ كَفَالَةً**

⁴⁸⁰ Serahsî, *Mebsût*, XXI, 134; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 10; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 83; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 444.

⁴⁸¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 25.

doğmamış yalnız gelecekte doğacak veya şarta bağlanmış olan bir borç için de “borcun doğduğu yahut koşulu oluştuğu zaman hüküm ifade edecek” biçimde kefalet akdi yapılabileceği düzenleme altına alınmıştır.⁴⁸²

3.2.3.2. Tali Olması

Kefalette tali olma; borçludan mutalebede bulunulması neticesinde yapılan takipten sonuç alınabildiği müddetçe kefilden borcu tediye etmesinin istenmeyeceği manasına gelmektedir. Ancak ne zaman borçluya yapılan bu takibin sonuçsuz kalacağı anlaşılsa o zaman kefile müracaat edilebilir. Mâlikîler hariç İslam hukukçuları, kefalet akdinin tali olma özelliğini kabul etmezler. Onlara göre kişi asıl borçluya müracaat etmeden direkt kefilden mutalebede bulunabilmektedir.⁴⁸³ Ancak imam Mâlik’in mutalebede doğrudan kefile müracaat edilemeyeceği şeklindeki görüşünün yanında diğer mezheplerin de savunduğu gibi asile müracaat etmeksizin kefilden mutalebede bulunabilineceği şeklindeki görüşü de nakledilmektedir.⁴⁸⁴

3.2.3.3. Tek Taraflı Bağlayıcı Olması

Kefalet akdi sadece kefile sorumluluk yüklemektedir. Bundan dolayı kefalet akdi tek taraflı lazım akitlerden olmaktadır. Mekfulun leh bu akdi istediği zaman feshedebilme yetkisini haizken, kefil ancak mekfulun lehin onayını aldıktan sonra akdi feshedebilmektedir.⁴⁸⁵

3.2.3.4. Hem Teberru Hem Teminat ve Tazminat Akdi Olması

İslam hukukuna göre kefalet, bir yönüyle teberru bir yönüyle de bedelli akitlerdendir. Ödeme talep edilinceye kadar teberru, ödeme talep edildikten sonra bedelli akit özelliği taşır.⁴⁸⁶ Teberru niteliğini taşımasından dolayı fukahâ, kefalet

⁴⁸² Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, II, 695.

⁴⁸³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 10; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 25; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 83; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 431; Desûkî, *Hâşiye*, III, 337, 340.

⁴⁸⁴ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 177; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 64.

⁴⁸⁵ Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî ve edilletühü*, I-X, Dâru'l-fikr, Dımaşk ts., IV, 3095.

⁴⁸⁶ Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II, 153; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 100; Karâfî, *ez-Zehîra*, IX, 192; İbn Kudâme, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, V, 106; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 315; Merdâvî, *el-İnsâf*, XI, 1; Zekeriya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 245; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 308.

akdinin ücret karşılığında yapılmayacağını dile getirmişlerdir.⁴⁸⁷ Kefalet hem alacaklıya hem de borçluya güvence veren bir akit olması yönüyle tevsikkattandır.⁴⁸⁸ Yine bu akitte kefaleti yüklenen şahıs, alacaklı şahsın alacağının ifa edilmemesinden dolayı uğrayacağı zararını karşılamayı taahhüt eder.⁴⁸⁹

TBH’da da kefalet akdinin teminat akdi olduğu düzenleme altına alınmış aynı zamanda alacaklının uğrayacağı zararı tazmin yükümlülüğü kefile yüklenmiştir.⁴⁹⁰ Pozitif hukukta borçlu, kefilin kefaletini elde edebilmek için ona bir yarar sağlasa bile, kefalet sözleşmesi bedelsiz sayılır. Oysa İslam hukukunun klasik kaynaklarında borçlunun kefile menfaat sağlaması caiz değildir.⁴⁹¹ Ancak günümüzde borçlunun kefile menfaat sağlayabileceğini savunan İslam hukukçuları mevcuttur. Kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile karşı bir taahhüt ve sorumluluğu yoktur. Mer’i hukukta çeşitli hükümlerle TBK 592-594 maddelerinde ödevler verilse de, alacaklının karşı ediminin gerekmediği şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁴⁹² Çünkü mekfulun-leh bedelsiz olarak borcu yüklenmiştir.

3.2.3.6. Rizikolu Bir Akit Olması

Kefalet akdi pozitif hukukta bazı hukukçular tarafından sonucu talih ve tesadüfe bağlı rizikolu bir akit olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹³ İslam hukuku klasik kaynaklarında daha önce de belirttiğimiz gibi riziko kelimesi bu kavramsal çerçevede kullanılmamıştır. Riziko’nun tanımından da anlaşıldığı gibi bu akdin rizikolu akitler içerisinde yer alması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim borcu üstlenen kefil bu akit nedeniyle, asıl borçlunun borcunun bir kısmını veya tümünü ödeme hususunda yükleneceği riskin ne derecede olacağını zararının ne kadar olacağını bilmemektedir.

⁴⁸⁷ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 147; İbni Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 441; İbn Müflih, *el-Mübdi*, IV, 213; Buhûtî, *Keşşâfü’l-Kınâ*, III, 306.

⁴⁸⁸ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 67.

⁴⁸⁹ Gazzâlî, Ebû Hâmid Huccetü’l-İslam Muhammed b. Muhammed, *el-Vasît fi’l-mezheb*, I-VII, Kahire 1417, III, 475; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 3; İbn Müflih, *el-Mübdi*, IV, 203; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-Râik*, VII, 173.

⁴⁹⁰ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, II, 697, 698.

⁴⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 100; Karâfî, *ez-Zehîra*, IX, 192; Zeylaî, *Tebyînü’l-Hakâik*, III, 315; Merdâvî, *el-İnsâf*, XI, 1; Zekeriya el-Ensârî, *Esne’l-matâlib*, II, 245; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtâr*, IV, 308.

⁴⁹² Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 748.

⁴⁹³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 6; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 27; Zevkliler, *Özel Borç İlişkileri*, 48,49; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, 15-17; Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 4,5; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 66.

Dolayısıyla sonunun nereye ulaşacağı belli olmayan bir akdi imzalama yoluna gitmiş olacaktır. Bunun için kefalet akdi rizikolu akitler içerisinde incelenmelidir.

3.2.4. Kefalet Akdinin Çeşitleri ve Hukukî Sonuçları

Türk borçlar kanununa göre, kefalet sözleşmesinin türleri;

Kefalet türleri, Eski Borçlar Kanunu'nun (818 sayılı) 486-489 md. arasında, Yeni Borçlar Kanunu'nun(TBK 6098 sayılı), 581-603 md. arasında sırasıyla, “*adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ile rücu kefalet*” şeklinde düzenleme söz konusudur.⁴⁹⁴

İslam hukuku açısından, kefalet çeşitleri şunlardır:

1. Konusu Bakımından Kefâlet Çeşitleri; *a) Mala kefalet, Deyn'e Kefalet, Ayn'a Kefalet-b) Nefse Kefalet (Şahsa Kefalet) c) Derek Kefaleti (Damân-ı Derek, Damân-ı Uhde)* 2. Vakit Açısından Kefalet; *a. Muvakkat Kefalet b. Müeccel Kefalet c. Muaccel Kefalet* 3. Mutlaklık Açısından Kefalet; *a. Mutlak Kefalet (Mürsel Kefalet) b. Mukayyed Kefalet c. Muzaf Kefalet d. Muallak Kefalet* 4. Kefil Sayısı Bakımından Kefâlet Çeşitleri; *a. Münferit Kefalet (Ferdi Kefalet) b. Müşterek Kefalet c. Müteselsil Kefalet*

3.2.4.1. Kefalet Akdinin Hukuki Sonuçları

3.2.4.1.1. Kefilin Sorumluluğu

Kefil, kefalet akdiyle risk üstlenir. Kefil asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi riski karşısında alacaklı lehine mesuliyet altına girerek teminat verir. Dolayısıyla kefalet akdindeki riziko, kefile borçlunun zarar verecek olan borcu ödememe fiilinin gerçekleşme ihtimalidir. Borçlunun borcunu ödememesi durumunda riziko sözkonusudur. Yani kefilin üstlendiği risk ifayla ilgilidir, denebilir. Asıl borçlunun zimmetine, kefilin zimmetinin dâhil edilmesi şeklinde olan kefaletin tüm çeşitlerinde

⁴⁹⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, II, 766-771.

alacaklının kefilden taahhüt ettiği şeyi ifa etmesini talep etme hakkına mutalebe denmektedir.⁴⁹⁵

TBK' da kefilin sorumluluğu 589. maddede düzenlenmiştir.⁴⁹⁶ Fakat kefalet altına giren şahsın mesuliyet altına sokulabilmesi için nafız bir kefalet akdinin mevcudiyeti şarttır. Kefalet akdinin nefazı da TBK' da 583 madde uyarınca sözleşmenin yazılı surette düzenleme altına alınmasına ve kefilin mesuliyet altına gireceği en çok miktarın akitte belirlenmesine vabestedir. Buradan hareketle TBK md. 589'ın dışında ayrıca TBK md. 583 de kefalet altına giren şahsın sorumluluğunu belirlediği, hatta TBK md. 589'un mesuliyetin şümülünü, TBK 583. maddenin ise mesuliyetin haddini çizdiği söylenebilir.

3.2.4.1.1. Adi Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Mevzusu mala, şahsa, teslim veya derek kefaletlerinden herhangi birinde asile bir kişinin kefil olması nedeniyle kefil olan kişi tek başına ifayla mükellef olmakta ve asıl borcun tamamından mesul tutulmaktadır.⁴⁹⁷ TBK' da adi kefalet başlığı altında düzenlenmiş olup asıl borçlu ödemeyi yapamadığı takdirde kefilden taahhüdünü yerine getirmesinin istenebileceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁹⁸ Burada borçluya bir kişinin kefil olması ve tüm riski tek başına üstlenmesi sözkonusudur. Borçlu tarafından borcun ödenmemesi durumunda riski üstlenen kefil tek başına sorumluluk sahibi olmaktadır.

3.2.4.1.2. Zincirleme Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Kefil olan bir şahsa bir başka şahsın kefil olması şeklinde olmaktadır.⁴⁹⁹ Alacaklı, borcu dilediği kimseden talep etme hakkına sahip olmakta, bu talep etme diğerlerinden borcu istemeye mani teşkil etmemektedir. Bunun yanında asil veya kefillerden herhangi birinin borcu tediye etmesi halinde veya alacaklının borçluyu ibra etmesi durumunda diğer kefiller de borçtan beri olmaktadır.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 136; Mevslî, *el-İhtiyâr*, I, 25, 26; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 414; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 281, 282.

⁴⁹⁶ Bu madde EBK' da md. 490' da düzenleme altına alınmıştı.

⁴⁹⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 10; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, III, 385; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 195.

⁴⁹⁸ TBK, md. 585.

⁴⁹⁹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 205.

⁵⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 84; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 747, 748; Mecelle, md. 627.

TBK’da zincirleme kefalet, alacaklının asile müracaat etmeksizin kefile müracaat etmesi şeklinde düzenlenmiştir. Tanımdan da anlaşıldığı gibi zincirleme kefaletin en temel özelliği, alacaklının asile başvurmasına gerek olmaksızın direkt kefile başvurabilmesidir. Alacaklı isterse yine asili takip edebilir, borçlunun açık şekilde ödeme güçlüğü içinde olması veya ödeme yapmada gecikmesi ve ihtarın sonuç vermemesi durumunda ancak kefinden ifa talep edilebilir.⁵⁰¹

Özetle mer’i hukukta yer alan bu düzenleme imam Mâlik hariç tutulursa fukahânın çoğunluğunun borcun ödenmemesi halinde risk üstlenen kefinden doğrudan istenebileceğine dair fetvalarıyla aynıdır. Biz de zincirleme kefalette borcun doğrudan kefinden istenebileceği kanaatini taşımaktayız.

3.2.4.1.3. Müşterek Kefalette Kefilin Mesuliyeti

Farklı kişilerin, asilin borcunun tamamının her birinin ayrı kefil olması şeklinde olabileceği gibi bu şahısların her birinin borcun belirli bir oranına kefil olmaları biçiminde de yapılabilen kefalet çeşididir. Bu durumda kişiler borcun tamamından ayrı ayrı sorumlu tutulabilmekte ancak asilin veya herhangi bir kefilin borcu ödemesiyle diğerleri borçtan beri olmaktadır. Yine her bir kefil muayyen bir oran üzerinden mesul tutulmuşsa ödediği miktardan muaf tutulmakta, geriye kalan borcun da diğerlerinden istenmesi söz konusu olmaktadır.⁵⁰² Tanımından da anladığımız üzere bu kefalet iki kısma ayrılmaktadır: Bu kefaletleri, borcun tamamından kefillerin ayrı ayrı mesul tutulması şeklinde olan “kişisel müşterek kefalet” ile her bir kefilin belirli bir orandan mesul tutulması biçimindeki “*birlikte müşterek kefalet*” şeklinde isimlendirebiliriz.

Birlikte kefalet TBK 587’de,⁵⁰³ bir borç için birden çok şahsın kefalet altına girmesi şeklinde düzenlenmiştir. Hakiki manada birlikte kefalet olabilmesinin koşulu, kefaleti yüklenen şahısların “*aynı borç*” için kefalet altına girdiklerini bilmeleri gerekir.

⁵⁰¹ TMK md. 586: “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.” şeklindedir.

⁵⁰² Mecelle, md. 647.

⁵⁰³ EBK md. 488.

Bu şahıslar, aynı borç için kefil olduklarını bilmiyorlarsa “*gerçek olmayan birlikte kefalet*” veya “*bağımsız kefalet*” karşımıza çıkmaktadır.⁵⁰⁴

Birden fazla kişi bölünebilen bir borç için beraber kefalet altına girerse, bütün kefiller ayrı ayrı olmak üzere kendi hissesi nispetinde adi kefil gibi sorumlu olurken diğer kefillerin payları için ise kefile kefil gibi mesuliyet altına girer. Bu tür kefalet “*adi birlikte kefalet*” adı verilmektedir. Bu kefalet çeşidinde bölünebilir bir borcun varlığı vazgeçilmez bir şart değildir. Çünkü kefalet borcu, parayla ifa edilebildiğinden her zaman bölünebilen bir borç durumunda olmaktadır.⁵⁰⁵

Kefiller, asil ile veya kendi içlerinde müteselsil şekilde kefaleti üstlenirse, bütün kefiller ayrı ayrı, borcun hepsinden mesul olurlar. Bu kefalet türüne “*müteselsil birlikte kefalet*” adı verilmektedir. Yazılan kefalet akdinden, bu tür kefaletin açıkça anlaşılmaması durumunda kefalet; “*adi birlikte kefalet*” olarak kabul edilir.⁵⁰⁶

Bu kefalet akdi nedeniyle asıl borçlu veya üçüncü kişilerden alacağı ayrı bir güvence ile alma yoluna gidilmektedir. Böylece birden fazla kişi risk üstlenmektedir. Dolayısıyla borçludan başka kişilerin de aynı borç için yükümlü olmasını sağlayarak, alacaklıyı borcun ifa edilmeme riskine karşı koruyan kişisel güvenceler söz konusu olmaktadır.

3.2.4.1.4. Mutlak Kefalet Açısından Kefilin Sorumluluğu

Mutlak kefalet açısından kefilin mesuliyeti hakkında, İslam hukukçuları farklı görüşler arz etmişlerdir. Hanefilere göre, mutlak bir kefalette borçlunun durumu göz önünde bulundurulur ve asıl borcun peşin ödenmesi gerektiği hususunda anlaşma yapılmışsa peşin, vadeli ödeneceği konusunda anlaşma yapılmışsa vadeli olarak kefil borcu öder.⁵⁰⁷

Şafiîler, mukayyed kefaleti hiçbir surette kabul etmedikleri için akdedilen her sözleşme onlara göre mutlak manada kurulmuş olmaktadır. Dolayısıyla Şafiîlere göre asilin durumu Hanefiler gibi göz önünde bulundurulur ve asıl borcun peşin ödenmesi

⁵⁰⁴ Kayar, *Borçlar Hukuku*, 277; Doğan, 25.

⁵⁰⁵ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, 773.

⁵⁰⁶ Turgut Akıntürk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, 10. baskı, İstanbul 2004, 304; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 202, 203.

⁵⁰⁷ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 322; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 774.

gerektiği hususunda anlaşma yapılmışsa peşin, vadeli ödeneceği konusunda anlaşma yapılmışsa vadeli olarak kefil borcu öder.⁵⁰⁸

Malikîlerde, mutlak kefalet konu bakımından zikredilmiş, bazıları ayna kefalet olarak bazıları da nefse kefalet şeklinde değerlendirmişlerdir.⁵⁰⁹ Ve İmam Mâlik'in herhangi bir şarta veya zamana izafe edilmeyen mutlak kefalette mutalebede bulunurken doğrudan kefile müracaat edilemeyeceği şeklindeki görüşünün yanında diğer mezheplerin de savunduğu gibi asile müracaat etmeksizin kefileden mutalebede bulunabilineceği şeklindeki görüşü de nakledilmektedir.⁵¹⁰ Hanbelîler, mutlak şekilde akdedilen kefalet akdinin, mebi'in semenine kıyas yaparak, kuruluşundan itibaren hüküm ifade edeceğini dile getirmişlerdir.

Görülüyor ki kefalet akdi İmam Mâlik dışındaki fukahâ'ya göre fer'i nitelikte olmayan bir akittir. Zira kefil işin riskini verdiği taahhülle üstlenmektedir. Bunun neticesinde riziko gerçekleştiğinde alacaklı doğrudan kefile başvurabilir. İmam Mâlik'e göre ise, kefilin sorumluluğu asıl borçlu aleyhine girilecek takibin sonuçsuz kalmasıyla başlar. Belirtelim ki her iki görüş de isabetlidir. Nitekim günümüz hukukunda kefalet ve garanti sözleşmesi arasındaki ayrım bu ihtilaf eksenlidir. İslam hukukunda böyle bir ayrım söz konusu değildir. Ancak bu ihtilaf göz önünde bulundurularak mer'i hukuta olduğu gibi kefalet akdi ve garanti akdi diye ikiye ayrılabilir.

3.2.4.1.5. Muvakkat Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Muayyen bir süreyle kayıtlanmış kefalet kurulduğu andan itibaren hüküm ifade etmekte ve süre bitiminden itibaren hükmü sona erdiğinden dolayı akit de sona ermiş olmaktadır. Ayrıca bu kefalet çeşidinde kefilin mesuliyeti süreyle sınırlı olduğundan süre bitiminde borç ödenmeden de kefaletin sona ermesi dolayısıyla kefileden mutalebede bulunulamaz.⁵¹¹ TBK'da da süreli kefalette müddetin bitiminde kefilin borçtan kurtulacağı yönünde düzenleme bulunmaktadır.⁵¹²

⁵⁰⁸ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 207.

⁵⁰⁹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 188.

⁵¹⁰ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 177; Abdurrahman el-Cezirî, *el-Fıkh 'ala Mezâhibi'l-erbaa'*, Beyrut, 2005/1426, 738-752; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 187.

⁵¹¹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 180.

⁵¹² TBK, md. 600, EBK 483.

Belirtelim ki muvakkat kefalet, borçlunun belirlenen zaman diliminde borcunu ödememesi riskini güvence altına almak için yapılan akittir. Burada belirlenen zaman sebebiyle alacağını alamama riski söz konusudur.

3.2.4.1.6. Mukayyed Kefalet Açısından Kefilin Sorumluluğu

- a) Muallak kefalette; borç kefalet akdinin ancak kendisine bağlandığı şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade eder. Şafîler hariç, cumhur fukahâ kefalette şartı kabul etmişler ve mutalebenin, şart gerçekleştikten sonra yapılabileceğini söylemişlerdir. Şayet şart gerçekleşmeden mutalebe yoluna gidilirse kefil şartın gerçekleşmediğini ileri sürebilmekte ve borcu şart gerçekleşene kadar ödememe hakkını saklı tutmaktadır.⁵¹³ Bu durum pozitif hukukta da İslam hukukuyla paralellik arz etmektedir.⁵¹⁴
- b) Muzaf kefalette; muallak kefalette olduğu gibi borç kefalet akdinin kurulmasıyla doğar, ancak izafe edildiği zamanın gelmesiyle hüküm ifade eder.⁵¹⁵ Daha evvel belirttiğimiz gibi Hanefîler muzaf kefaletle, akdin inşası esnasında henüz doğmamış olan ancak ileride doğacak olan borca kefaleti kastetmektedirler.⁵¹⁶ TBK’da gelecekte doğduğunda hüküm ifade etmek üzere kefalet akdinin inşa edilebileceği hükmü yer almaktadır.⁵¹⁷

Gerek şartla gerek zamanla sınırlandırılan mukayyed kefalette riziko, şartın veya zamanın dolmasıyla gerçekleşmektedir. Kefilin sorumluluğu ileride olması muhtemel şartın veya ileride doğacak borcun üstlenilmesiyle başlamaktadır. Hem şartlı hem de ileride doğacak olan borca kefil olmak caizdir. Zira kefalet teberru akitlerindendir.

3.2.4.1.7. Müeccel Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Akdin kurulduğu esnada doğmuş olan bir borca, gelecek zamanda kefil olunması, müeccel kefalet kapsamında ele alınmaktadır. Muzaf kefaletle aralarındaki fark, borcun doğmuş olup olmamasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu kefalette kişinin ileri tarihten itibaren

⁵¹³ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 177; *Mecelle*, md. 636; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 774; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 268.

⁵¹⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, II, 72; bkz. TBK md. 582, EBK 485.

⁵¹⁵ *Mecelle*, md. 625; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 180.

⁵¹⁶ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 306; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 3.

⁵¹⁷ TBK md. 582, EBK 485.

kefil olduğunu dile getirmesi nedeniyle belirtilen muayyen tarih gelmeden kişiden mutalebede bulunulamayacaktır. Muzaf – müeccel kefalet ayrımı Hanefilere ait olup orijinal bir ayrım olduğu için özellikle ele almaya çalıştık. Asıl borcun muaccel hale gelmesi halinde kefil borcu ödemekle mükellef hale gelmektedir.⁵¹⁸ TBK’da muzaf kefalet ile müeccel kefalet aynı başlık altında yer almış, müeccel kefalet ayrıca düzenlenmemiştir. TBK’da borç doğduktan sonra rücu edilemeyeceği ancak doğmadan dönülebileceği şeklindeki düzenlemeden müeccel ve muzaf kefaletin aynı kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁵¹⁹

Görüldüğü gibi akdin kurulduğu esnada doğmuş olan bir borca gelecek zamanda kefil olunmasıyla suretiyle riziko gerçekleşmektedir. Cumhur fukahâya göre mutâlebe doğrudan kefiliden yapılabilirken İmam Mâlik’e göre borçluya müracaat edilmeden yapılamaz. Gelecek zaman içerisinde akdin işler hale gelmsinden sonra mutalebenin önce borçludan yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Borçlu borcunu ödemediği takdirde kefile müracaat edilmelidir.

3.2.4.1.8. Muaccel Kefalette Kefilin Mesuliyeti

Kişinin bir borca hemen kefil olacağını bildirmesi mutalebenin derhal ondan yapılabileceğine delalet etmektedir. Kefil olan şahıs asile ancak asıl borç muacceliyet kesbettiğinde rücu edebilir.⁵²⁰ Zira kefâlet akdinde riziko olarak kabul edilen şeylerden biri de mutalebe zamanının belirlenmemesi meçhul bırakılması konusudur. Hanefiler, Şafiîler ve Hanbelîler mutalebe zamanının belirlenmediği kefalet akdinin batıl olacağını söylemişlerdir.⁵²¹

3.2.4.1.9. Ayn’a Kefalette Kefilin Sorumluluğu

İslam hukukçuları, malların teslimi hususunda kefaletin değişik hukuki sonuçları olduğunu dile getirmişlerdir. Hanefiler, vediaların ve nakdi olarak tazminata konu olan

⁵¹⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 3; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 306.

⁵¹⁹ “Borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.” TBK, md. 599.

⁵²⁰ *Mecelle*, md. 625; Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkâm*, II, 746. TBK’da kefalet akdinin fer’iliği üzerinde durulmuş, asıl borç muaccel olmadan kefile rücu edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. TBK, md.596: “Kefil alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil bu hakları borç muaccel olunca kullanabilir.” ; Ayrıca bkz. Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 194.

⁵²¹ İbni Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 418; İbn Kudâme Ebü’l-Ferec, *eş-Şerhü’l-Kebîr*, V, 106; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 307

eşyanın aynına kefil olunamayacağını dile getirmişler, ancak ‘ayn olarak tazmine konu olan eşyaya kefil olunabileceği şeklinde fikir beyan etmişlerdir.⁵²²

İslam hukukçuları kefilin, kefalet konusu malı teslim edebilme gücünü haiz olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bunun haricinde Şafîîler, malı elinde bulunduran kişinin rızasını da şart koşmuşlardır.⁵²³

3.2.4.1.10. Daman-ı Derek ve Kefilin Sorumluluğu

Damân zarar mesuliyetini ifade eder, bu anlamda kullanıldığında damân uhde terimiyle birbirinin yerine kullanılmaktadır. Uhde/damân, ayıb dolayısıyla tekeffül borcu anlamında kullanıldığı takdirde satıcının zimmetindeyken meydana gelen ve müşterinin akit veya teslim alma esnasında farkına varmadığı ayıp nedeniyle sorumluluğunu ifade eder. Gurm, muâheze ve tebie kelimeleri de genelde damân ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Damân (uhde), alım satım hukukunda çoğu kez zapta ve ayıba karşı tekeffül borcunu ifade eder. Damânü’-d-derek, zapta karşı tekeffül borcu olarak kullanılmaktadır. Damânü’-d-derek için uhdetü’l-mebî‘ uhdetü’s-semen de denmektedir.⁵²⁴

Terim olarak damânü’-d-derek; satılan herhangi bir şeyin, başka bir şahsın o şeyin hak sahibi çıkması nedeniyle hak sahibi tarafından müşterinin elinden alınması, bu müşterinin vermiş olduğu semeni satın alan şahsa edâda bulunmaya ve teslim almaya yahut mebiî satan kişiyi, müşteriye teslim etmeyi taahhüt etmek suretiyle kefil olmak demektir.⁵²⁵ Damânü’-d-derekle, mebiîin mesuliyetinin satan kimseye ait olduğu hususunda garanti verilmekte ve zarar görmesi halinde müşterinin zararının karşılanacağı teminatı verilmektedir.

Hanbelîlerde semene yapılan damân-ı derek geçerli kabul edilmekte ancak ayna yapılan bu çeşit kefalet batıl addedilmektedir.⁵²⁶ Diğer mezheplerde hem ayna hem de deyne yapılan derek kefaleti caiz kabul edilmektedir.⁵²⁷

⁵²² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 442; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 211.

⁵²³ Şirbinî, *Muğnî’l-Muhtâc*, II, 202.

⁵²⁴ Bilal Aybakan, “Uhde”, *DİA*, XLII, 53-54.

⁵²⁵ İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtâr*, IV, 264; *Mecelle*, md. 616; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılâhatı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 269.

⁵²⁶ Merdâvî, *el-İnsâf*, X, 171;

Damân-ı Derek yoluyla, satıcının şahsına kefil olmak caiz görülmektedir. Buradan hareketle kefalet bidderek de, şahsa kefalet ve mala kefalet şeklinde olmaktadır. Akitlerde aşırı cehalet akdin fesadına neden olurken bilinmezlik (riziko) içermesine rağmen damânü'd-derek'in câizliği konusunda icmâ bulunmaktadır.⁵²⁸ Dolayısıyla daman-ı dereki sonucun talih ve tesadüfe bağlandığı akitlerden birisi olarak değerlendirmekteyiz. Şâfiî dışındaki cumhura göre, kefalet konusu olan malın mâlûm olması şart koşulmamakta meçhul mala kefalet de câiz görülmektedir. Şâfiî kefalet konusunun biliniyor olması gerektiğini vunmuşsa, damânü'd-derekin icmâ sebebiyle bu kaideden istisna edilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Süfyân es-Sevrî, İbn Ebi Leylâ ve İbnü'l-Münzir en-Nîsâbü'rî gibi İslam hukukçuları da bu doğrultuda görüş bildirmişlerdir.⁵²⁹

Satılmış bir şeyin hak sahibi ortaya çıkıp bu mal üzerinde hak iddia etmesi neticesinde ödenen ücretin satın alan şahsa iade olunmasına hükmedilmesi halinde kefil olan şahıs bu ücreti müşteriye ödemekle mükellef olmaktadır.⁵³⁰

3.2.4.2. Kefil ile Mekfulun-leh Arasındaki İlişki

Kefaletin konusu daha evvel de bahsettiğimiz gibi bazen deyn bazen ayn olabilmektedir. Konuyu bu çerçevede içerisinde ele almaya çalışacağız.

3.2.4.2.1. 'Ayna Kefalette

Hanefî ve Hanbelîler, kefaletle konu olan şeyin ayn olması halinde bizatihi mevcutsa aynen teslimine, telef olmuşsa da misliyyattan olması halinde mislini, kıyemiyâtan ise kıymetini ifa ile mükellef kılınmakta olduğunu söylemişlerdir.⁵³¹

Malikîler ise kefilin, akitte yer alan maddeleri çiğnemesi durumunda 'aynına kefil olduğunu dile getirmesi şartıyla malın 'aynı mevcutsa kendisini teslimle mükellef

⁵²⁷ Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 151; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 91; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 238; Haskefî, *Dürri'l-Muhtâr*, V, 438;

⁵²⁸ İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, eş-Şerhu'l-kebîr, IV, 368; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 238; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 439.

⁵²⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 536; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIV, 46; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 242; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 364; Apaydın, "Kefalet", *DİA*, XXV, 175.

⁵³⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 173.

⁵³¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 75; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXIV, 311, 312; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 233.

tutmakta, telef olması durumunda ise mükellefiyetinin ortadan kalkacağını dile getirmektedirler.⁵³² Şafililerde ‘ayn mevcut ise bizatihi teslim edilmesi gerektiğini; mevcut değilse kefilin tazmin etmesi gerektiğini ve hiçbir sorumluluğunun olmadığını söyleyenler şeklinde iki ayrı görüş mevcuttur. Burada, mal mevcut ise teslim edilmesi, telef olmuşsa tazmin edilmesi şeklindeki görüşün isabetli olduğu kanaatini taşımaktayız.

Kefalet akdi yapılırken riziko olarak kabul edilen şeylerden birisi meçhul bir mala kefil olunup olunmayacağı mevzudur. Fakihlerin cumhuru meçhul mala kefil olunabileceği hususunda görüş bildirmiştir. Kefalet akdinde meçhul olan mala kefaletin cevazını fakihler, akdin bedelsiz olması nedeniyle teberru akdi olarak görüp iyilik yapma amacı gütmesine bağlamışlardır. Ayrıca teberru akdi niteliği taşıyan kefalette kolaylık prensibi göz önünde bulundurulmalıdır.⁵³³ Şafî mezhebinde meçhul mala kefaleti riziko barındırdığı için caiz görmeyenler⁵³⁴ ile teberru niteliği taşıması nedeniyle risk taşımasına rağmen caiz görenler şeklinde iki görüş vardır.⁵³⁵ Ancak bu mezhebe göre, meçhule kefalet niteliği taşımasına rağmen damânü'd-derek icmâ sebebiyle bu kaideden istisna edilmiştir.⁵³⁶

Belirtelim ki meçhul mala kefalet, kefilin kefil olduğu şahsın iltizam altında olduğu borcuna yapılmaktadır. Örneğin; kefil olacağı malın ne miktarda, hangi sıfatta ve özellikte olduğunu bilmeden, “ben falan şahsın borcuna veya gasbettiği şeylere kefilim” şeklinde kurulmaktadır. Bazen bu kefalet satım akdinde de meydana gelir. Örneğin; “sen falan adama mal satarsan, bu satış nedeniyle o adamın bütün borçlarına kefilim” şeklinde de akdedilir. Yine fıkıh kitaplarımızda satım akdinin yapılmaması için, satıcıyla konuşup malın kendi fiyatından çok daha pahalıya satılmasını sağlamak için veya muamelenin zora girmesini sağlamak amacıyla yapılan kefaletin riziko barındırdığından dolayı geçersiz olacağı hükmü yer almaktadır.⁵³⁷ Her ne kadar risk barındırsa da kefil çok iyi tanıdığı ve güvendiği birinin borçlarını üstlenmek isteyebilir. Kefâlet akdinin de kuruluş amacı zor durumda olan borçluya yardım etmektir. Bu amaç doğrultusunda meçhul mala kefaletin caiz olacağını söyleyebiliriz.

⁵³² Desûkî, *Hâşiye*, III, 334.

⁵³³ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 364; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 536.

⁵³⁴ Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 242.

⁵³⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, XIV, 46.

⁵³⁶ Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 242.

⁵³⁷ Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 83; Mâzerî, *Şerhü't-Telkîn*, III, 147; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 308.

3.2.4.2.2. Deyne Kefalette

Malikiler hariç tutulursa diğer mezhepler şartların oluşmasıyla birlikte alacağı tahakkuk eden alacaklının mutalebeyi asili takip etme yoluna gitmeden doğrudan kefinden yapılabileceği yönünde fikir beyan etmişlerdir. Buna ilaveten alacaklının, kefillerden hem tek tek hem de hepsinden birden mutâlebe hakkına sahip olduğunu söylemektedirler.⁵³⁸ Bu bize Türk hukukunda EBK md. 487’ de müteselsil kefalet hakkında yapılan düzenlemeyi⁵³⁹ hatırlatmaktadır. Ancak Malikî mezhebinde cumhurun serdettiği görüşü destekleyenlerin yanında alacaklı şahsın doğrudan kefile müracaat edemeyeceği düşüncesini dile getirenler de mevcuttur.⁵⁴⁰ Bu görüşün tercihe şayan olduğuna kanaat getirmekteyiz.

TBK’da müteselsil borçluluk ile ilgili eski BK’daki boşluk giderilme cihetine gidilmiş ve mutalebenin doğrudan borçlu takip edilmeden kefinden yapılabileceği yalnız asıl borçlunun ödeme yapma gücünün olmaması veya ödeme yapmakta gecikmesi ve çekilen ihtarın bir netice vermemesi durumunda olabileceği şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁵⁴¹

Kefillerin birden fazla olması halinde; kefillerin çok sayıda olmaları halinde aynı zamanda müteselsil kefalet şeklinde ise yani kefile kefillik söz konusu ise alacaklı alacağını kefillerden tek tek veya hepsinden birden mutâlebe edebilir. Ancak müşterek kefalet olması durumunda her bir kefil kefaleti oranında mesul tutulabilmektedir. Yalnız bazı Şaffîler, müşterek kefalette dahi borcun tamamını kefillerin her birinden isteme hakkını haiz olduğunu ifade etmişlerdir.⁵⁴²

TBK’da daha evvel değinildiği gibi, her kefil kendi hissesi nisbetinde adi kefil gibi ayrıca öbür kefillerin hisseleri için ise kefile kefil gibi olurken kefiller, asil ile veya

⁵³⁸ Mâzerî, *Şerhü’l-Telkîn*, III, 177; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 10; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 83; *el-Mevsuatü’l-Fıkhiyye*, XXXIV, 309; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 225.

⁵³⁹ Müteselsil kefalet EBK md. 487’de şu şekilde düzenlenmiştir: “Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş (üstlenmiş) ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir. Bu babın hükümleri, bu nevi kefalet de tatbik olunur.” Madde incelenirse; “alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel” kaydı müracaatın direkt yapılacağı şeklinde olmaktadır.

⁵⁴⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 337.

⁵⁴¹ “ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerektiği” TBK, md. 586.

⁵⁴² İbn Hümâm, VII, 228; Desûkî, *Hâşiye*, III, 342; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 95; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, IV, 444; *el-Mevsuatü’l-Fıkhiyye*, XXXIV, 310; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 226

kendi içlerinde müteselsil şekilde kefaleti üstlenirse, bütün kefiller ayrı ayrı, kefalet altına girilen miktar kadar borcun tamamından mesul olduğu düzenlemesi mevcuttur.⁵⁴³

Mutalebenin yeri ve zamanı; kefil, ittifak edilen yer ve zamana bağlı kalarak anlaşma yapılan yer ve zamanda taahhüdünü yerine getirmekle mükellef olur. Zira zamanı belli olmayan kefalette riziko sözkonusudur ve bu şekilde yapılan kefalet caiz değildir.⁵⁴⁴

Tüm bunlara ilaveten kefaletin türüne bağlı olarak koşulan şartlar ve yapılan izafe de göz önünde bulundurularak ifa gerçekleştirilir. Hanefî⁵⁴⁵ ve Şafîlilere göre kefil olan şahıs ölürse kefalet borcu muaccel hale gelmektedir. Malikîler kefilin ölümü ile borcun tahakkuk etmemesi durumunda sorumluluğunun sona erdiğini, mutalebenin asilden veya kefilin terekesinden yapılabileceğini ancak tahakkuk gerçekleştiğinde ifaya gücü olması durumunda borcun asilden istenmesi gerektiğini, aksi takdirde terekeden tahsili yoluna gidilmesi gerektiğini söylemişlerdir.⁵⁴⁶ Kefilin ölümü halinde borcun vadesi geldiğinde terekeden tahsil yoluna gidilmesi daha isabetli görünmektedir.

3.2.4.3. Kefil ile Asil Arasındaki İlişki

3.2.4.3.1. Kefilin, Asilden Kendisini Kefaletten Kurtarmasını Talep Etmesi

Hanefîler, kefaletin asilin isteğiyle gerçekleşmesi durumunda, alacaklı kefilen mutalebede bulunduğu esnada asile borcu ifa etmesi ve kendisini kefaletten kurtarmasını isteme hakkının olduğunu söylerler. Ancak kefil kendiliğinden kefil olmuşsa asilden borcu ifa etmesini talep edemez. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere alacaklı isterse kefile, isterse de asile müracaat edebilmektedir. Buradan kefilin borçluya rücu hakkının olmadığı anlaşılmamalıdır.⁵⁴⁷

Şafîliler ve Hanbelîler de, Hanefîlere yakın bir görüş ortaya koymuşlardır. Bu iki mezhep, kefaletin asilin isteğiyle yapılıp yapılmayacağına göre kefilin taahhütten kurtarılmayı talep edebileceğini dile getirmişlerdir. Şayet kefil, asilin talebi olmaksızın

⁵⁴³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, 773; Akıntürk, *Borçlar Hukuku*, 304.

⁵⁴⁴ Buhûfî, *Keşşâfû'l-Kınâ*, III, 376; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXIV, 310; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 229.

⁵⁴⁵ İmam Züfer borcun muaccel olmayacağı yönünde fikir beyan etmiştir.

⁵⁴⁶ Desûkî, *Hâşiye*, III, 337.

⁵⁴⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 11; *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXXIV, 315; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 233, 234.

kendiliğinden kefil olmuşsa kendisini taahhütten kurtarmayı talep etme hakkının bulunmadığını, aksi durumda ise böyle bir hakkı haiz olduğunu ifade etmektedirler. Bunlara ilaveten alacaklı borcu istemeden kendiliğinden kefil olan şahsın asilden borcunu ifa etmesini talep etme hakkını haiz olmadığını ifade etmektedirler.⁵⁴⁸

Malikîler ise asilin isteğiyle veya kendi isteğiyle kefil olan kişi için bir ayırım gözetmezler ve her halükarda kefilin asilden kendisini bu taahhüdünden kurtarmasını talep etme hakkını elinde bulundurduğunu, hatta onu ifa hususunda sıkıştırabileceğini de, beyan etmektedirler.⁵⁴⁹ Burada tercihe şayan görüşün, kefilin asilden kendini kurtarmasını isteyebilme hakkının daima mevcut olması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

TBK’da bazı hallerde asıldan güvence vermesi istenmektedir. Ayrıca kefil, borç muaccel hale gelmişse borçtan kurtarılmayı isteyebilmektedir. Asıl borçlu kefile karşı üzerine aldığı sorumluluğa ve kendini borçtan kurtarma taahhüdüne uygun davranmamışsa, temerrüde düşmesi yahut ikametgâhını bir başka ülkeye taşıması neticesinde takibat güç hale gelmişse, asilin mali durumu kötüleşmişse, güvenceler değer yitirmişse veya borçlunun kusuru nedeniyle kefil açısından risk kefaletin yapıldığı zamana göre artmışsa kefil borçtan kurtarılmasını isteyebilmektedir.⁵⁵⁰

3.2.4.3.2. Kefilin Asile Rücu Hakkı

İslam hukukçuları arasında kefilin taahhüt ettiği borcu ifa etmeden, asile rücu edemeyeceği hususunda ittifak söz konusudur.⁵⁵¹ Ancak kefilin asıl borçluya rücu edebilmesinin bir takım şartları vardır. Şimdi bu şartları ele almaya çalışalım:

İslam hukukçuları kefilin asile rücu edebilmesi için özetle şu şartları öne sürmüşlerdir:

1. Hanefî, Şafiî ve Hanbelîler mekfulun anhin (asilin) eda ehliyetini haiz olmadığı durumlarda, mahcur sefih veya mümeyyiz çocuğun kendi başına borcu tahammülünün caiz olmadığını belirtmişlerdir. Kendi isteğiyle kefil

⁵⁴⁸ Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 331; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 372.

⁵⁴⁹ Desûkî, *Hâşiyeye*, III, 340.

⁵⁵⁰ TBK, md. 596.

⁵⁵¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 86; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 314; Desûkî, *Hâşiyeye*, III, 336; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 331; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 239.

olması halinde bile rücu söz konusu olmaz, demişlerdir. Malikîler, kefilin her halükârda rücu hakkını haiz olduğu yönünde fikir beyan etmişlerdir.⁵⁵² Biz de kefilin asıl borçlunun velisine veya vasisine rücu etmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim kefil bu akdi borçluya yardım etmek için yapmıştır. Borçlunun bu borcu ödeme selahiyetinin olmaması o borcun ödenmemesi anlamına gelmemelidir.

2. Hanefî ve Şafîiler borçlunun kefilen, kefil olması hususunda direkt veya dolaylı bir şekilde talebinin bulunması gerektiğini belirtmektedirler. Özellikle Hanefîler, kefil borcu asilin haberi olmaksızın kendiliğinden ifa etmişse bunun teberru hükmünde telakki edileceğini, dolayısıyla rücu hakkının mevcut olmadığını dile getirmişlerdir.⁵⁵³ Malikî ve Hanbelîler her halükârda rücu hakkını haiz olduğu şeklinde fikir beyan etmişlerdir.⁵⁵⁴ Borçlunun riskini yardım etme amacıyla üstlenen kefilin her halükârda rücu hakkının olması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Zira zor durumda kalan borçluya kefil olmakla üzerine düşen mesuliyeti yerine getiren kefile karşı borçlunun da sorumluk gereği borcunu ödemesi gerekir.

TBK’da kefilin borçluya karşı hakları; kefilin asilden teminat vermesini yahut borcunu ifa etmesini talep etme ve kefilin asile rücu hakkı, şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yine TBK’da dava hakkı vermeyen yahut hata veya adem-i ehliyet nedeniyle borçlu şahsı ilgilendirmeyen bir borcu ifa ederse, rücu etme hakkı yoktur şeklinde bir düzenleme mevcuttur.⁵⁵⁵

Kefalette borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen şahsın borcunu üstlenecek olan şahsın malum olması gerekmektedir. Kefil olacak şahsın bilinmemesi riziko barındırdığı için söz konusu olamaz. İslam hukukçuları, borçlunun bilinip bilinmemesi (mechuliyeti) konusunda, muhtelif görüşler ortaya koymuşlardır. Nitekim Malikîlerin çoğu, Şafîiler ve Hanbelîler borçlunun bilinmesini şart koşmamaktadırlar. Ancak Hanefîler ve

⁵⁵² Kâsânî, *Bedâ’iu’s-Sanâ’i*, VI, 13; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 86; Buhûtî, *Keşşâfü’l-Kınâ*, III, 359; Kalyubî, *Hâşiyetü’l-Kalyûbî*, II, 331; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 314; Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkâm*, II, 815,816.

⁵⁵³ Kefalet başlangıç itibariyle teberru sonuç itibariyle bedelli bir akittir. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 104.

⁵⁵⁴ Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkâm*, II, 815,816; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 86; Buhûtî, *Keşşâfü’l-Kınâ*, III, 359; Kalyubî, *Hâşiyetü’l-Kalyûbî*, II, 331.

⁵⁵⁵ “dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemedede bulunduğu takdirde, asıl borçluya rücu hakkına sahip değildir” TBK, md. 596.

Malikîlerin sahih olan görüşü ise asilin bilinmesi gerektiği yönündedir.⁵⁵⁶ Medyun ile ilgili cehalet; kefaletin sıhhatine zarar vermemekle birlikte kişiler arasında anlaşmazlığa sebep olan cehalet kefalete mani bir durum olmaktadır. Kefilin borçluya rücu etmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda asilin bilinmesi gerektiği şeklindeki görüş daha isabetlidir

3.2.4.3.3. Kefilin Asili Hapsettirme Hakkı

Borçlu, kefilin zarar görme riskini yükseltmesi durumunda kusurlu olmaktadır. Kefili riskle karşı karşıya bırakan borçlunun, sorunsuz bir şekilde kefil daha fazla tehlikeye maruz bırakacağı ve cezalandırılmaması durumunda, daha fazla riske girmekten sakınmayacağı bedihidir. Bundan dolayı kefil yapmış olduğu kefalet anlaşması nedeniyle hapsedilmişse, asili de hapsettirebilir. Zira kefil hapsedilmekten kurtarmak asıl borçlunun vazifesidir.⁵⁵⁷

3.2.4.3. Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki

Kefalet akdi bizatihi sonucu talih ve tesadüfe bağlı bir akit olduğu için rizikolu bir akittir. Çünkü kefil bir borçlunun ifa etmesi gereken borcunu üstlenmekte ve bunun neticesinde kendi altına girmediği bir borcu ödeme mükellefiyetini üstlenmektedir. Dolayısıyla kefil bir başkasının borcunu yüklediği için borcun ödenmemesi dolayısıyla borcu ödeme veya hapis gibi diğer takibatlara maruz kalma nedeniyle birçok riskle karşı karşıya kalmaktadır.

Kefalet akdinde borç dolayısıyla risk üstlenildiği için, kefilin üstlendiği riskin muhatabı kim ise belli olmalıdır. Zira riskin muhatabı kefil olunan ilişkideki alacaklı olduğundan, kefalet akdinde alacaklı kişi belli olmak zorundadır. Ancak Malikî ve Hanbelî mezhebine göre, alacaklı olan kişinin bilinmemesi durumunda dâhi kefalet caiz olmaktadır.⁵⁵⁸ Hanefî ve Şafîî mezhebine göre mekfulun lehin bilinmesi şartı aranmaktadır. Gerekçe olarak da; kefaletin, borcun teminat altına alınma amacıyla

⁵⁵⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 6; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 71; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 154; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 200; Buhûtî, *Keşşâfû'l-Kinâ*, III, 354.

⁵⁵⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 101.

⁵⁵⁸ İbni Kudâme, *el-Muğnî*, V, 71; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 200; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 305-307; Ali Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi sy. V, Şanlıurfa 1999, 1; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 225.

meşruiyet kazandığını mekfulun lehin bilinmemesi halinde ise bu durumun ortadan kalkacağını savunmuşlardır.⁵⁵⁹ Kanaatimizce borcun güvence altına alınması alacaklının bilinmesi durumunda olur. Dolayısıyla alacaklısı bilinmeyen akdin caiz olmadığını düşünmekteyiz.

3.2.5. Ücret Karşılığında Kefalet

İslam hukukuna göre kefalet; ödeme talep edilinceye kadar teberru, ödeme talep edildikten sonra bedelli akit özelliği taşımaktadır. Teberru niteliğini taşımasından dolayı fukahâ, kefalet akdinin ücret karşılığında yapılmayacağını dile getirmişlerdir.⁵⁶⁰ Günümüzde bazı İslam hukukçuları teminat mektubu bağlamında konuyu incelemişler ve ücretli kefaletin cevazına hükmetmişlerdir. Teminat mektubunu daha sonra ayrıntılı olarak ele alacağımız için burada incelemeyeceğiz. Ancak klasik ve çağdaş kaynaklarda ücretli kefalet hakkında ortaya konan fikirleri konuya hâkim olabilmemiz açısından ele almaya çalışacağız.

3.2.5.1. Klasik Kaynaklarda Ücret Karşılığında Kefalet

Klasik kaynaklara bakıldığında kefaletin herhangi bir ücret karşılığında yapılamayacağı hususunda ittifak hâsıl olduğu görülmekle birlikte,⁵⁶¹ ücret karşılığında yapılan kefaletin değişik gerekçelerle haram kabul edildiği ancak bunun daha çok içtihadî olduğu bedihidir.

Hanefilerden Serahsî'ye göre, ücretle yapılan kefalet rüşvet hükmündedir. Kefalette asıl olan teberru niteliği taşıması ve karşılığında herhangi bir menfaat beklenmeksizin iyilik olarak yapılmasıdır. Ancak kefalete karşılık ücret alınması halinde, yapılan bir iyilik mukabili alınmış olacağından o, bunu rüşvet olarak görmektedir.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 6; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 154; Kalyubî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 325;

⁵⁶⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 147; İbni Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 441; İbn Müflih, *el-Mübdî*, IV, 213; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, III, 306.

⁵⁶¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, V, 284; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 441; Mâverdî, *Hâvî'l-kebîr*, VIII, 121; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, III, 306.

⁵⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, XX, 32.

Şafîliler kefaleti kişinin bedelsiz bir şekilde mültezim olması şeklinde değerlendirmişler ve ücret alındığı takdirde kefaletin sahih olmayacağını ifade etmişlerdir.⁵⁶³

Hanbelîler ise ücretle kefil olmayı bir akit içinde iki akit yapma şeklinde ele almışlardır. Teberru akdi olan kefalet akdinde ücreti şart koşturmak; “yasaklanmış olan şart ileri sürme” kapsamında yer aldığından kefaletin batıl olur, düşüncesindedirler. Onlara göre ücret karşılığı yapılan kefalette; kefalet akdinin yanı sıra kefil olan şahsa hibede bulunma da söz konusudur, dolayısıyla iki akit söz konusu olmakta ve akit geçersiz hale gelmektedir.⁵⁶⁴

Malikîler ücret karşılığı yapılan kefaletin, menfaat sağlayan karz akdine kıyasla ücretin batıl olduğunu dile getirmişler, ancak yapılan kefaleti geçerli saymışlardır.⁵⁶⁵

3.2.5.2. Günümüz İslam Hukukçularına Göre Ücret Karşılığında Kefalet

Günümüz İslam hukukçuları bu meseleyi daha çok teminat mektubu bağlamında ele almışlar ve onun etrafında hüküm tesis etmeye çalışmışlardır. Nitekim kimi İslam hukukçuları ücretle kefalet hakkında klasik doktrine bağlı kalırken, kimisi de bu akdin yeni bir akit olduğunu, klasik kefaletle bir tutulamayacağını ve bunun için yeni hükümler konulması gerektiğini savunmuşlardır.

İslam Konferansı Teşkilatı İslam Fıkıh Akademisi, karz karşılığında ücret alınmasına kıyas ederek ücretli kefaletin caiz olmayacağı, ancak kefalette ödenen masrafların karşılanması için ücret alınabileceği yönünde karar almıştır.⁵⁶⁶

Klasik görüşlerin savunucularından biri Vehbe Zuhaylî'ye göre; kefalet akdinin iyilik yapmak amacıyla düzenlenen bir teberru akdi olduğunu, İslam hukukçularının kefaletten ücret alınmasını caiz görmediklerini ifade etmektedir.⁵⁶⁷ Bunun dışında zaruret durumlarında ücret karşılığında kefalet akdinin yapılabileceğini dile getirmektedir.⁵⁶⁸

⁵⁶³ Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, V, 76.

⁵⁶⁴ Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ*, III, 377; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 272.

⁵⁶⁵ Haraşî, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 30

⁵⁶⁶ İslam Konferansı Teşkilatı İslam Fıkıh Akademisi II. Toplantısı, 22-28 Aralık 1985 kararları.

⁵⁶⁷ Vehbe Zuhaylî, “Finans ve Borsa”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 272-310.

⁵⁶⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, V, 161.

Darîr bütün klasik fıkıh mezheplerinin görüşlerinin ücretle kefalet yapılamayacağı yönünde olduğunu ve bu muamelenin faiz olduğunu dile getirmek suretiyle ücretle kefaletin caiz olmayacağını savunanlar arasındadır. Onun görüşü; aslında kefilin borç üslenmek suretiyle borç veren hükmünde olduğu, dolayısıyla verilen borç karşılığında ücret almanın caiz olmayacağı ve faiz hükmünde olacağı yönündedir.⁵⁶⁹

Kefalet karşılığında ücret almanın caiz olduğunu savunanların başında Hamza Aktan gelmektedir. Ona göre; Hz. Yusuf kıssasında geçen “zaîm” değerli kaseyi bulan kişiye ücret ödenmesine kefil olan şahsın, kâsenin bulunması neticesinde kefaleti karşılığında bir menfaat elde etmiş olacağına delalet etmektedir. Bu da kefaletin ücretle yapılabileceğinin ve kefaletin ücretsiz yapılmamasının vazgeçilmez bir prensip olmadığını ortaya koymaktadır, şeklinde görüşünü temellendirmektedir.⁵⁷⁰

Ali Bakkal da ücretli kefalet adlı makalesinde; klasik görüşlere ve günümüz İslam hukukçularının görüşlerine yer verip akabinde her görüşe itiraz mahiyetinde gerekçe sunduktan sonra, ücretle kefaletin ayrı bir işlem olduğunu ifade ederek caiz olabileceği görüşünü savunmuştur.⁵⁷¹

Netice olarak ücret karşılığında kefaletin caiz olup-olmadığına dair Resûlullah’ın hayatında ve sahabenin uygulamalarında farklı örnekler mevcuttur. Kuleyb b. Vail şöyle anlatmaktadır: *Abdullah b. Ömer’e; Bana haraç borcu olan bir adam geldi, onun haracına kefil oldum, borcunu ödemeyince ben ödedim. O da bir yük atı ile bir elbise hediye etti, bunları almam doğru mu? diye sordum. İbn Ömer; kefil olmasaydın da yine bunları sana verir miydi? deyince; hayır dedim. Öyleyse alman doğru olmaz, diye cevap verdi.*⁵⁷² Buradan hareketle İbn Ömer’in kefalet karşılığında ücret alınmasını doğru bulmadığı anlaşılmaktadır.

Amr b. Şuayb’tan gelen bir rivayette Resûlullah (sav) yetim malına vesayeti kefalet olarak nitelendirmiş, vasinin yetim malını geliştirmesini, zekâtın malını bitirmemesi için tedbir almasını emir buyurmuştur.⁵⁷³

⁵⁶⁹ M. Emin Dârîr, “Faiz Müzâkere Raporları”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 818.

⁵⁷⁰ Aktan, 221.

⁵⁷¹ Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, 1-42.

⁵⁷² Abdurrezzak, *Musannef*, VIII, 148.

⁵⁷³ Ebû Davud, *Büyû*, 2

“Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin, eğer onların reşit olduklarını görürseniz hemen mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler (ve mallarını geri alacaklar) diye o malları savurganlık ile ve tez elden yemeyin. Zengin olan iffetli olmaya çalışsın, yoksul olan da (ihtiyaç ve emeğine) uygun olarak yesin. Mallarını kendilerine verdiğiniz zaman yanlarında şahit bulundurun. Hesap sorucu olarak da Allah yeter.”⁵⁷⁴ Bir önceki hadisten hareketle yetim malına olan vesayet kefalet olarak nitelendirilmişti. Çünkü ayeti kerimede yetimin malına büyüyünceye dek kefil olma söz konusudur.

Resûlullah (sav) yetim malına olan vesayeti kefalet olarak nitelendirmiş, Allah teala da Nisa suresinde “Zengin olan iffetli olmaya çalışsın, yoksul olan da (ihtiyaç ve emeğine) uygun olarak yesin” şeklinde buyurmuştur. Ebüssuud Efendiye göre isti’fâ ve ma’ruf kelimeleri yetimin malına kefil olan çocuğun malından yemenin caiz olduğuna delalet etmektedir. O, “Bir adam Rasulullahın yanına gelerek benim yanımda bir yetim var ona ve malına ben bakıyorum o maldan yiyebilirmiyim sorusuna karşılık ma’ruf bir şekilde yiyebileceği” şeklindeki hadisin bunu desteklediğini söyler.⁵⁷⁵

Özetle fukahâ ücret karşılığında yapılan kefaleti değişik gerekçelerle haram olduğunu söylemiştir ancak bu hükmün daha çok içtihadî olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıdaki ayeti kerime ve hadislerden hareketle kefaletten ücret alınabileceği sonucu çıkarılabilir. Ayrıca büyük hacimli işlemler hem masraflı hem de riskli bir iş olmaktadır. Bunun için yapılan standart harcamaların dışında değişken harcamalar da söz konusudur. Yapılan standart harcamalar için ücret alınması hususu ittifakla caizdir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, değişken harcamalar da bu işletmelerin masrafları içerisinde ve bu işletmelerin devamlılığı için gerekli harcamalar arasında yer almaktadır. Tüm bu gerekçelerden dolayı biz de ücretli kefaletin caiz olduğunu düşünüyoruz. Tüm bunlara ek olarak, büyük muamelelerde ücretle kefaletin, daha önce ele aldığımız mudarebe vb. finansal yöntemler kullanılarak yapıldığı takdirde caiz olacağı kanaatini taşımaktayız.

⁵⁷⁴ Nisa, 6

⁵⁷⁵ Ebüssuud Efendi, *İrşadu'l-'akli's-selim ilâ mezâye Kur'ani'l-kerîm*, Dârü İhyâi türâsi'l-Arabî, ts. Beyrut, II, 146.

3.3. RUKBÂ VE UMRÂ AKİTLERİ

Sözlükte “bekleme, gözetleme” manasındaki ra-ka-be fiilinden türeyen rukbâ kelimesi, ıstilahî olarak “bir kimsenin, kendisine bağışta bulunduğu tarafın daha önce ölmesi durumunda teberru konusu olan malın kendisine geri dönmesi şartıyla hibede bulunmasını” ifade eder.⁵⁷⁶

Rukbâ akdi İslamdan önce de bilinen bir muamele olup Araplar bunu, “eğer ben senden önce ölürsem şu bahçem senin ve vârislerinin olsun, şayet sen benden önce ölürsen tekrar benim olsun şeklinde bağışladım” veya kısaca “şu bahçemi sana rukbâ veya habîse kıldım” benzeri ifadeler kullanarak yapıyorlardı. Taraflardan her biri diğerinin ölümünü gözetleyerek beklediği için kaynaklarda bu muameleye rukbâ adı verildiği belirtilir.⁵⁷⁷ Konuyla ilgili açıklamalar ve başka kayıtlar taşıyan rukbâ uygulamaları dikkate alındığında, bağışlayanın diğer tarafın ölümünü gözetleyerek beklemesinin bağış konusu olan malın mülkiyetinin akıbetiyle ilgisinin devam etmesi manasında olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁷⁸

İslam’dan önce Araplar arasında uygulanan ve kaynaklarda genelde rukbâ ile beraber incelenen bir akit de umrâdır. Sözlükte “ömür, hayat” manasındaki “umr” kökünden türeyen umrâ Hanefî ve Hanbelilere göre, “bağışlayanın ya da lehine bağışta bulunulan kişinin hayatta olması kaydıyla yapılan bağış” manasına gelir.⁵⁷⁹ Mâlikî ve Şafîlilere göre ise “lehine bağışta bulunulan kişinin hayatta olması kaydıyla yapılan bağış” şeklinde tanımlanmaktadır. Araplar, “şu bahçemi yaşadığım müddetçe sana verdim veya yaşadığın müddetçe sana verdim; bahçem ömrüm boyunca senin olsun veya ömrün boyunca senin olsun” gibi sözlerle veya “şu bahçemi sana umrâ kıldım” gibi sözlerle şartlı teberruda bulunurlardı.⁵⁸⁰ Bu tür teberruda bağışlayan hibeyi kendisinin veya bağışta bulunanın hayatta bulunacağı müddet ile sınırlandırmayı

⁵⁷⁶ Feyyûmî, “ra-ka-be” md.

⁵⁷⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 230; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 686; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 439; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V, 25.

⁵⁷⁸ Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, VII, 294; Mâverdî, *Hâvî'l-kebîr*, XV, 454; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 117; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 68; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 264; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 30; Karâfî, *ez-Zehîra*, V, 197; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 480, 481; Haskeffî, *Dürri'l-Muhtâr*, V, 277; Desûkî, *Hâşiye*, XVI, 354; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 707; Hacı Mehmet Günay, “Rukbâ”, *DİA*, İstanbul 2008, XXXV, 218, 219.

⁵⁷⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 116; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 686; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ'*, IV, 307.

⁵⁸⁰ Nevevî, *Ravdatü't-Tâlibîn*, V, 370; Hâcâvî, Şerefeddin Musa b. Ahmed, *el-İkna' fi fikhi'l-İmâm Ahmed*, Tahkîk: Abdullatif muhammed Musa es-Sübkî, Beyrut ts., II, 34.

istemekte ve kendisine bağışta bulunulan kimsenin ölmesi halinde o malı bağışlayanın kendisine veya vârislerine geri iade edilmesini şart koşturur.⁵⁸¹ Hem rukbâ hem de umrâ akitlerinin sonucunun ölüme bağlandığı ve bu ölümün ne zaman gerçekleşeceği bilinmediği için tamamen talih ve tesadüfe bağlandığı için bu iki akit rizikolu akitler içerisinde yer almaktadır.

Resûlullah'ın (sav) umrâ şeklinde yapılan akdi devamlı, geri dönüşü olmayan bir hibe kabul ettiği, teberru edilen şeyin ölünce onun ilk sahibine değil, kendi lehine bağış yapılan şahsın mirasçılara intikal etmesi gerektiği biçiminde rivayet bulunmaktadır.⁵⁸²

İbn Ömer (ra) Hz. Peygamber'in (sav); "her kim rukbâ yaparsa yaptığı kendisinindir" dediğini rivayet etmiştir. Bir başka hadiste Peygamber (sav); "*Rukbâ helal değildir, her kim rukbâ yaparsa o rukbâ miras yolundadır.*" buyurmuşlardır.⁵⁸³

Câbir b. Abdillâh'tan (ra) mervî hadis'te, "*Hz. Peygamber'in (sav) câiz olarak gördüğü umrâ, sana ve senin soyuna aittir*" denilmek suretiyle yapılan umrâ'dır. Eğer bağışlayan şahıs, yaşadığın müddetçe sana aittir, şeklinde demişse onun ölümü halinde umrâ sahibine döner." denilmiştir.⁵⁸⁴ Tüm bunlara ek olarak İbn Abbas'tan (ra) Hz. Peygamber'in (sav); "*Umrâ ve rukbâ aynıdır*" şeklinde buyurduğu rivayet edilmiştir.⁵⁸⁵

Muaz b. Cebel (ra), Yemenliler arasında "bir şahıs diğerine, beni dinlemen ve bana itaat etmen şartıyla, şu tarlayı sana hibe ediyorum." derse ve o şahıs da onu dinleyip itaat ederse söz konusu tarlanın mevhubun-lehe ait olduğuna hükmederdi. Yine Muaz, Yemen'de iken bir şahıs, bir tarlayı belli bir vade ile hibe ettiği vakit, bu vade dolduğunda o tarlanın vâhibe rücu edeceğine dair karar verirdi.⁵⁸⁶

Yukarıda zikredilen naslar ışığında umrâ ve rukbânın bir tür hibe çeşidi olduğu anlaşılmakta olup geçerliliği hususunda fakihler arasında ihtilaflar söz konusudur. Hem rukbâ ve umrânın meşruluğu hem de değişik uygulama biçimlerine göre hükümleri konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Rukbâ ve umrâyı geçersiz sayanlar yanında,

⁵⁸¹ Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, VII, 294; Mâverdî, *Hâvî'l-kebîr*, XV, 454; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 117; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 264; Karâfî, *ez-Zehîra*, V, 197; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 480, 481; Desûkî, *Hâşiye*, XVI, 354; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 707, *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXIII, 6, XXX, 42 vd.; Günay, "Rukbâ", *DİA*, XXXV, 218, 219.

⁵⁸² Buharî, "Hibe", 32; Müslim, "Hibât", 26.

⁵⁸³ İbn Ebî Şeybe, *Musenef*, IV, 511.

⁵⁸⁴ Müslim, "Hibât", 23.

⁵⁸⁵ Nesâî, "Rukbâ", 2.

⁵⁸⁶ Abdurrazzak, IX, 108.

bu iki muameleyi hem mahiyeti hem de hüküm açısından kabul eden ve bununla alakalı rivayetlere dayanarak her ikisini câiz ve geçerli gören İslam hukukçuları vardır.⁵⁸⁷

Rukbâ, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre geçersizdir. Çünkü rukbâ belirsizlik üzerine kurulan rizikolu bir akitir. Zira rukbâ'da mülkiyetin devri iki taraftan birinin daha evvel ölmesi şartına bağlanmıştır. Belirsizlik üzerine anlaşma yapılan işleme dolayısıyla verilen mal âriyet niteliğindedir. Mâlikîler ise rukbâ akdini geçersiz kabul etmektedirler. Ancak Hanbelîler, Şâfiîler, ve Ebû Yûsuf rukbâ ve umrâ akdinin geçerli olduğunu, şartın geçersiz olacağını belirtir.

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre umrâ câizdir; fakat şart koşulan ölüm gerçekleşince tekrar sahibine rücu etmesi şartı bâtıldır. Yani umrâ olarak teberru edilen şey bağışlanan şahsın mirasçılara kalır; bağışlayan şahsa veya mirasçılara geri dönmez.⁵⁸⁸ İmam Malik'e göre ise umrâ, bağışlayan şahsa geri verilir. Ancak bağışlayan kişi, "bu sana ve soyuna umrâdır", şeklinde demişse geri dönmez, demektir.⁵⁸⁹

3.3.1. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Unsurları

Rukbâda "murkîb" bağışta bulunan kimse olmakta, bağışta bulunulan kişiye "murkab" denmekte rukbânın kendisi üzerine icra edildiği mala ise "rukba veya markûb" denmektedir Umrâda hibeyi yapan kişiye "mu'mir", kendisine teberruda bulunulan kimseye "mu'mar", hibe edilen şeye veya umrâ konusu olan şeye de "umrâ veya ma'mur" denmektedir.⁵⁹⁰

Ebû Yusuf'a göre umrâ ve rukbânın rüknü icab ve kabuldür. Serahsî *el-Mebhut'unda*, kabzı da umrâ ve rukbânın rükünleri arasına dâhil etmiştir. Kâsânî ise teberruda bulunan kişinin icabının yeterli olacağını belirtirken, Cumhur da rüknün; müteakideyn, akdin konusu ve sığa olduğunu ifade etmişlerdir. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre rukbâyla tesis edilen işlem neticesinde teslim edilen mal, âriyet niteliğinde olup bu muamele caiz değildir ve geçersizdir. İslam hukukçularının

⁵⁸⁷ Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, VII, 294; Mâverdî, *Hâvî'l-kebîr*, XV, 454; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 117; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 30; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 264; Karâfî, *ez-Zehîra*, V, 197; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-Matâlib*, II, 480, 481; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 277; Desûkî, *Hâşîye*, XVI, 354; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 707; Günay, "Rukbâ", *DİA*, XXXV, 218, 219.

⁵⁸⁸ Şafiî, *el-Üm*, VII, 201; Merginânî, *el-Hidâye*, III, 168; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 68.

⁵⁸⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, II, 127-128.

⁵⁹⁰ *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, XXIII, 6.

çoğunluğu, umrânın da rukbânın da unsurlarını icap, kabul, kabz olarak kabul etmiş ve hibe çeşitleri arasında görmüş ve caiz kabul etmişlerdir. Malikîler ise rukbâyı kabul etmemiş umrâyı caiz görmüşlerdir.⁵⁹¹ Ebu Yusuf'un bu konuda ortaya koymuş olduğu fikir daha tercihe şayandır. Nitekim bu iki akit incelendiği takdirde umrâ ve rukbâ arasında önemli bir fark olmadığı görülür. Biz de umrâ ve rukbâ arasında fark olmadığını düşünüyoruz. Bundan dolayı her iki akdi birlikte inceleyeceğiz.

3.3.2. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Geçerlilik Şartları

Ebû Hanîfe ve Muhammed b. Hasan'a göre rukbâ geçersizdir. Hanefîler'den Ebû Yusuf, Şâfiîler ve Hanbelîler ise umrâ ve rukbâ akdinin geçerli, şartın batıl olacağını ifade etmişlerdir.⁵⁹² Buradan Ebû Yusuf ve Hanbelîlerin umrâ ve rukbayı hibe mesabesinde gördükleri anlaşılmaktadır.

Mâlikîler'e göre de, rukbâ sözleşmesi geçerli bir akit değildir. Malikîlere göre umrâ olarak verilen şey, eğer hayatta ise bağışlayana döner, ölmüş ise mirasçılarına verilir.⁵⁹³

Geçerlilik şartlarını; hibe edende (murkûb veya mu'mirde) aranan şartlar, hibe edilen şeyin şer'an müntefeun bih mal olması, bizatihi kişinin mülkü olması ve taksim edilmiş olma şeklinde incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.2.2.1. Hibe Edende (Murkûb veya Mu'mirde) Aranan Şartlar

Hibe eden kişide akıl, buluş ve reşit olmak suretiyle teberruda bulunma ehliyetinin yani eda ehliyetinin bulunması şartı aranır. Dolayısıyla eda ehliyetini haiz olmayan çocuğun, delinin ve mahcur sefihin hibesi caiz değildir. Çünkü mutlak zararlarına olan akitleri inşa edemeyeceklerdir. Teberru akdi olan hibe de mutlak zarar içeren bir akit olduğundan dolayı çocuk ve deli böyle bir akdi yapma imkânına sahip değildir. Aynı şekilde veli ve vasiler de bedel şartı bulunmaksızın küçüğün, sefihin ve delinin malından hibede bulunma imkânına sahip değildir ve bu konuda ittifak söz

⁵⁹¹ Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, XII, 71; Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 89; Merginânî, *el-Hidâye*, III, 168; Karâfî, *ez-Zehîra*, XI, 282.

⁵⁹² Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 89; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 68-71; İbn Kudâme Ebu'l-Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, VI, 268.

⁵⁹³ Kayrevânî, *en-Nevâdir vez-Ziyâdât*, XII, 71; Karâfî, *ez-Zehîra*, XI, 282; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 97.

konusudur. Çünkü velayet veya vesayet sadece faydalı alanlara münhasırdır. Hibe ise mutlak zararı bulunan bir teberrudur. Veli veya vasi hibe karşılığında bir bedel şart koşarsa dahi bu, Ebu Yusuf'a göre yine caiz değildir. Çünkü o takdirde bedel şartı ile hibede bulunmak kabzdan önce bir teberru, bedelin kabzından sonra ise alışveriş olur. Veli veya vâsi ise böyle bir teberruda bulunma hakkına sahip değildir.⁵⁹⁴

3.2.2.2. Hibe Edilen Şeyin Şer'an Müntefeun Bih Mal Olması

Hibe edilen şeyin şer'an müntefeun bih mal olması şartıyla ancak hibe akdi kurulabilmektedir. Umrâ ve rukbâ yalnızca ayn olanda gerçekleşmektedir. Özellikle hür insan gibi şeylerin hibesi de caiz değildir.⁵⁹⁵

3.2.2.3. Bizatihi Kişinin Mülkü Olması

Hibe edilecek şeyin bizatihi kişinin mülkü olması gerekir mübah malın hibe edilmesi ile hibe akdi gerçekleşmez. Kişi kendi mülkü olmayan şeyi hibe etme salahiyetini haiz değildir. Sahibinin izni olmaksızın başkasına ait olan malın hibe edilmesi, Hanefîler hariç cumhura göre batıldır. Hanefîlere göre ise bu, hibenin nafiz, geçerli olmasının şartıdır ve fuzulinin akdi söz konusu olduğundan mülk sahibinin onayıyla geçerli hale gelebilir. Buna göre, bir kimsenin başkasının zimmetinde olan bir şeyi teslim etmesi ve alacaklının da bunu kabzetmesi imkân dâhilindedir.

3.2.2.4. Taksim Edilmiş Olma

Hanefîlere göre paylaştırılması imkân dâhilinde olan ev vb. çok hisseli olan bir şeyin hibe edilmesi sahih olmadığı gibi hibe fasit olur. Ancak hisseli mal taksim edilir ve teslim edilebilirse, hibe geçerli hale gelir.

Hisse-i şayia (paylaştırılma ihtimali olmayan çok hisseli) olması durumunda ise zaruret dolayısıyla ittifakla hibe caiz olmaktadır. Başkasının hissesinin bulunması durumunda ise kabz gerçekleşmez. Çünkü tek başına hisse-i şayi'a olan mülkün bir kısmında tek başına tasarrufta bulunamaz. Bundan dolayı hibe edilenin

⁵⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 71; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VII, 119; İbni Abidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 534.

⁵⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsut*, XI, 235; Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye*, X, 50.

paylaştırılmaması, hem kabzın sıhhatini, hem de onun tamamında tasarrufu engellemektedir.⁵⁹⁶

3.3.3. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Özellikleri

Rukbâ ve umrâ akitlerinin teberru akdi olması ve rizikolu bir akit olması hususunu ele alacağız.

3.3.3.1. Teberru Akdi Olması

İslam hukukunda cumhur fukahaya göre umrâ ve rukbâ akitleri hibe akdinin bir alt türü sayılmaktadır. Ancak Hanefî mezhebi umrayı daha çok ariyet akdiyle birlikte incelemiş ve teberru akdi olan bu akitle eşgörmüşlerdir.⁵⁹⁷ İster hibe ister ariyet olsun heer iki akit de bedelsiz bir akit olup teberru niteliği taşımaktadır, dolayısıyla umra ve rukbâ akitleri her halükarda teberru akitleri içerisinde yer almaktadır. İslâm hukukunda tek taraflı kazandırıcı muameleler olan teberru akitlerinde akdin muktezasına uygun olmayan şartlar bâtil sayılmakta, ancak akit geçerli kabul edilmektedir.⁵⁹⁸

3.3.3.2. Rizikolu Bir Akit Olması

Umrâ ve rukbâ akitleri sonucu itibariyle talih ve tesadüfe bağlı rizikolu akitler olarak değerlendirilmelidir. İslam hukuku klasik kaynaklarında daha önce de belirttiğimiz gibi riziko kelimesi bu kavramsal çerçevede kullanılmamıştır. Daha evvel koyduğumuz prensipler çerçevesinde değerlendirme yaptığımız takdirde, bu iki akdin rizikolu akitlerden olduğu anlaşılmaktadır.

Umrâ ve rukbâ akitleri, ölüm gibi belirsiz olayın vukuu şartına talik edilmesi dolayısıyla rizikolu akit olmaktadır. Nitekim bu akit yapıldığında kişi ne kadar yaşayacağını bilmemekte ve sonucu ona göre belirleyememektedir. Kişinin ömrünün ne kadar süreceğinin bilinmemesi, verilen kullanım müddetinin ve yararlanma miktarının da ne kadar olacağını bilinmemesi demektir, işte bu yönüyle umrâ ve rukbâ akitleri rizikolu birer akittir.

⁵⁹⁶ İbni Abidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 533.

⁵⁹⁷ Mevsulî, *el-İhtiyâr*, I, 30; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 244.

⁵⁹⁸ Günay, "Rukbâ", *DİA*, İstanbul 2008, XXXV, 218, 219.

3.3.4. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Sona Ermesi

Rukbâ akdinin ariyet akdine dönüştüğünü söyleyen Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre; bu süre belirlenmeyen âriyet akdine dönüşür ve âriyet, verenin geri istemesi veya alan şahsın iade etmesiyle sona erer. Bunun haricinde taraflardan birinin vefatıyla da âriyet akdi son bulur.⁵⁹⁹

Rukbâ akdinin ve umrânın hibe akdine dönüştüğünü söyleyenlere göre temlik edici ve süresiz, yani tamamlandığı anda sonuçlanan bir akit olması nedeniyle hibede sona ermeden çok; hükümsüzlük, rücû ve fesih tabirlerini kullanmak gerekmektedir. Hanefîler başta olmak üzere fakihlerin çoğunluğuna göre kabz, akdin tamam olması için şarttır ve bağışlayan şahsın kabz gerçekleşmeden ölmesi durumunda bağışlanan mal mirasçılara geçer. Hanefîlere göre hibe, kabz sonrasında da kural olarak gayri lâzım bir akit olup, bağışlayan kişi bazı haller müstesnâ olmak kaydıyla genel kural olarak hibeden rücû edebilir.⁶⁰⁰

Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîler ise tamamlanmış hibenin vâhib açısından لازم olduğunu, anne-babanın veya sadece babanın çocuğuna hibesi dışında hibede bulunan şahsın hibesinden rücu edemeyeceğini, ancak bazı özel durumlarda geri dönebileceğini dile getirmektedirler. Örneğin; vâhibin çok borçlu olması nedeniyle kabzın geciktirilmesi, malın kabzdan evvel bir başka şahsa bağışlanıp teslim edilmesi hallerinde, Şâfiîler ise bedelli hibede bedelin yerine getirilmemesi durumunda hibeden rücû edilmesini câiz görürler.⁶⁰¹

Şâfiî mezhebinde vâhibin kabzdan evvel vefat etmesi halinde akdin bâtıl olduğu ve kabzdan önce hibenin muhayyerlik şartıyla yapılmış bey' gibi olduğu, bağışlayanın ölmesiyle sona ermediği, mevhubun-leh kabzederse temlik'in hâsıl olacağı yönünde iki görüş mevcuttur.⁶⁰²

⁵⁹⁹ Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 257, 258; "Mecelle", md. 807.

⁶⁰⁰ *Mecelle*, md. 849; Bardakoğlu, "Hibe", *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 421-426. Hanefîlere göre rücûa mani nedenler: 1. Usula ve fûrûa, kardeşlere ve kardeş çocuklarına, , amca, hala, teyze ve dayıya yapılan hibe. 2. Karı-koca arasında gerçekleşen hibe 3. Kabz gerçekleşmişse bir bedel karşılığı yapılan hibe 4. Bağışlanan malda ayrılmaz bir işlem (ziyade-i muttasıla) gerçekleşmesi 5. Bağışlanan malın mülkiyetinden çıkarılması 6. Bağışlanan malın helak olması 7. Taraflardan birinin ölmesi rücuya engel teşkil etmektedir. (*Mecelle*, md. 866-874).

⁶⁰¹ Bardakoğlu, "Hibe", *DİA*, XVII, 421-426.

⁶⁰² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 447; Bardakoğlu, "Hibe", *DİA*, XVII, 421-426.

3.3.5. Rukbâ ve Umrâ Akitlerinin Hukuki Sonuçları ve Riziko Açısından Değerlendirilmesi

Rukbâ ve umrâ akitleri, ölüm gibi belirsiz olayın gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Nitekim bu akit yapıldığında kişi ne kadar yaşayacağını bilmemekte ve sonucu ona göre belirleyememektedir. Kişinin ömrünün ne kadar süreceğinin bilinmemesi, verilen kullanım müddetinin ve yararlanma miktarının da ne kadar olacağının bilinmemesi demektir, işte bu yönüyle umrâ ve rukbâ akitleri rizikolu birer akittir.

Hanefî, Şafîî ve Hanbelîlere göre umrâ câizdir; ancak mevhubun-leh ölünce tekrar sahibine geri verilmesi şartı bâtil bir şarttır. Yani umrâ olarak bağış yapılan şey kendisine bağış yapılan şahsın ölümü halinde mirasçılara kalır; bağışlayana veya mirasçılara geri verilmez.⁶⁰³

Ebû Hanîfe ve Muhammed b. Hasan'a göre, taraflardan birinin daha evvel ölmesi şart koşularak mülkiyetin kimin olacağı belli olmayan kumar nitelikli bir akit yapıldığı için rukbâ fıkhen câiz değildir. Ayrıca bu işleme binaen teslim edilen mal, "aynı geri verilmek üzere menfaati bedelsiz olarak bir başkasına devredilen mal" anlamına gelen "âriyet" mesabesinde olup rukbâ geçersiz olmaktadır. Dolayısıyla âriyetin hükmü, alınan malın karşılıksız olarak kullanımıdır. Rukbâ ile âriyet verme, taraflar açısından her zaman gayri lâzım olduğu için dönülmesi câiz bir hukukî işlemdir.⁶⁰⁴

Rukbâ ve umrâ ile alakalı rivayetleri delil gösterip her ikisinin de birbirine benzediğini söyleyen Hanefîler'den Ebû Yûsuf, Şâfîîler ve Hanbelîler ise; umrâ ve rukbâyı aynı hukukî sonucu bağlayıp akdin geçerli, şartın batıl olacağını ifade etmişlerdir. Yani onlara göre, mevhubun-leh kişi onu kabzedecek olursa bu bir hibe akdi haline gelir. Vâhibin "Bu rukbâdır ve alıkonulmuştur" şeklindeki sözleri ise geçersiz kabul edilmektedir.⁶⁰⁵ Bu görüşlerine, Resûlullah'tan (sav) rivayet edilen ve onun umrâ ve rukbâyı caiz gördüğünü belirten hadisleri delil olarak sunmaktadırlar. Hanefî kaynaklarında mezhep görüşü olarak Ebû Hanîfe ve Muhammed b. Hasan'ın

⁶⁰³ Şafîî, *el-Üm*, VII, 201; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 168; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 302-306.

⁶⁰⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 168; Mevslî, *el-İhtiyâr*, I, 30; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 707.

⁶⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 89; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 311.

içtiḥadının kabul edildiğini ifade edenler olduğu gibi, Ebû Yusuf'un içtiḥadının mezhep görüşü olduğunu söyleyenler vardır.⁶⁰⁶

Buna göre kendisine hibe edilen kişinin bağış konusu şey üzerinde bedelsiz olarak mülkiyeti sabit olmaktadır. Hanefîlere göre; hibede bulunan şahıs hibesinden geri dönebilir, ancak rücûa mani haller mevcutsa rücû edemez. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise; kabzedilmiş hibenin vâhib açısından lazım olduğu, anne-babanın çocuğuna hibesi hariç hibede bulunanın hibesinden rücû edemeyeceğini savunurlar.⁶⁰⁷

Mâlikîlere göre de; rukbâ sözleşmesi geçerli bir akit değildir. Onlara göre umrâ, bir şeyin menfaatini bedelsiz olarak ömrü boyunca mülk olarak vermektir. Kendisi lehine umrâ yapılan kişi öldüğü zaman umrâ olarak verilen şey, eğer hayatta ise bağışlayana döner, ölmüş ise mirasçılara verilir. Onlara göre umrâda bağışlayan, mevhubun-lehe, "*Bu senin ve neslin için ömür boyunca bir bağıştır*" demişse, kendisine teberruda bulunulan şahsın soyu tükenince umrâ yapılan mal sahibine geri verilir. Ancak "*Bu sana ömür boyu bir bağıştır*" demişse mevhubun-lehin vefatından sonra bağışlayan kişiye geri verilir.⁶⁰⁸

İmam Şâfiînin mezheb-i kadimine göre ise umrâ akdi, kaydı hayata bağlı kılınması nedeniyle kumar nitelikli olduğu için batıldır.⁶⁰⁹ Ahmed b. Hanbel'den nakledilen iki içtiḥadından birine göre ise umrâ geçerli olup, malın şart koşulduğu üzere bağışlayan şahsa geri dönmesi sahih olarak kabul edilmektedir.⁶¹⁰ Bu durumda da, ölüme bağlı kılınan umrâ ölümüne bağlanan kişinin vefat etmesiyle söz konusu mal sahibine iade olacaktır.

Özetle rukbâ ve umrâ akitleri belirsizlik üzerine kurulan akitlerdir. Her iki akdin hibe şartlarına uygun şekilde hükümleri barındırdığını görmekteyiz. rukbâ veya umrâ olarak verilen şeyin taraflardan birisinin vefat etmesi halinde asıl sahibine iade edilmesi gerekir. Zira malını tümüyle bağışlamak isteyen kişi hibe yoluyla bağışta bulunabilir. Ancak bu iki akitle kişi malın menfaatini karşı tarafa vermek istemektedir. Burada menfaatin belirsiz bir zamana kayıtlı olarak verilmesi söz konusu olsa da anlaşmazlık doğurmayacağı için caiz olacağı kanaatini taşımaktayız.

⁶⁰⁶ Günay, "*Rukbâ*", *DİA*, İstanbul 2008, XXXV, 218, 219.

⁶⁰⁷ Ali Bardakoğlu, "*Hibe*", *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 421-426.

⁶⁰⁸ Desûkî, *Hâşiye*, IV, 97; Abdulkadir Şener, *Hibe*, AUİF Yayınları, Ankara 1984.

⁶⁰⁹ Mâverdî, *Hâvî'l-kebîr*, VII, 539, 540.

⁶¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 304.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ ESERLERDE RİZİKOLU AKİTLER

Günümüzde çokça tartışma konusu yapılan sigorta akdi, kaydı hayatla ile irat ve ölünceye kadar bakma akdi ve teminat mektupları İslam hukuku akit sistematığı kuralları içerisinde ele alınacaktır. Daha sonra her bir akit için ayrı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

4.1. SİGORTA AKDİ

4.1.1. Sigorta Kavramının Tanımı

Sigorta kelimesi İtalyanca “sicurta” kelimesinden türemiş olup “kişinin kendisini güvende hissetmesi, güvence” anlamlarına gelmektedir.⁶¹¹ Günümüz İslam hukukunda ve Arapçada sigorta “güven telkin etmek ve güvence vermek” manalarındaki te'mîn sözcüğüyle ifade edilmektedir.⁶¹²

Sâlûs ve Mısırî sigortayı, olayın vukubulması veya akitte öngörülen tehlikenin gerçekleşmesi durumunda sigortacının, sigortalıya/sigorta yaptırana yatırılan prime karşılık belirli bir miktar mal, gelir veya başka bir bedel vermeyi taahhüt ettiği bir akit olarak tanımlarlar.⁶¹³ Birçok tanıma yer verdikten sonra buna benzer tanımları da İbn Sinyân yapmaktadır.⁶¹⁴

Sigorta, aynı tehlikelerle karşı karşıya kalma ihtimali olan azâmi sayıdaki kişinin biraraya getirilerek kolektif risk üstlenmelerini sağlamak amacıyla istatistik hesaplamalarına bağlı olacak şekilde yardımlaşmalarını organize etmek şeklinde gerçekleşen bir sistemdir.⁶¹⁵

⁶¹¹ Refik Yunus el-Mısırî, *Fıkhü mu'amelâti'l-mâliyye*, Beyrut 1432/2011, 275.

⁶¹² İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, “emn” md. ; Ali es-Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye el-muâsıra ve'l-İktisâdi'l-İslâmî*, Katar/Mısır, ts., 363; Abdullah b. Süleyman el-Menî', *et-Te'mîn beyne'l-ibâheti ve'l-hazr*, Merkez Melik Faysal li'l-buhûsi ve dirâseti'l-İslâmiyye, 1423/2002, 7; İsa Abdüh, *et-Te'mîn beyne'l-Hilli ve't-Tahrîm*, yy. 1398/1978, 15; Süleyman b. İbrahim b. Sinyân, *et-Te'mîn ve Âhkâmuhu*, Beyrut 1414/1993, 35; Nihat Dalgın, “Sigorta”, *DİA*, XXXVII, 159-164, İstanbul 2009, 159.

⁶¹³ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 365; Mısırî, *Fıkhü mu'amelâti'l-mâliyye*, 275.

⁶¹⁴ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 40.

⁶¹⁵ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 3; Genç, *Sigortacılık Sektörü*, 3.

Değişik hukuk alanları tarafından farklı şekillerde yorumlansa da sigorta; “belirli rizikolar karşısında tehlikelerin meydana getirebileceği zararları tamamen ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için insanların bir araya gelmek suretiyle, kollektif bir biçimde parasal önlem almalarının adıdır.”⁶¹⁶

Konusu risk olan bir kavram için tüm itirazlardan uzak bir tanım yapmak zor görünmektedir. Nitekim zikrettiğimiz tanımlar da bunu göstermektedir. Şüphesiz her bir tanım sigortayı büyük ölçüde tanıttıcı niteliktedir. Yapılan tanımları gözönünde bulundurduğumuzda bizim sigorta için önereceğimiz tanım şöyledir: Akitte öngörülen riskin gerçekleşmesi durumunda meydana gelecek zararı ortadan kaldırma için kollektif biçimde parasal önlem almaktır. Bu tanım sigortanın ana unsurlarını kapsayıcı ve dışarda kalması gerekeni dışlayıcı özelliktedir.

Anlaşılmaktadır ki sigorta sisteminin temel gayesi kişilerin ileride uğrayacağı zarar nedeniyle ekonomik açıdan olumsuz yönde etkilenmemesini veya daha az zararla kurtulmasını sağlamaktır. Nitekim insan, hayatını sürdürebilmek için pek çok şeye ihtiyaç duyar, bunlar korunması gereken zarurî maslahatlardır. Bilindiği gibi can, din, mal, ırz ve nesil İslam’ın korunmasını zarurî kabul ettiği beş maslahattır. İslam dininin, bu maslahatların korunması için oluşan tehlikeler ve riskler karşısında değişik tedbirlere başvurduğu bedihidir. Bu karşılaşılan tehlikeler sosyolojik veya tabii nedenlerden kaynaklanmakta olduğundan insan her biri için yöntemler keşfetmeye çabalamış ve asgari zararlar bu rizikoları savmaya çalışmıştır. Zamanla bireysel tedbirler yetersiz hale gelince diğer insanlarla kollektif tedbirler almaya başlamışlardır. Böylece gerçekleşmesinden korkulan tehlike ve riskin, zarar ve hasarın bertaraf edilmesi için çaba sarf edilmiştir. Bu, bütün sosyal teorilerin ve hukuk sistemlerinin ortak gayesidir. Birçok şer’i hükmün hedefleri göz önünde bulundurulduğunda bunun Kur’an ve sünnette gözetilen hususlar arasında yer aldığı net bir şekilde görülmektedir.

Görülüyor ki bu sistemin temel hedefi; belirli bir olayın meydana gelmesi neticesinde kişinin tek başına yüklendiğinde zorluk çekebileceği belki de ödeyemeyeceği büyük miktardaki paraları sistemin belirlediği kurallar dâhilinde kollektif hale getirmektir. Bu vesileyle sistem içerisinde yer alan diğer bireylerden

⁶¹⁶ Abduh, *et-Te'mîn*, 26; Osman eş-Şubeyr, *el-Muâmelâti'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra fi'l-Fıkhı'l-İslâmî, Dârü'nNefâis, Ürdün*1427/2007, 82; Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Ankara 1992, 1, 2.

alınan primlerle şahsın üstlendiği yükü en aza indirmek veya tümünden ortadan kaldırmak suretiyle tıpkı âkile, kasâme ve muvâlat akitlerinde olduğu gibi riziko diğer bireyler arasında paylaştırılmaktadır.

4.1.2. İslam Hukukunda Sigorta'ya Benzer Akitler

Sigorta akdi hakkında hükme varabilmek için İslam hukukçuları sigortaya benzeyen akitleri incelemişlerdir. Kanaatimize göre sigortayla benzerlik gösteren akitleri burada inceleyeceğiz.

4.1.2.1. İslam Hukukunda Kusursuz Damân İlkesi ve Risk Paylaşımı

Risk üstlenen kurumları, bunların nasıl anlaşıldığını ve kusursuz daman ilkesini ele almak, İslâm hukuku açısından sigorta sistemini değerlendirmek için zorunludur. Buradan hareketle risk paylaşımı kurumları olan kasame, âkile ve velâ sisteminin üstlendiği fonksiyonları incelemek konuyu daha iyi anlamak açısından zaruret arzetmektedir. Çünkü bu kurumlar toplumu maddî açıdan tehdit eden riskleri kolektif hale getirmek suretiyle toplumdaki diğer bireylere yayarak tehlikelere karşı toplumu oluşturanların duygu ve düşüncede birbirlerine karşılıklı bağlanmasını ve güven ortamının oluşmasını amaçlamaktadır. Klasik toplumda damân ilkesi failin kusurlu olması halinde işletilir. Ancak İslam hukukunda daha baştan itibaren damân ilkesi failin kusuru olmadan toplumsal dayanışma ve yardımlaşmayı sağlamak için risk üstlenen âkile, kâsame, muvâlat, damân-ı derek, damânu hatârü't-tarîk gibi düzenlemelerde göze çarpmaktadır. Yine buna benzer bir durum, zekât ve sadaka müesseselerinin yanında vakıflar, ahilik ve lonca teşkilatları gibi sosyal amaç güden kuruluşlarda da karşımıza çıkar. Günümüzde kusursuz damân ilkesine göre, riski üstlenen ve dayanışma ile yardımlaşmayı sağlayan akitlerin başında *sigorta akitleri* gelmektedir.⁶¹⁷

⁶¹⁷ Hadi Sağlam, "İslam Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası mıdır?", *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. XV, 2011, 265-292.

4.1.2.2. Âkile Sistemi

Arapçada “Âkile” ism-i fâil olup “akl” mastarından türetilmiş ve “anlamak engellemek, bağlamak” anlamlarına gelmektedir.⁶¹⁸ Bir kimse savaş esnasında esir düşmesi halinde “fidye” karşılığında serbest bırakılabiliyordu. Şibhi amd veya hataen cinayette “diyet” yaralama olaylarında “erş” olarak isimlendirilen tazminatlar talep ediliyordu. Bu tazminatlar büyük meblağlara karşılık geldiği için bu suçu işleyen kişilerin bunları tek başlarına ödemesi mümkün olmamaktaydı. Bundan dolayı Rasûlullah daha önce cahiliye Araplarında olan sistemi geliştirerek karşılıklı ve kollektif yardımlaşmaya dayalı “âkile sistemini” oluşturdu. Böylece belli bir kabileye müntesip olan şahıslar, olanakları çerçevesinde mensubu oldukları kabileye destek çıkacaktı. Bunun neticesinde yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ihtiyacı olması durumunda söz konusu paradan kendisine yardımda bulunulacaktı. Şayet müntesibi olduğu kabilede yeterli miktardaki meblağa ulaşamamış olursa, bu sefer de yakın komşu veya akraba kabileden destek alınması yoluna başvurulacaktı. Buradan hareketle âkilenin, kendi aralarında yardımlaşma ve dayanışma hususunda anlaşma bulunan, birbirlerini koruyup kollaması ve birbirleriyle ilgilenmesi gereken kollektif hareket eden topluluk olduğunu anlamaktayız.⁶¹⁹

Âkile, İslâm ceza hukukunun özelliklerini taşıyan bir sistem olup, başlangıçta asabeden olan kişilere başvurulmaktaydı. Bundan dolayı kabile dayanışmasının bir örneğini oluşturmaktaydı. Daha sonra Hz. Ömer döneminde İslâm’ın dünyanın değişik yerlerine yayılmasıyla birlikte sosyal yapı değişmiştir. Bununla birlikte akile sisteminde teoride de bazı değişiklikler meydana gelmiştir. Hz. Ömer devrinde insanlar divan sistemine dâhil edilmek suretiyle kabile dayanışmasından divan dayanışmasına ve yardımlaşmasına bir geçiş söz konusu olmuştur. Böylelikle suçlunun âkilesi kişinin kaydının bulunduğu divan ehli olmuştur. Âkile sisteminin uygulaması Hanefilerde, cinayeti işleyen kimsenin aynı divan defterinde kaydı bulunup maaş aldığı cihâd arkadaşları, yardımcılarını kapsar niteliktedir.⁶²⁰

⁶¹⁸ Feyyûmî, *el-Misbâhü'l-Münîr*, “a-ka-le” md.; Aktan, “Âkile”, *DİA*, II, 248, 249.

⁶¹⁹ Faruk Beşer, *İslâm’da Sosyal Güvenlik*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1987, 137; Hadi Sağlam, *İslam Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası mıdır?*, *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 265-292.

⁶²⁰ Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV, 398-399.

Hanefî ve Mâlikî fakihler âkile sisteminin yardımlaşma ve dayanışma esasına dayalı olduğu görüşündedirler. Nitekim âkile sistemi, bireyleri kollektif hareket etmeye yöneltmek suretiyle sosyal yardımlaşma ve dayanışmanın ilk uygulamalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde değişen toplum şartları dâhilinde İslam hukuku genel prensiplerine ve akit sistematığına aykırılık oluşturmamayan sendika, sigorta vb. yardımlaşma ve dayanışma sistemleri aracılığıyla akile sisteminin devam ettirilebileceğini hatta devam ettirilmesinin elzem olduğu kanaatini taşımaktayız.

4.1.2.3. Kasâme Sistemi

Kasâme Arapça'da "kasem etmek, and içmek, and içen topluluk ve güzellik" gibi manalarda kullanılmaktadır.⁶²¹ Istılahta ise, bir yerde fâili meçhul bir cinayet sonucu bir ceset bulunmuşsa, maktulün velisi olanların istemesine binaen, söz konusu yerde velinin belirleyeceği elli kişinin, bu şahsı öldürmedikleri ve öldüren kimseyi de bilmediklerine dair yemin ettirilerek bu belde sakinlerinin mükellef erkeklerine diyet ödettirilmesidir.⁶²²

Kasâme, Tevrat'ta geçtiği gibi⁶²³ İslamdan önce cahiliye Arapları arasında da uygulanmaktaydı. Rasûlullah (sav) bu uygulamayı İslam prensiplerine uygun bir hale dönüştürüp devam ettirmiştir. Bir kısım âlimler kasâmeyi Yahudiler arasında meydana gelen bakara hikâyesinin anlatıldığı ayet-i kerimeye dayandırır.⁶²⁴

İslam hukuku, kasâme sistemi ile suç işlenmesini engellemek ve yaraları maddi açıdan telafî etmek suretiyle kusursuz kolektif sorumluluk esasını getirmiştir. Şehir halkının kasâme yoluyla diyet ödemeye tabi tutulmasının nedeni, öldürülen şahsın bulunduğu yerde, katledilmesinden önce, câninin saldırısına karşı ona yardım etmelerini ve onu korumalarını engellemektir. Yine cinayet işlendikten sonra bu sistemle ailesinin maddi mağduriyetini gidermek hedeflenmektedir. Zira hatâen öldürmede âkilenin diyetle mükellef tutulmasının sebebi de budur.⁶²⁵

⁶²¹ Feyyûmî, *el-Misbâhü'l-Münîr*, "ka-se-me" md.; Bardakoğlu, "Kasame", *DİA*, XXIV, 528.

⁶²² Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, VII, 286; Rüaynî, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, 273; Şirbinî, *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 109; İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 2; İbn Müflih, *Fürû'*, VI, 46.

⁶²³ Tesniye 21/1-9.

⁶²⁴ Bakara, 2/67-73; Ebû Bekr İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, (Thk. Ali Muhammed el-Becâvî), Kâhire 1376/1957, I, 24.

⁶²⁵ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 297.

Netice itibariyle kasâmenin toplumu maddî açıdan tehdit eden riskleri kollektif hale getirmek suretiyle yayarak tehlikelere karşı toplumu oluşturanların duygu ve düşüncede birbirlerine karşılıklı bağlanmasını ve güven ortamının oluşmasını amaçladığı görülmektedir. Bu da bize İslam toplumundan önce mevcut olan sigorta benzeri kurumların sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı sağladığı için İslamdan sonra da devam ettirildiğini göstermektedir.

4.1.2.4. İhtiyârî Muvâlat Akdi

Muvâlat velâ kökünden gelmekte olup, velâ sözlükte, ard arda gelmek, yaklaşmak, dostluk kurmak, yardım etmek gibi manalarda kullanılmaktadır.⁶²⁶ Istılahta ihtiyârî muvâlat ise “iki kişinin birbirleriyle dayanışma ve yardımlaşma hususunda ittifak ederek biri diğerine işlediği suçundan dolayı âkile olmayı kabul etmekte, diğeri de ölümünden sonra malını ona teberrû etmektedir.”⁶²⁷ Hanefîler bu akdin yapılırken bedelli bir akit olmaması nedeniyle her iki taraf için bağlayıcı olmadığını belirtirler. Zira teberrû niteliği taşıyan akitlerde kabz gerçekleşmezse akit lazım hale gelmez.⁶²⁸ Çünkü bedelli hibe gibi değerlendirilip sadece akit yapılmak suretiyle akit tamamlanmaz kabz gerçekleştiği durumda akit tamamlanır.

Muvâlat akdinde akit gereği velî olan taraf bir suç işlememesine rağmen, suç işleyen (hatâen veya kazâen) mevlânın hukukî sorumluluğunu akilesi olmak suretiyle belirli bir tazminat ödemeyi üstlenmektedir. Riski üstlenme bedeli olarak ise velî, terikesine mirasçısı olacak kimse olmadığı zaman öldüğü takdirde mevlânın mirasından istifade etmekte, bu da tamamen sonucu belli olmayan bir bedel olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında sigorta sistemi de bu ihtiyârî muvâlat akdiyle paralellik arz etmektedir.

4.1.2.5. Damân-ı Derek Akdi

Damânü’-d-derek; satılan herhangi bir şeyin, başka bir şahsın o şeyin hak sahibi çıkması nedeniyle hak sahibi tarafından müşterinin elinden alınması, bu müşterinin

⁶²⁶ Zemahşerî, Ebû’l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî, *Esâsü’l-belâğa*, I-II, Dârü kütübi’l-ilmiyye, Beyrut 1419/1998, II, 353; İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, “ve-li-ye” md..

⁶²⁷ Bu akdi Hz. Ömer, Hz. Ali, İbn Mesud, Hanefîler, İbrahim en-Nahâ’î, Hammâd bu şekliyle kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, V, 78; *el-Mevsuatu’l-Fıkhiyye*, XLV, 130; H.Yunus Apaydın, “Velâyet”, *DİA*, XLIII, 15- 19.

⁶²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 107.

vermiş olduğu semeni satın alan şahsa edâda bulunmaya ve teslim almaya yahut mebiî satan kişiyi, müşteriye teslim etmeyi taahhüt etmek suretiyle kefil olması demektir.⁶²⁹ Damânü'd-derekle, mebiin mesuliyetinin satan kimseye ait olduğu hususunda garanti verilmektedir. Zarar görmesi halinde müşterinin zararının karşılanacağı teminatı verilmektedir. Bu yönüyle daman-ı derekte tamamen sonucu belli olmayan bir bedele kefil olunmaktadır.

Akitlerde aşırı cehalet akdin fesadına neden olurken bilinmezlik nedeniyle riziko içermesine rağmen damânü'd-derek'in câizliği konusunda icmâ bulunmaktadır.⁶³⁰ Dolayısıyla daman-ı derek sonucun bilinmezliğe bağlandığı akitlerden birisi olmaktadır.

4.1.2.6. Yol Riski Garanti Akdi (Damânu Hataru't-tarîk)

Yol riski damânı, borçluyu vukubulması ihtimali olan zarara kefil olmaktır. Hanefîlerin dışındaki mezhepler bu tür kefaleti kabul etmezler. Hanefîlere göre bu tür kefalet caiz olup şu şekilde gerçekleştirilir: Bir şahıs “falan yolu izleyerek git; şayet gittiğin bu yolda herhangi bir tehlike neticesinde malına bir zarar gelirse ben malına kefilim” şeklinde gerçekleştirilir. Aldığı güvence üzerine yolda tehlikeyle karşılaşması halinde mevzu bahis yoldan giden adamın malına herhangi bir zarar gelse veya malı telef olsa söz veren şahıs bu malı tazmin etmekle yükümlü hale gelir.⁶³¹

Yol riski garanti akdinde, kişi yolda karşılaşılabilircek meçhul bir sonuca güvence vermektedir. Çünkü klasik kaynaklarda bu akitten bahsedilirken özellikle hırsızlık ve soygun olduğu takdirde bu malın tazmin edileceğinin belirtilmiş olması o dönemlerde bu tür tehlikelerin çok olduğunun bir göstergesidir. Dolayısıyla o günkü toplumda bazı insanların risk yüklendikleri ve bu risklere karşı insanlara teminat verdikleri gerçeği ile karşı karşıya kalırız. Trafik sigortaları, hasar sigortaları ve yangın sigortaları gibi

⁶²⁹ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 264; *Mecelle*, md. 616; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istulâhatı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 269.

⁶³⁰ İbn Kudâme Ebû'l-Ferec, eş-*Şerhu'l-kebîr*, IV, 368; Zekerîya el-Ensârî, *Esne'l-matâlib*, II, 238; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 439.

⁶³¹ İbnu's-Şihne, Ebu'l-Velid Lisanuddin Ahmed b. Muhammed el-Halebî, *Lisanu'l-hükkam fî ma'rifeti'l-ahkâm*, Kahire 1393/1973, 278; Haskefî, *Dürrü'l-Muhtâr*, V, 468; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 170, V, 144; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslamî*, V, 3416- 3421; Nitekim bir şahıs daha önceki durumdan yola çıkmak suretiyle zannına dayanarak veya kendi görüşüne dayalı olarak verdiği haber dolayısıyla dâmin olmaz. Klasik fıkıh eserlerinde bir kişi “bu yol güvenlidir, bu yoldan git” derse ve bu verilen habere binaen buradan giden bu kişinin malını yolda hırsızlar çalsa, yolun emin olduğunu söyleyen kişinin çalınan malı tazmin etmesi gerekmez. Ayrıca bkz. (Bâbertî, *Şerhu'l-Înâye*, VII, 47; Aynî, *el-Binâye*, VIII, 30.

sigortaların da benzer yapıya sahip olduğu gözönünde bulundurulursa sigorta sisteminin bu akde kıyaslanabileceğini söyleyebiliriz.

4.1.2.7. İslam Hukukunda Kusursuz Damân İlkesi ve Risk Paylaşımı ile İlgili Değerlendirme

Âkile, kasame sistemlerini, muvâlat, damân-ı derek, damânu hataru't-tarîk gibi akitleri konuyu uzatmadan ve çok ayrıntılara dalmadan genel bir şekilde inceledik. Bu sayede zihnimizde bu akitlerle elde edilmek istenen şer'i gayeler daha net bir şekilde belirmektedir. Fakihler, kasâmenin; İslam ceza hukukunun bir istisnası olduğunu söylemişlerdir. Zira kıyasa ve suçların şahsi olma prensibine aykırıdır. Ancak daha büyük sorunlar yaşanmasını önlemek maksadıyla maslahat gereği sünnetle meşru kabul edilmiştir.⁶³² Kasame sisteminde diyet, öldürülen şahsın bulunduğu yerdeki bölge halkına paylaştırılarak ödetilir. Âkile sisteminde diyet, hatayla cinayet işleyen şahsın akrabalarına taksim edilerek ödettirilir.⁶³³ Diyetin ödettirilmesiyle karşı tarafın öc almasının engellenmesi istenmektedir.⁶³⁴ Bu iki sisteme diyetin paylaştırılmak suretiyle ödettirilme yönüyle bakıldığında ise kusursuz sorumluluk ilkesi işletilerek bugünkü sosyal sigortaların ilksel örnekleri ile karşı karşıya gelmiş oluruz. Nitekim Hamidullah âkile müessesini zorunlu sosyal sigortalara; âkileler birliğini de dayanışma amacıyla birden fazla kabilenin ve zümrenin birlik içinde birleşmesi nedeniyle sigorta şirketleri federasyonuna benzetmektedir.⁶³⁵ Medine sözleşmesinde de, kabilelerin isimleri zikredilerek mali sorumlulukları yerine getirmede ortaklaşa oluşturulacak olan bir sandıkla karşılanacağı maddeleri yer almaktadır. Bu da bize İslam tarihinde risklerin sigorta sistemine benzer bir şekilde toplum geneline paylaştırıldığının göstergesidir. Ayrıca daman-ı derekte de görüldüğü gibi bireysel manada risk üstlenme akitlerinin mevcut olduğu ve toplumun buna ihtiyacının olması nedeniyle bu akdin cevazı hususunda hiçbir ihtilafın olmadığı aşîkârdır. Yol garanti akdi de risklere bireysel güvence vermenin İslam hukukundaki ilk örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine İslam tarihinde ve XII. Yüzyılda ilk olarak karşılaştığımız derbent teşkilatı ilk sosyal

⁶³² Ali Bardakoğlu, "Kasame", *DİA*, XXIV, 528-530, İstanbul 2001, 528.

⁶³³ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâ'i*, VII, 215; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, VI, 60.

⁶³⁴ Hamza Aktan, "Âkile", *DİA*, II, 248, 249, İstanbul 2001, 248.

⁶³⁵ Muhammed Hamidullah, *Modern İktisat ve İslâm*, 68.

sigortalar olarak nitelendirilebilir.⁶³⁶ İslam hukukundaki sigorta benzeri risk yüklenilen sistemleri ve akitleri değerlendirmeye yetecek miktarda anlattıktan sonra şimdi de sigortayı ele alalım.

4.1.3. Sigorta Akdinin Unsurları

Sigorta akdi, yeni bir akit olduğuna göre, onun hakkında Kur'an ve sünnette bir nassın olmaması ve klasik İslam hukuku kitaplarında yer almaması pek tabiidir. Tezimizin ilk bölümünde de değindiğimiz gibi İslam Hukuku akit sistematğinde taraflar, icap ve kabul ile akdin konusu olmak üzere temelde üç unsur vardır. Bir akit olarak sigorta sözleşmesinin bütün unsurlarını tespit etmek istediğimizde şunları görüyoruz.

Sigortalı veya sigorta yaptıran, sigorta akdi inşa etmek isteyen kimse yani hayatını, malını veya mesuliyetini sigorta ettirme isteğinde bulunan şahıstır. Genelde sigortalı ve sigortayı yaptıran aynı kişi olmaktadır. Fakat bazen kişi bir başkasının menfaatini sigortalatmış olabilir. Sigorta tazminatını alma hakkı, lehine akit yapılan sigortalıya aittir.⁶³⁷

Sigortacı, sigorta akdi gereği, kendisine ödenen prim mukabilinde risk üstlenen ve bir konuda ruhsata sahip olan taraftır.⁶³⁸ Ülkemizde bireyler sigortacılık faaliyeti yürütme yetkisini haiz değildir. Sigorta şirketleri, acente ve prodüktörler tacir sıfatını haizdirler.⁶³⁹

Acente, ticari temsilci, ticaret vekili, satış memuru ya da hizmetli gibi tabii bir sıfatı olmadan, akde binaen muayyen bir yer yahut bölgede sürekli bir tarzda ticari bir kuruluşu ilgilendiren akitlerde aracı olmayı yahut bunları o sigorta şirketi namına ruhsatlı bulunduğu alanda yürütmeyi meslek edinen gerçek kişi veya tüzel kişilerdir.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Ömür Genç, *Sigortacılık Sektörü ve Türkiye’de Sigorta Sektörünün Fon Yaratma Kapasitesi*, Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş., Ankara 2002, 23.

⁶³⁷ Genç, *Sigortacılık Sektörü*, 15; Nihat Dalgın, “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 879; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 13.

⁶³⁸ Genç, *Sigortacılık Sektörü*, 15.

⁶³⁹ Nihat Dalgın, “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 879; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 13.

⁶⁴⁰ TTK, md. 102/1; SRAHY, md. 6.

Prodüktör, bir sigorta şirketinde herhangi bir vasıfla doğrudan çalıştırılmayan, aracı vasfıyla farklı sigorta türleri hakkında sigorta yaptırmak isteyenlere malumat vermek, sigorta akdinin şartlarını müzakere ve riskin konu ve özelliklerine göre sigorta teklifnamesini hazırlama yetkisi olan ve teşebbüslerin neticesi olarak komisyon almaya hak kazanacak şekilde çalışan gerçek veya tüzel kişilerdir.⁶⁴¹

Reasürans aracıları, uzmanlık alanı reasürans konuları olup herhangi bir sigorta şirketinde istihdam edilmeksizin reasürans işlem ve akitlerinde aracılık yapan, risk ile ilgili malumat sağlayan ve bu hizmet karşılığında muayyen bir oranda komisyon alan hakikî veya hükmî şahıslardır.⁶⁴²

Sigorta brokerliği, sigorta endüstrisi alanında ehemmiyetli bir yeri olan sigorta brokerliği, sigorta yaptıran kişinin ihtiyaçlarını değerlendirmek suretiyle hangi sigortacının bu gereksinimlerini daha iyi karşılayabileceğini tespit etmek suretiyle sigorta yaptırmak isteyen şahsa bildiren yetkililerdir.⁶⁴³

Sigorta menfaati, sigorta akdinin önemli unsurlarından biri de menfaattir. Sigortacılıkta ilk yıllarda sigorta konusu olarak mal kabul edilmekteydi. Modern sigorta sisteminde rizikoya maruz kalan malın menfaati sigortanın konusu olarak kabul görmüştür. Rizikonun gerçekleşme durumunda akit ile ulaşılmak istenen amaç veya umulan tazminat, destek veya yardımdır. Menfaatin sigorta ettirilebilmesi için para ile ifade edilebilen iktisadî bir değer olma zorunluluğu mevcuttur.⁶⁴⁴

Prim, sigorta yaptıran kişinin risk karşılığında sigortacıya ödediği para veya ücrettir.⁶⁴⁵ Ticari sigortalarda prim sabittir. Karşılıklı sigortalarda ise prim değişken olabilmektedir. Sigortalının alacağı sigorta bedelinin veya tazminatın karşılığında verdiği prime safî prim, bunun haricinde de sigorta yaptırandan alınan prime de sigorta yükü denmektedir.⁶⁴⁶

Tazminat, sigorta bedeli, rizikonun gerçekleşmesi halinde (veya emeklilik sigortasında olduğu gibi anlaşılan süre sonunda) ödenecek olan mal yahut düzenli bir

⁶⁴¹ 7397 sayılı SMK, md. 37; SRAHY, md. 10; Ulaş, 11.

⁶⁴² Genç, *Sigortacılık Sektörü*, 18; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 12.

⁶⁴³ Reşat Atabek, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1990, 129; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 12; Nihat Dalgın, “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 879.

⁶⁴⁴ Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 14; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 57.

⁶⁴⁵ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 367; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 66.

⁶⁴⁶ Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 23; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 57.

gelir olup verilecek olan azami miktara denmektedir.⁶⁴⁷ Mal sigortalarında ödenecek tazminat miktarı belli olmayıp, sigortacı sigortalıya uğradığı gerçek kaybı ödemekle yükümlüdür.⁶⁴⁸

Riziko, sonucu bilinmeyen durum olup bu akdin ana unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴⁹ Doktrinde, hasar veya zarar veren olayların tahakkuk etme olasılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tabiat kanunlarına göre meydana gelmesi ihtimal dâhilinde olmayan şeyler riziko kavramı içerisinde ele alınmaz.⁶⁵⁰

4.1.4. Sigortada Karşılaşılan Riziko Türleri

Riskin değişik şekillerde tanımlanması nedeniyle çok farklı çeşitleri söz konusudur. Ancak biz literatürde genel kabul görmüş olan risk çeşitlerini ele alacağız.

Finansal veya finansal olmayan riskler, rizikonun meydana gelmesi neticesinde varlık ve sorumluluk riski, piyasa riski gibi finansal sonuçlar ortaya çıkmışsa, finansal risk söz konusu olmaktadır. Şayet öyle bir netice vuku bulmamışsa, finansal olmayan risk meydana gelmiş olmaktadır.⁶⁵¹

Statik riskler; üretim, gelir, tüketici tercihleri vb. ekonomik değişkenlerin sabit tutulması durumunda dahi meydana gelen risklerdir. Dinamik riskler ise, ekonomik değişkenler nedeniyle meydana gelen rizikolardır.⁶⁵²

Asli riskler, aslında ve neticesinde şahsi olmayan kayıpları barındıran rizikolardır. Hususi riskler ise, şahıslar nedeniyle zuhur eden ve genellikle muayyen şahısları etkileyen rizikolardır.⁶⁵³

Sigorta konusunun eksenini belirleme açısından bu sınıflandırma önem arz etmektedir. Nitekim sigorta konusu olabilecek riskler saf risklerdir. Saf riskler, kazancın olmadığı durumları yani zarar etme ihtimalini içeren risklerdir. Örneğin; bir aracın satın alınması neticesinde aracın kazaya maruz kalması olasılığı bu riskler dâhilindedir. Spekülatif risklerde ise, kaybetme ihtimali yanında kazanma ihtimali olan riskler de

⁶⁴⁷ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 365; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 68; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 20-23.

⁶⁴⁸ Atabek, *Sigorta Hukuku*, 129; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 20-23.

⁶⁴⁹ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 367; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 64.

⁶⁵⁰ Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 1, 2; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 6,7.

⁶⁵¹ Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 9.

⁶⁵² Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 9.

⁶⁵³ Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 9.

mevcuttur.⁶⁵⁴ Kumar veya bahis oynayan kişi için kazanabilme ihtimalinin yanında kaybetme olasılığı da her zaman söz konusu olabilir. Spekülatif rizikolarda (kumar ve bahiste) sebepsiz ve karşılıksız mal kazanma söz konusudur.⁶⁵⁵ Saf riskler de kişiye yönelik, mala yönelik ve mesuliyete yönelik rizikolar şeklindedir:

Kişiye yönelik rizikolar, erken ölüm riski, emeklilikte yeterli gelire sahip olmama, hastalanma veya sakatlanma ile işsiz kalma rizikoları kişiye yönelik rizikolar olup, bunlar daha çok hayat ve sosyal sigortaların konusunu oluşturur.

Mala yönelik riskler, direkt olabildiği gibi doğrudan olmayan kayıplar da söz konusu olabilir. Bir malın, iktisadî değerinin azalması, çalınması, yanması neticesinde oluşan kayıp direkt kayıp, evinin yanması neticesinde ev kiralamak zorunda kalarak kayba uğraması ise dolaylı kayıplar arasındadır.⁶⁵⁶

Mesuliyete yönelik riskler, şahsın davranışları yahut kendi yetkisi dâhilinde olan durumlar nedeniyle ortaya çıkan riskler bu kapsamdadır. Kendi aracıyla bir başkasının aracına çarpma neticesinde zarar vermesi bu türe örnektir.⁶⁵⁷

4.1.5. Sigorta Akdinin Özellikleri

Sigorta akdi rizikolu, karşılıklı, sürekli ve lazım bir akit özelliği taşımaktadır.

4.1.5.1. Rizikolu (Riskli) Bir Akit Olması

Sigorta ile doğrudan alakalı olan ve bu tür akitlerin de rizikolu olarak isimlendirilmesine neden olan risk, kendisinden korunmak amacıyla önlem alma yoluna gidilen ve vuku bulması istenmeyen olaydır. Riziko olarak da isimlendirilen risk ilerde gerçekleşme ihtimali bulunan maddi zararlardır. Vuku bulması muhtemel tehlikeler çok fazla değişiklik gösterebilirler. Bu riskler bireylerin sosyal hayatını ilgilendiren tehlikeler olabildiği gibi, hırsızlık, vandalizm (kundakçılık) veya kazalar şeklinde kriminolojik ya da deprem, sel ve yangın gibi doğal şartlardan da kaynaklanabilir. İşte tüm bu rizikolar sigorta hizmetinin alanına dâhil olmaktadır.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 10, 11.

⁶⁵⁵ İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, IV, 459.

⁶⁵⁶ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 73; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 10, 11.

⁶⁵⁷ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 73; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 296, 297; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 10, 11.

⁶⁵⁸ Faruk Beşer, "İslam Şeriatı Açısından Sigorta", 844-874; Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 1, 2.

Riziko bu akdin esas unsuru olarak kabul edilmektedir.⁶⁵⁹ Sigortada kişi vukubulması ihtimalinde alacağı tazminata karşılık bir bedel öder. Kişi bütün primlerini tam ödemediği halde herhangi bir olay olmadığı için tazminat almayabilir. Ayrıca bu akitte akde konu olan şeyin sınırı zamanı mekânı bilinmemektedir. İşte tüm bu nedenlerle bu akit muhatarlı bir akit olmaktadır.⁶⁶⁰ Ancak sigorta akdini kumarla eşit tutamayız. Nitekim sigortayı kumar ve bahisten ayıran en belirgin özelliği ise, rasyonel rizikolu bir akit olmasıdır. Nitekim kumar ve bahislerde risk hedeflenir, riskin üzerine gidilir. Oysa sigorta akdinde rizikodan kaçma ve riski bertaraf etme amacı güdülür.⁶⁶¹

4.1.5.2. Karşılıklı Bir Akit Olması

Sigorta akdiyle sigortalının uğraması ihtimal dâhilinde olan tehlike ve riskleri üstlenmeyi taahhüt ederken, sigorta yaptıran şahıs muayyen bir prim öder. Bu karşılıklı akitte sigorta yaptıranın mesuliyeti prim ödemek, sigortacının sorumluluğu ise riski üstlenmek olmaktadır.

4.1.5.3. Sürekli Borç Doğuran Bir Akit Olması

Zaman sigortada önemli bir unsurdur. Müteakideynin sorumlulukları akdin inşaaından başlar ve akdin sona ereceği zamana kadar da devam eder. İşte bu süre zarfında bu akit süreklilik arz etmektedir. Bu da sigorta yaptıran kişinin, akdi feshetmesi durumunda ödemiş olduğu miktarı geri alamayacağı manasına gelmektedir.⁶⁶² Sosyal sigortalarda durum bundan farklıdır. Devlet desteği ve gözetiminde olan bu sigortada kişiler tazminatlarını geri alabilmektedir.

4.1.5.4. Lazım Bir Akit Olması

Sigorta akdi her iki taraf için lazım olan bir akit olup, sigorta ettirenin muayyen zamanda ödemek zorunda olduğu primleri vardır. Riziko gerçekleştiği anda, sigortacı anlaşmada belirttiği tazminatı veya sigorta bedelini ifayla mükellef olmaktadır.⁶⁶³

⁶⁵⁹ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya 'l-fikhîyye*, 365.

⁶⁶⁰ Vehbe ez-Zuhaylî, *et-Te'mîn ve İadetü't-te'mîn*, el-Mecmâu'l-Fıkhî'l-İslâmî, Mekke 1406, 6.

⁶⁶¹ Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 562.

⁶⁶² İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 94.

⁶⁶³ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 91.

4.1.6. Sigorta Akdi Çeşitleri

Sigorta akdini farklı bakış açılarıyla değişik şekillerde taksim etmemiz söz konusudur. Ancak burada uygulama ve teoride en çok başvurulan sınıflandırmayı esas almaya çalışacağız.

4.1.6.1. Sosyal Sigortalar

Toplumun karşı karşıya kaldığı bazı rizikoların sebep olduğu ve zararın izale edilmesi amacıyla kollektif yardımlaşma yoluyla, devlet desteği çerçevesinde yürütülen ve kâr amacı gütmeyen sigorta türüdür.⁶⁶⁴ İşsizlik, sağlık vb. uygulamalar dünyanın bütün ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de mevcuttur.

Sosyal sigortalar, yasal düzenlemelerle belirlenir. Ancak her yasayla düzenleme altına alınan sigorta sosyal sigorta olmayabilir. Zorunlu trafik sigortası yasal düzenlemeyle belirlenmiş olmakla beraber sosyal sigorta değildir. Sosyal sigortalar devlet desteğiyle ve devlet gözetiminde yürütülürler. Sosyal sigortalarda da prim ödeme mecburiyeti vardır. Ancak primler işçi, işveren ve devletin işbirliği ile ödenir. Sosyal sigortalar zorunlu olabildiği gibi ihtiyari de olabilmektedir. Mesela sigorta, iş ve meslek kazaları, hastalık, sakatlık vb. durumlara karşı hizmet verir. Ayrıca bütün rizikolar sosyal sigortalar alanına girmemektedir. Buradaki temel mantık, yardımlaşma olup kâr etme saiki söz konusu değildir. İşveren çalıştırmış olduğu işçisinin primlerini ödemekle mükellef tutulmakta ve İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından meşru kabul edilmektedir.⁶⁶⁵

*“Velisi olmayanın velisi devlettir”*⁶⁶⁶ kaidesi gereğince devlet vatandaşının sağlığı, iyi bir hayat sürmesi, temel ihtiyaçlarını giderebilmesi vb. durumlardan sorumludur. Sosyal sigortalar da bu sorumluluğun tezahürüdür.

Buradaki işlem bir teberru niteliği taşımaktadır. Nitekim az miktarda prim almasına karşılık çok daha yüklü miktarda tazminat verilmektedir. Devlet isterse kendi vatandaşına teberruda bulunabilir.

⁶⁶⁴ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 365.

⁶⁶⁵ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 83; Şubeyr, *el-Muâmelâtü'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra*, 84-87; Beşer, *“İslam Şeriatı Açısından Sigorta”*, 844-874; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 100, 101.

⁶⁶⁶ Buhârî, “Nikâh”, 40; Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 19; Tirmizî, “Nikâh”, 15; İbn Mâce, “Nikâh”, 15; Dârimî, “Nikâh”, 11; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 250.

Yararın elde edilmesi ve zararın defedilmesi İslam hukukunun temel prensiplerindendir. Nitekim bu sistemle zararlar giderilmekte ve menfaatler temin edilmektedir. Bundan dolayı sigortaya ihtiyaç söz konusudur. Ayrıca hacetler, zaruretler mesabesinde değerlendirilir.⁶⁶⁷

Sosyal sigortalar sistemi içerisinde göze çarpan mahzurların en önemlisi, primlerin faizde değerlendirilmesi mevzusudur. Ancak şunu söylememiz gerekir ki, sigorta yaptıran ile sigortacı arasındaki akit farklı bir akit olmakta, sigortacının primi aldıktan sonra yaptığı işlemler farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla primin faizde kullanılmasını elbette caiz gördüğümüzü söylemiyoruz. Ne var ki akdin kendisiyle alakalı olmayan bu işlemin, bu sözleşmeyi değerlendirmek için kullanılmayacağını hatırlamakta fayda olduğunu mülahaza ediyoruz. Sigorta ettiren açısından değerlendirildiğinde ise karşımıza şu sonuçlar çıkmaktadır:

- a) Sigorta ettiren şahsın bu sisteme müdahalesi ve imzalamış olduğu akdin, sigortacının yaptığı diğer işlemlerle doğrudan alakası yoktur.
- b) Verilen bu fazlalık, devletin sosyal sorumluluğunun gereği olarak vatandaşına yaptığı teberrudur. Devletin yapmış olduğu karşılıksız hibe ve buna benzer işlemlerin faiz olarak değerlendirilmesi doğru değildir.⁶⁶⁸

4.1.6.2. Karşılıklı Sigortalar (Tekâfül)

Sözlükte tekâfül “karşılıklı olarak kefil olma, dayanışma” anlamına gelmekte olup ke-fi-le fiilinden türetilmiş bir sözcüktür. İstilahî olarak ise tekâfül; “belirli bir risk karşısında kendini güvence altına alıp, zararını ortadan kaldırmak amacıyla bireylerin bir araya gelerek fon oluşturarak belirli bir miktar para ödenen, rizikonun meydana gelmesi durumunda ilgili bireye finansman sağlayan, fondaki paranın yetmemesi halinde ilave para alınan, artması durumunda ise sahiplerine tekrar iade edilen kooperatif tarzında teşekkül etmiş yardımlaşma sigortası sistemidir.”⁶⁶⁹ Kişinin ne miktar para ödeyeceği bilinmediğinden rizikolu bir akit olmaktadır.

⁶⁶⁷ Şatibî, *el-Muvâfakât*, II, 45; Mecelle, md. 32. “Hacet umumi olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.”

⁶⁶⁸ Şubeyr, *el-Muâmelâtî'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra*, 84-87.

⁶⁶⁹ Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslamî ve edilletühü*, V, 3415; Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 372; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 84; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 229; Beşer, 848; Dalgın, 387; el-Menî',

Bu sistemde belirli rizikolarla karşı karşıya olan bir kesimin gerçekleşmesi durumunda tehlikelerin meydana getirebileceği zararları tamamen ortadan kaldırmak amaçlanır.⁶⁷⁰ Ayrıca, tekâfûl sistemiyle kâr amaçlanmamakta, risk kollektif bir biçimde atlatılmaya çalışılır.⁶⁷¹

Bu sigorta akdinde karşılıklı kefalet, karşılıklı vekâlet ve hibe hükümleri yer alır. Tanımından da anlaşıldığı gibi değişken prim esasına göre yürütülür. Vekâlet ve hibe akitleri bedelsiz teberru işlemleridir. Kefalet ise; daha önce de belirttiğimiz gibi başlangıç itibariyle teberru, sonuç itibariyle bedelli bir akittir.

Bu sigorta sisteminde bireylerden alınan paralarla oluşan fon ayrı tutulur. Ortaklık sermayedarlarının paralarını yansıtan fonlar aynı havuzda değerlendirilmez. Ayrıca bu fonda biriken sermaye yatırıma dönüştürülürken, İslam'ın yasaklamış olduğu faiz, kumar ve bahis,⁶⁷² spekülasyon ile ahlaka muğayir alanların dışındaki sahalarda ticari faaliyet yürütülmek mecburiyeti bulunmaktadır. Ayrıca bu sistemde belirsizlik de olmamalıdır.⁶⁷³

Tekâfûl sistemi, genel olarak şu prensiplerden birine dayanmaktadır;⁶⁷⁴

1. Kâr amaçlamayan bireylerin bir araya gelmesi suretiyle meydana getirdikleri yardımlaşma kooperatifi şeklindeki kuruluş.
2. Şirket organizasyonu şeklinde olan, ancak faaliyet alanı İslam hukukunun belirlediği çerçevenin dışına taşmayan kuruluş.⁶⁷⁵
3. Zarar ve mesuliyetlerin, katılımcı bireylerin hisse oranlarına göre belirlendiği sigorta havuzu şeklindeki kuruluş.

Geleneksel sigortaya cevaz vermeyen İslam hukukçuları dâhi, tekâfûl sisteminin harama yol açan bir unsur içermediğini dile getirmektedirler. İki sistem sorgulandığında; ticari sigortada amacın kâr, tekâfûlde yardımlaşma olduğu söylenebilir. Ancak ticari sigorta sistemi ile bu sistemin aynı görevi üstlendiği aşîkârdır.

et-Te'min beyne'l-ibâheti ve'l-hazr, 10; Yusuf Üstün, Sigorta, Tekâfûl, Kooperatif Sigortacılığı (Tekâfûl; Kooperatif Sigortacılığında İslami Model), *Karınca Dergisi*, Mart 2014, Yıl:80, Sayı:927.

⁶⁷⁰ Hakan Aslan, Muhammed Emin Durmuş, "İslami Sigortacılık (Tekâfûl): Yöneticilerin Perspektifinden Türkiye Uygulaması", *International Congress on Islamic Economics and Finance*, Sakarya 2015, 19.

⁶⁷¹ Ahmet Karayazgan, "Takaful (İslami Sigorta)", *Sigorta Araştırmaları Dergisi*, Sayı 4, 2008, 109.

⁶⁷² Nisa, 4/29.

⁶⁷³ Şubeyr, *el-Muâmelâti'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra*, 85; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 230.

⁶⁷⁴ İsmail Yıldırım, "Tekâfûl (İslamî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye'deki Uygulanabilirliği", *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 6(2), 2014, 49-58.

⁶⁷⁵ İslam iktisadının çalışma prensiplerine genel olarak daha önce değinmiştik, bkz. 89-96.

Ayrıca tekâfûl siteminde de organizatörlerin kâr güdüsüyle hareket ettikleri bir gerçektir. Tüm bunlara ilaveten her iki sistemde yapılan işlem yardımlaşma ve dayanışma adına bir çabadır. Ancak daha evvel belirttiğimiz gibi; karşılıklı sigorta dışındaki sistemlerde primin faizde değerlendirilmesi bütün sistemi değil sadece bu işlemi haram hale getirir. Toplanan primlerin faizde işlem görmesi sigorta akdinden farklı ikinci bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir.

4.1.6.2.1. Karşılıklı Sigorta Çeşitleri

Karşılıklı sigortanın; kâr paylaşımı, vekâlet, vakıf ve kombine şeklinde çeşitleri mevcuttur.

4.1.6.2.1.1. Kâr Paylaşımı Sistemi (Mudarebe Sistemi)

Bu sistemde prim yatıran kişi sermaye, sigortacı veya organizatör ise; emek ortaya koyarak mudarebe ortaklığı oluşturmaktadırlar. Organizatör ve sermayedar niteliğindeki kişiler riziko gerçekleştikten sonra zararların telafisi için bireylerin ödediği primden geriye kalan paralardan ve elde edilen kârlardan belli bir oranda pay alırlar.⁶⁷⁶

4.1.6.2.1.2. Vekâlet Sistemi

Bu sistemde primleri toplama ve hesaplama işlemlerini, ek prim verilmesi gerekiyorsa primleri belirleme işini, riziko oluştuğunda zararın izale edilmesini ve prim fazlalığı oluştuysa sahiplerine iade edilmesini vekâlet yoluyla bir organizatör yürütür. Organizatör yapmış olduğu hizmete karşılık, katılımcıların ödemiş olduğu primden belli bir miktar yönetim ücreti alır.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ Yıldırım, “Tekâfûl (İslamî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 49-58; İslam Finans sistemi açısından risk konusunda mudarebe şirketini ele almıştık bk. s. 109-118; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 230.

⁶⁷⁷ Yıldırım, “Tekâfûl (İslamî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 49-58; Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 230.

4.1.6.2.1.3. Vakıf Sistemi

Bu sistemde, bireyler yatırdıkları primlerin belirli bir miktarını fonların biriktirildiği ve daha sonra yatırıma dönüşecek olan, riziko gerçekleştiğinde zararı ortadan kaldırmak için kullanılacak olan vakfa hibe etmektedirler. Bu sistem Pakistan ve Güney Afrika’da kullanılmaktadır.⁶⁷⁸

4.1.6.2.1.4. Melez Sistem

Bu sistemde primleri toplama ve hesaplama işlemlerini, ek prim verilmesi gerekiyorsa primleri belirleme işini, riziko oluştuğunda zararın izale edilmesini ve prim fazlalığı oluştuysa sahiplerine geri iade edilmesini vekâlet yoluyla bir organizatör yürütür. Bunun yanında sisteme yatırılan primler yatırım ortaklığı şeklinde değerlendirilir. Organizatör yapmış olduğu hizmete karşılık, katılımcıların ödemiş olduğu primden ve elde edilen kardan belli bir miktar yönetim ücreti alır. Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri vb. Ortadoğu ülkelerinde kullanılan bir sistemdir.⁶⁷⁹

4.1.6.3. Ticari Sigortalar

Ticari sigortalar; sigorta şirketi açısından bakıldığında amacı kâr etmek olan hususi girişimlerdir.⁶⁸⁰ Ancak konuya sigorta ettiren açısından bakıldığında ise; belirli bir prim ödemek suretiyle ihtimal dâhilinde oluşabilecek rizikoya karşı tedbir almak amacıyla uğrayacağı zararı ortadan kaldırmak için özel bir şirketle sözleşme imzalamaktır.⁶⁸¹ Bu sistemde, sigorta ettiren şahsa sabit bir prim karşılığında sigorta güvencesi verilmesi, riziko neticesinde meydana gelecek olan zararın tazmin edilmesi söz konusudur. Sigorta ettiren şahsın maddi anlamda primden başka bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Buradaki ilişkinin yardımlaşma değil, ticaret ilişkisi olduğu söz konusu olmakla beraber, yardımlaşma ve zarara kefil olma boyutunun da gözden uzak tutulmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Sigortanın caiz olduğunu söyleyen İslam

⁶⁷⁸ Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 230; Yıldırım, “Tekâfûl (İslamî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 49-58.

⁶⁷⁹ Çipil, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, 230; Yıldırım, “Tekâfûl (İslamî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 49-58.

⁶⁸⁰ Şubeyr, *el-Muâmelâti’l-Mâliyyeti’l-Muâsıra*, 90.

⁶⁸¹ Şubeyr, *el-Muâmelâti’l-Mâliyyeti’l-Muâsıra*, 89.

hukukçularına göre sigortacı, prim karşılığında güven satmaktadır. Ancak biz sigortacının güven satmaktan çok, rizikonun gerçekleşmesi durumunda zarara uğrayan sigortalıya zararını tazmin hususunda olduğu kanaatindeyiz.

4.1.6.3.1. Ticari Sigorta Çeşitleri

4.1.6.3.1.1. Mal ve Mesuliyet Sigortası

a) Mal Sigortası

Bu sigorta türünde akde konu olan şey eşyadır. Sigortacının yükümlülüğü ise, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalanan eşyanın tamamen veya kısmen zararını ortadan kaldırmak için tazminat ödemektir. Mal sigortası akdi tamamen tazminat sözleşmesi özelliği taşımakta, sigortalanan malın zarar görmesi halinde zarar ödenmektedir.⁶⁸² Hayat sigortasından farkı ise tazminatın muayyen olmamasıdır. Nitekim mal sigortasında riziko gerçekleştiği takdirde ne kadar zarar oluşacağı belli olmadığından dolayı ödenecek tazminat da belli olmamaktadır. Bu sigortanın yangın, hırsızlık, tarım deprem vb. çeşitleri vardır.⁶⁸³

Her ne kadar ödenecek tazminatın ne olduğu belli olmasa da burada prim ödeyen şahıs malî yönden zarar etmektedir. Bu zarar bazen bir kişinin tek başına altından kalkamayacağı miktara ulaşmaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi bu tür zararların diğer prim ödeyenlere dolaylı olarak ödettirilmesi sayesinde zarara uğrayan kişinin malı korunur.

b) Mesuliyet Sigortası

Bu sigorta türünde akde konu olan şey sorumluluktur. Sigortacı, sigortalı kişinin sebep olduğu kazaen veya hata sonucu bütün zararları teminat altına almaktadır.⁶⁸⁴ Sigorta yaptıran şahsın üçüncü şahıslara zarar vermesi durumunda, bu zararların giderilmesi söz konusu olup sigorta ettirenin mülkiyetinin azalmasını ortadan kaldırmak amacıyla düzenlenmektedir. Böylelikle hem sigorta ettiren korunmuş olacak hem de üçüncü kişilerin sigorta yaptıran şahsın neden olduğu zarardan etkilenmesinin önüne

⁶⁸² İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 73.

⁶⁸³ Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular*, II, 410.

⁶⁸⁴ İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 72.

geçilecektir. Ayrıca mesuliyet sigortası pasif değer sigortası olmaktadır. Bunun neticesinde, ileride ortaya çıkması muhtemel zararlar teminat altına alınmış olacaktır. Genel sorumluluk sigortası ile motorlu taşıt sigortaları mesuliyet sigortalarının alt bölümlerini oluşturmaktadır.⁶⁸⁵

4.1.6.3.1.2. Hayat Sigortası

Bu sistemde sigorta mahalli insanın hayatı olup, insan hayatına yönelik rizikolara karşı maddi teminat sunan uzun vadeli sigortalardır. Bu tür sigorta, mal sigortasından farklı bir sistemle çalışmaktadır. Mal sigortalarında sabit bir tazminat bedeli belirlenmemekle birlikte bu sigorta çeşidinde her bir risk için belirlenmiş tazminat miktarı söz konusudur. Bunun yanında sigorta yaptıran kişi birden çok sigorta şirketine sigorta yaptırabilmektedir.

Hayat sigortasında her bir defasında ödenecek prim bellidir. Ancak kişinin ne zaman öleceği bilinmediğinden toplamda ne kadar prim ödeyeceği belli değildir. Tazminat ödenmesi için ölümün gerçekleşmesi gerekir. Hayrettin Karaman'a göre bu da içinde ne olduğu bilinmeyen bir sandığın, belirli bir bedelle satılmasını caiz gören Hanefîlerin görüşüne uygundur. Zira buradaki bilinmezlik fazla olmasına rağmen, tarafların rızası nedeniyle akdin yapılmasına engel değildir.⁶⁸⁶ Çünkü satıcı, bir bedel karşılığında, bu malı satarak borçlanmıştır; müşteri de bunu kabûl etmiştir.⁶⁸⁷ Bu anlamda Hayrettin Karaman'ın ve Din İşleri Yüksek Kurulu'nun "yatırılan primlerin, İslam hukukuna uygun yerlerde değerlendirilmesi halinde caiz olduğuna" dair kararlarının isabetli olduğunu düşünüyoruz.

4.1.6.3.1.3. Bireysel Emeklilik Sigortası

Birikimli hayat sigortalarıyla benzerlik arz etmekte olan bu sistemde, katılımcıların en az 10 yıl kalma zorunluluğu şart koşulmakta, düzenli bir şekilde prim ödemektedirler. Ödenen bu primler şirketler tarafından değişik yerlerde değerlendirilmektedir. Bu genelde faizde değerlendirildiği için haramdır. Nitekim BES'e dâhil organizasyonlar katılımcılardan aldıkları primlerin %70'ini kamunun

⁶⁸⁵ Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 296, 297.

⁶⁸⁶ İbn Âbidin, *Reddül-Muhtâr*, IV, 529.

⁶⁸⁷ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/ekonomi/0204.htm> (19.08.2017).

piyasaya arz ettiği bono ve tahvillerde değerlendirmektedir.⁶⁸⁸ Ancak bu sistem tekâfûl sistemine dâhil edilirse faizde nemalandırılan sermaye üretim sistemine dâhil olacak ve ekonomiye katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla haramlık sebebi de ortadan kalkmış olacaktır.

4.1.7. İslam Hukuku Açısından Değerlendirme

İslam hukukçularının konu hakkındaki bazı görüşlerini, bazı ilmi toplantılarda ve kurullarda alınan kararları ele alacağız ayrıca bu akde cevaz verenlerin ve vermeyenlerin gerekçelerini tartıştıktan sonra bir değerlendirme yapacağız.

4.1.7.1. İbnî Âbidîn

Sigorta konusunu ele alan ilk fakih olan İbn Âbidîn'in görüşleri şöyle özetlenebilir: O, sigortayı uygulamadan hareketle tanımlamakta ve daru'l-harpte müslümanın gayri müslimin rızası dâhilinde parasını alabileceği yönündeki fetvadan hareketle, sigorta akdinin sigortalı müslüman sigortacı gayri müslim harbî arasında olması durumunda caiz olacağı aksi durumda caiz olmayacağı yönünde fetva vermektedir. Müslüman tüccar, malını dârü'l-harp vatandaşı bir gayri müslimin gemisi ile gönderip gayri müslime, navlun vermektedir, bunun yanında, dârü'l-harpte bulunan bir harbîye belirli bir ücret vermektedir, yanar, batar, soyulur ya da bir başka sebeple gemideki mal telef olursa, o harbînin, telef olan malın değerinin tamamını müslüman tüccara ödemesini “sigorta” olarak adlandırmakta ve bu durumun caiz olduğunu belirtmektedir. Bunun dışında harbînin, müste'men bir vekili sultanın izni ile İslâm ülkesinde oturmakta olup tüccar, sigorta sözleşmesini bu vekili ile yapıyorsa, sigorta parasını, tacirden, bu vekil olan gayrimüslim şahıs alıyorsa denizde, tacirin malından bir parça yok olduğunda, bu parçanın değerini tamamen bu vekil ödüyorsa, müslüman tacirin, yok olan malının değerini bu vekilden almasının caiz olmadığını ifade etmektedir. Ona göre bu para dârü'l-İslâm'da yapılan akit ile doğan ve İslâm hukukunun izin vermediği bir alacaktır.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular*, II, 410.

⁶⁸⁹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 282.

İbn Âbidîn, ücretli vedia akdini sigorta sözleşmesine kıyaslayarak sigortanın caiz olmayacağı kanaatine varır. Ona göre, emanetçiye belirli ücret verilmesi ve malın emanetçinin elinde helak olması durumunda malın tazmin edilmesi gerekir. Ancak sigortacıdan alınan para -emanetçiye verilen parayla aynı olmasına rağmen- malın teslim edilmesi yönüyle birbirinden farklıdır. Sigortacının aynı zamanda, geminin sahibi olması durumunda, ecîr-i müşterek olacağı ve malın elinde emanete dönüşeceğini, verilen sigorta parasının da, emanetçiye verilen para hükmünde olacağını belirtir.⁶⁹⁰

4.1.7.2. İslâm Fıkıh Akademisi

İKT'ye bağlı İFAM'da oturuma katılan İslam hukukunda söz sahibi kişiler tarafından "sigorta ve reasürans" hakkında şu kararlar alınmıştır:⁶⁹¹

1. Akdi geçersiz kılacak nispette garar (garar-ı müessir) içermesi nedeniyle sabit primli ticarî sigorta akdi, dinen haram bir işlemdir.
2. İslâm hukuku ilkelerine aykırı olmayan alternatif sigorta akdi ise, teberru ve karşılıklı yardımlaşma prensibine dayanan tekâfül sigortasıdır. Bu esasa dayalı reasürans yerine de, retakâfül akdi caiz olarak kabul edilmiştir.

4.1.7.3. I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi

29 Eylül 1996 tarihinde Konya'da gerçekleştirilen V. oturumda sigorta ve tekâfül ile ilgili tebliğler sunulmuş, müzakereler yapılmış ve bazı sorulara cevaplar aranmıştır. Bu müzakereler neticesinde, sonuç bildirisi yayınlanmıştır. Sonuç bildirisinde kurul ilke olarak; bir bütün halinde sigorta sisteminin dinen meşru ve lüzumlu bir akit olduğu hususunda görüş birliği içinde olmakla beraber, başta “*ticari hayat sigortası*” olmak üzere günümüz uygulamalarında karşılaşılan sigorta çeşitlerinde bazı unsurların düzeltilmesi gerektiği hususunu dile getirmiştir. Şimdiki haliyle hayat sigortası akdinin garar, kumar ve fâiz gibi akdin bâtil olmasına neden olan unsurlar taşıdığı ve bundan dolayı cevazına hükmedilemeyeceği, ancak akdi butlana taşıyan unsurların ortadan kaldırılması halinde akdin câiz hale gelebileceği fikri kurul

⁶⁹⁰ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 282.

⁶⁹¹ Miladi 22-28. 11. 1985, hicri 10-16 Rebiüssânî 1406 Cidde II. Dönem toplantısı.

üyelerinin çoğu tarafından kabul edilmiştir. İşsizliğin sosyal güvence sistemince teminat altına alınan bir riziko olduğu ve devletle alakalı bir sistem olması hasebiyle caiz olduğu ittifakla kabul edilmiştir. Yine heyet üyelerinin çoğu; işyeri, iş makinaları ve diğer kaza sigortalarının İslam'a daha uygun olanı oluşturuluncaya dek zarureten caiz olduğunu savunmuştur.⁶⁹²

4.1.7.4. Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu

Kurulun 07.04.2005 tarihli kararına göre:

1. Sosyal sigortalar (bütün vatandaşları sigortalayan kaza, hastalık, kimsesizlik vb. sigortalar), karşılıklı sigortalar (Emekli sandığı, bağ-kur ve sosyal sigortalar) ve ticari sigortaların (Kasko, sağlık, hırsızlık, nakliyat, deprem, ferdi kaza, yangın, sel vb. sigorta türlerinin) caiz olduğu,
2. Kâr payı sistemine dâhil olan; birikimli hayat sigortası ve bireysel emeklilik sistemine yatırılan primlerin İslam hukukunun cevaz verdiği teşebbüs ve işletmelerde değerlendirilmesi halinde caiz olduğu,
3. İslam hukuku tarafından men edilmiş alanlarda faaliyet gösteren sigortanın caiz olmadığı, hususunda karar aldığı görülür.

4.1.7.5. Sigorta Akdine Cevaz Vermeyenler ve Gerekçeleri

İslam hukukçularından bazısı, sigorta akdinin caiz olmadığını ifade etmişler ve görüşlerini şöyle dile getirmişlerdir:

1. *Sigorta bir tür kumardır.* Sigorta akdinde kumar veya haram kılınmış müşterek bahislerle müşterek bir yön bulunmaktadır. Tazminat bir kazançtır ve şansa bağlanmıştır, bazen tazminat alınır bazen alınmaz. Riziko gerçekleşirse tazminat alınacak, gerçekleşmezse alınmayacaktır.⁶⁹³

⁶⁹² Birinci Uluslararası İslâm Ticâret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Kombad Yayınları, 836-992.

⁶⁹³ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 645; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî ve edilletühü*, V, 3428; Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 372; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 226.

2. Mustafa Sabri Efendi (ö. 1954) de, kumar olduğu için sigorta akdinin caiz olmadığını ifade etmekte ve yardım sandıklarının sigortaya alternatif olabileceğini savunmaktadır.⁶⁹⁴
3. *Sigorta garar içeren bir akittir*: Sigorta akdi satım sözleşmesi gibi bedelli, bedelli yeni bir işlem türüdür. Sigorta primine karşılık tazminat alınmaktadır. Riziko gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, gerçekleştiğinde ne kadar tazminat ödeneceği belirsizdir. Belirsizliğin hâkim olduğu akitler garar içermektedir.⁶⁹⁵
4. *Sigorta faizli bir akittir*. Sigorta ettirenin yatırdığı sigorta primi ile sigortacının ödediği tazminatı ele aldığımızda, her iki bedelin de nakit cinsinden olduğunu görürüz. Sigorta primi ile tazminat arasında çok büyük farklar bulunduğu için oluşan bu fark faizdir. Yatırılan prim karşılığında, prime eşit miktarda nakit tazminat alındığında nesie ribası, fazla alındığında ise fazlalık ribası oluşmaktadır.⁶⁹⁶ Bunların dışında toplanan primler faizde kullanılmaktadır bu da haramlığın bir diğer sebebini teşkil etmektedir.⁶⁹⁷
5. *Haksız kazanç söz konudur*. Sigortacı tazminat ödemediği durumda primlere sahip olduğu için meşru nedene dayanmayan haksız kazanç vardır. Bu da karşılıksız bir kazanç olup batıl yolla mal elde etmektir.⁶⁹⁸
6. *Güven, mahalu'l-akd olamaz*. Bazı İslam hukukçuları sigorta akdinin konusunun güven satışının olduğunu söylemektedirler. Somut olmayan böyle bir satışın caiz olduğunu kabul etsek dahi, prim karşılığında alınan şey güven ise riziko neticesinde ödenen tazminat herhangi bir şeyin bedeli olmaktan çıkmaktadır.⁶⁹⁹
7. *Sigorta akdinde kazâ ve kadere karşı bir cür'et söz konusudur. Hasseten hayat sigortasında bu daha açık bir şekildedir*.⁷⁰⁰

⁶⁹⁴ Muhammed Ârif b. M. Vahîd bin Sâlih Cüveycâtî, “İslâm’da Sigorta ve Fâiz Hakkında Bir Risâle”, trc. Ekrem Buğra Ekinci, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, IV(1-2), Erzincan 2000, sayfa: 597-615.

⁶⁹⁵ Darîr, *el-Garar ve eserühü*, 647; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslamî ve edilletühü*, V, 3428; Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 370; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 234; Ahmet Tabakoğlu, *İslam ve Ekonomik Hayat*, İstanbul 1987, 129.

⁶⁹⁶ Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslamî ve edilletühü*, V, 3428; Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye*, 370; İbn Sinyân, *et-Te'mîn*, 216.

⁶⁹⁷ Zerkâ- Neccâr, *İslam Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta*, 213.

⁶⁹⁸ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/helalharam/0225.htm>(26.08.2015).

⁶⁹⁹ M. Ahmed ez-Zerkâ, *Nizâmu't-te'mîn, hakikatühü ve'r-re'yu's-şer'i fih*, Beyrut 1984, 95, 96.

⁷⁰⁰ Zerkâ-Neccâr, 206, 207.

4.1.7.6. Sigorta Akdine Cevaz Verenler ve Gerekçeleri

Sigorta akdinin her çeşidiyle caiz olduğunu söyleyen âlimler arasında Muhammed Yusuf Musa, Ali el-Hafif, Abdulvehhâb Hallaf, Muhammed el-Behî, Tevfik Ali Vehbe, M. Ahmed ez-Zerka, Ahmet Taha es-Senûsî ve Subhi es-Salih de bulunmaktadır.⁷⁰¹ Delilleri ise şu şekildedir:

1. *Sigorta akdi sui generis bir akittir.* İslam hukukunda akit serbestisi ilkesi hâkim olup akitlerde asıl olan mübahlıktır. Bu akdi yasaklayan herhangi bir nas bulunmamaktadır. İslam hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayan, bir haramı çiğnemeyen, kamuya ve genel ahlak ilkelerine uygun sözleşmeler akit serbestisi içerisinde telakki edilir.

Sigorta, sui generis bir akittir; İslam'da akit serbestisi kuralı gereği yeni akitler geliştirmek ve inşa etmek caizdir, sigorta da isimli akitlerden farklıdır. Bey' bi'l-vefâ, yeni akitler geliştirmenin câiz olduğu hususunda İslâm hukuk tarihinden alınmış bir örnektir.

2. *Sigorta akdi İslam hukukunun klasik dönemdeki bazı akitlerle benzerlik göstermektedir.* Zerka, sigorta sistemini âkile sistemine benzetmektedir. Ona göre, akilede zorunlu bir şekilde diyet ödettiriliyorken bu sistemde kişi kendi iradesiyle riski yüklenmektedir.⁷⁰² Velâ akdi, vâ'd, kasâme, damânu hatari't-tarîk, bekçilik akdi, âkile sistemi vb. akitler, İslam hukukunda meşru kabul edilen akitler olup makasid-ı şeria bakımından sigorta akdiyle örtüşmekte olan sözleşmelerdir.

3. *Gararın teberru akitlerinde olması onu müessir olmaktan çıkarmaktadır.* Sigorta sözleşmesi de bir teberru akdidir. Dolayısıyla akitteki garar ve cehaletin varlığı akde zarar vermeyecektir.

⁷⁰¹ Zerkâ-Neccâr, 191, 192; Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular*, II, 396; Tevfik Ali Vehbe, *Çağdaş Hukukta ve İslam Hukukunda Sigorta*, çev. Servet Armağan, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 10, 85-101, 1973.

⁷⁰² Zerka, M. Ahmet, *Nizâmü 't-Te'min Hakikatühü ve-er-Ra'yüş-Şer'iyyi fihi*, Beyrut 1984, 60-92.

4.1.8. Sigorta Akdinin Riziko Açısından Değerlendirilmesi

1870 yılında Osmanlıda Beyoğlu'nda çıkan yangın neticesinde sigortanın câiz olduğuna dair ilk olarak şeyhülislâmlık makamından bir fetva alındığı bilinmektedir.⁷⁰³ Bu fetva metin olarak yayınlanmadığı ve yeri bilinmediği halde hayat sigortası ile ilgili verilmiş iki fetvanın metni bilinmektedir.

Sigorta sisteminde garar olduğu aşîkârdır. Ancak İslam hukukunda yasaklanan garar; müessir garardır. Bu da daha önce ele alındığı üzere, bir tarafın haksız kazanç sağlamak suretiyle, diğer tarafı da zarara uğratmayı şansa bağlayan, anlaşmazlığa sebep olan garardır. Ödenen primlerden dolayı ortaya çıkan garar ise akde zarar vermeyecek türdendir. Anlaşmazlığa yol açacak herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir.

Sigorta işleminin kumara benzediği yönler bulunmakla birlikte onun ile kumar arasında amaç farklılığı vardır. Sigortada her iki taraf da zararın oluşmaması için çaba gösterirken, kumarda her iki taraf karşı tarafı zarar ettirmeye çalışır. Sigorta karşılıklı yardımı hedeflerken, kumar ise zararı hedefleyen karşı tarafı mali yönden bitirmeyi hedef edinen bir şans oyunudur. Sigortada sigorta ettiren verdiği primleri aldığı güvenceye karşılık rahatlıkla gözünden çıkarmaktadır. Zira ileride oluşabilecek riskten dolayı uğrayacağı zararın tazmin edileceğini bilmesi dolayısıyla bu alınan prime rıza göstermektedir. Oysa kumarda böyle bir rıza mevcut değildir.

İslam hukukunun akitte faiz illeti olarak nitelendirdiği illet, bedeller arasında mevcut değildir. Bunun dışında sigorta primlerinin faizli işlemlerde kullanılması ayrıca ele alınmalıdır. Sigorta akdinin meşruluğu ile bu sisteme sonradan dâhil edilen harici işlemlerin meşru olup olmaması birbirinden farklıdır. Sigorta akdinde rıza ile güven satışı olduğu için haksız kazanç yoktur.

İslam hukukunun klasik dönemdeki bazı akitlerinde benzer düzenlemeler söz konusudur. Bu akitlerde güven satın almak için harcamada bulunmanın caiz olduğuna dair deliller bulunmaktadır. Bekçilik akdi bunlardan olup bu akitte, güven karşılığı ücret ödenmektedir. Sigorta akdinde de durum bekçilik sözleşmesinin benzeri bir durum arz

⁷⁰³ Murat Baskıcı, “Osmanlı Anadoluşunda Sigorta Piyasası: 1860-1918”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-4, 31; Abdurrahman Kılıç, *Büyük Beyoğlu Yangını*, www.yangin.org/dosyalar/buyuk-beyoglu-yangini.pdf. (19.08.2017).

etmektedir; sigorta ettiren muhtemel riziko karşısında oluşacak zararlardan kendini muhafaza etmek adına malından bir kısmını prim adı altında vermektedir.

Sigorta, risk konusu olan şey gerçekleştiğinde oluşacak zararların tazmin edileceği şeklindeki taahhütten ibarettir. Sigorta, sigortalı ferdin tek başına altından kalkamayacağı bu zararları, kollektif hale getirerek topluma yaymaktadır. Bu sayede zarurât-ı hamseden biri olan malın korunması prensibi işletilmiş olmaktadır.

Bütün hukukların olduğu gibi İslam hukukunun da hedefi; birbirleriyle yardımlaşan, huzurlu bir toplum meydana getirmektir. Hem sosyal sigortaların, hem de ticari sigortaların nihai gayesi riziko nedeniyle oluşacak zararların tesirini ortadan kaldırmak yahut zararı asgariye indirmektir. Âkile ve kasamede, büyük meblağlar muayyen prensiplere bağlı kalınarak tazmin edilme ve riski üleştirme suretiyle bireyin yükünün hafifletilmesi, birlik- beraberlik ve toplumsal yardımlaşmanın tesisi hedeflenmektedir. Yine İslam hukukunun benimsediği muvâlât, yol tehlikesi garanti ve damânu'd-derek akitlerinde de aynı durum söz konusudur.

Tüm bu söylediklerimizden hareketle günümüzdeki fakihlerin, İslam hukuk düşüncesine aykırılık teşkil etmeyen bu sisteme alternatif olabilecek sigortalar geliştirmek zorunda oldukları bedihidir. Tekâfül veya yardımlaşma esasına göre çalışan sigortaların meşruiyeti konusunda günümüz fakihleri arasında ittifak söz konusudur. Günümüz toplumunda ortaya çıkan rizikolar ile İslam hukukunun ilk dönemlerinde güvence altına alınan riskler aynıdır. Netice itibariyle, kullanılan terimler değişiklik gösterse de İslam hukukunun temel prensibi olan adalet ilkesi gereği yardımlaşma Kur'an ve sünnet referanslıdır.⁷⁰⁴ Bunun için İslâm hukuku akit sistematiği ve akitlerde gözetilen maslahatlar dikkate alınarak, sosyal kurumlar geliştirmenin hem daha sağlam hem de uzun süreli olacağı söylenebilir.

İslam hukuku açısından (sui generis) yeni ve kendine özgü bir özelliği olan sigorta akdi, İslam hukukunun genel ilkelerine uygun olup, İslam'ın genel ahlak ilkelerine aykırılığı olmadığından akit serbestisi içerisinde telakki edilmelidir. Her ne kadar ticari işletmeler tarafından yürütülse de, sigorta akdi toplum hayatını düzenleme ve riziko

⁷⁰⁴ Hadi Sağlam, "İslâm Hukuk Tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumları ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teknikleri", [http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDSL%C2M%20HUKUK%20%20TAR%DDH%DDNDE%20SOSYAL%20G%DCVENL%DDK%20KURUMLARI%20VE%20SOSYAL%20YARDIMLA%DEMA%20VE%20DAYANI%DEMA%20TEKN%DDKLER%DD&kimlik=1242645203&url=makaleler/hsaglam-2.htm\(02.12.2016\)](http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDSL%C2M%20HUKUK%20%20TAR%DDH%DDNDE%20SOSYAL%20G%DCVENL%DDK%20KURUMLARI%20VE%20SOSYAL%20YARDIMLA%DEMA%20VE%20DAYANI%DEMA%20TEKN%DDKLER%DD&kimlik=1242645203&url=makaleler/hsaglam-2.htm(02.12.2016))

neticesinde meydana gelen mağduriyetleri giderme özelliği bakımından kamu mahiyetli bir akitir. Buna göre sigorta akdi, İslâm dinindeki gayeye uygunluk arz etmektedir. Bundan dolayı sigorta akdi makasidü's-şeria, mürsel maslahat, örf ve zaruret gibi gerekçelerle caizdir.

4.2. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA VE ÖMÜR BOYU GELİR AKİTLERİ

4.2.1. Ölünceye Kadar Bakma Akdi

Bu akit, İslam hukuku açısından yeni bir akit olma özelliği taşımaktadır. Klasik fıkıh literatüründe mevcut olmamakla birlikte, çağdaş çalışmalarda her yönüyle ele alınmamıştır. Ölünceye kadar bakma akdi doktrinde; “bir malvarlığı ediminin devredilmesi mukabilinde bir şahsa vefat edene kadar bakmayı iktiza eden sonucu talihe ve tesadüfe bağlanan akit” niteliğinde bir tanım önerisi yapılmıştır.⁷⁰⁵ Türk Borçlar Kanununda ise; “*Bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği akitir.*”⁷⁰⁶ Zevkliler ise; “*bir taraf, diğerine yasadığı müddetçe bakmayı, bakılan kişi de kendisine bakan şahsa bir mülkiyet devretmeyi üstlenmektedir. Ölünceye kadar bakma akdi, iki tarafı da borç yükü altına sokan bir akitir.*” ifadesini kullanmaktadır.⁷⁰⁷

4.2.1.1. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Unsurları

Bakım borçlusu ile bakım alacaklısı arasında meydana gelen sığa, akdin unsuru olmaktadır. Bakım borçlusu, bakılacak olan şahsa bakıp, gözetmeyi ve ihtiyaçlarını gidermeyi borçlanan kişidir. Akdin yüklediği bakma ve gözetme görevini gerçek kişiler yapabildiği gibi tüzel kişilikler de yerine getirilebilmektedir. Bunun için bakım borçlusunun gerçek kişi olması şart değildir.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ Yavuz-Acar-Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 813.

⁷⁰⁶ TBK, md. 611.

⁷⁰⁷ “*Ölünceye kadar bakma akdi yapmak isteyenlerden, bakılacak olan şahıs: “Malikî bulunduğum taşınmaz mallarımla,’dan oluşan taşınır mallarımı ölünceye kadar bakma kaydıyla’ya temlik ettim” şeklinde imza atarken diğer taraf (bakacak olan taraf): “Ben de bakılacak kimse olan’ya ölünceye kadar bakıp gözetmeyi kabul ediyorum.” şeklinde akdi onaylamak suretiyle akit kurulur.*

⁷⁰⁸ Yavuz-Acar-Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 828.

Bakım alacaklısı kişi, kendisine bakılması karşılığında malvarlığının hepsini ya da malvarlığından bir kısmı devretmeyi borçlanan kişi olmaktadır.⁷⁰⁹ Bakım alacaklısı, akit gereğince kendisine bakılacak olan şahıs olduğu için gerçek kişi olması gerekmektedir.

4.2.1.2. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Geçerlilik Şartları

4.2.1.2.1. Akdin Konusu

Bakım alacaklısı olan şahsın ihtiyaçlarını giderme, ona bakma ve gözetme akdin konusunu oluşturmaktadır. Bakım borçlusunu olan şahıs, bakım alacaklısı olan kişiye uygun gıda ve barınma yeri sağlamak, hastalandığı takdirde ona özenle bakmak ve onu tedavi ettirmek mecburiyetindedir. Bunun karşılığında da, bakım alacaklısı bakım borçlusuna malvarlığının tamamını veya bir kısmını devretmekle mükellef tutulmaktadır.

4.2.1.2.2. Bakım Borçlusunda ve Alacaklısında Bulunması Gereken Şartlar

Bakım borçlusunun gerçek veya tüzel kişi olması gerekmektedir. Nitekim akdin gereği bakım hizmeti, gerçek kişiler tarafından eda edilebildiği gibi tüzel kişiler tarafından da yerine getirilebilir. Bakım borçlusunun gerçek kişi olması durumunda reşit olması, eda ehliyetinin de tam olması gerekmektedir.⁷¹⁰

Bakım alacaklısı şahsın gerçek kişi olması gerekmektedir. Alelâde ölünceye kadar bakma akdini; kişi hacr altında değilse ve eda ehliyetini haiz ise bizatihi, mümeyyiz küçük veya hacr altına alınmış ise, veli veya vasilerinin rızası ile yapabilir. Reşit olmamış (mümeyyiz-gayri mümeyyiz) küçükler ve hacr altında olanlar bakım alacaklısı şeklinde miras hukukuna tabi ölünceye kadar bakma akdi imzalayamazlar.⁷¹¹ TBK'da da bu durum bu şekilde düzenleme altına alınmıştır.⁷¹²

⁷⁰⁹ TBK, md. 611; Yavuz-Acar-Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 813.

⁷¹⁰ Daha ayrıntılı bilgi için tezimizin akitler kısmına müracaat ediniz. bk. s. 29-50.

⁷¹¹ Ayrıntılı bilgi için tezimizin akitler kısmına müracaat ediniz. bk. s. 29-50.

⁷¹² MK, md. 503; miras sözleşmesi inşa edebilmek için şahsın tam ehliyetli, yani ayırt etme gücüne sahip ve baliğ olması ve de hacr altında olmaması gerekmektedir.

4.2.1.3. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Özellikleri

Ölünceye kadar bakma akdinin özellikleri şu şekilde sıralanabilir;

4.2.1.3.1. Karşılıklı Bir Akit Olması

Bu akit her iki taraf için borç yükümlülüğü getiren bedelli bir akittir. TBK'nun. 611. maddesinde bu şekilde düzenleme yapılmıştır. Akdi imzalayan her iki tarafın borçlanmış oldukları edimler arasında, kâmil anlamda mütekabiliyet ve tabiiyet söz konusudur.⁷¹³

4.2.1.3.2. Rızai-Şekli Bir Akit Olması

Ölünceye kadar bakma akdinin inşa edilebilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine mutabık irade beyanında bulunması gerekmektedir. İslam hukuk doktrinindeki, “ayni akitler” diye ifade edilen; karz, ariyet, vedia, hibe ve rehin gibi akitlerin inşa edilmeleri halinde bile, akde konu olan şeyin kabz edilmesi gerçekleşmedikçe akdin tamamlanmamış olması bir şekil şartı olarak kabul edilmekle birlikte, İslam hukukunda kural olarak akitlerde rızailik esastır. Bu akit de bir yönüyle hibe bir yönüyle karz akdine benzemektedir.

Pozitif hukukta bu akdin kurulabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için, bakım borçlusunu şahıs ile bakım alacaklısı şahsın irade beyanlarının birbirine ve kanunun istediği şekil şartlarına uygun olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.⁷¹⁴

4.2.1.3.3. Sürekli Borç Doğuran Bir Akit Olması

Herhangi bir borç ilişkisinde asli edim yükümlülüklerinden sadece biri bile sürekli edimi gerektirmekteyse, o borç ilişkisi sürekli borç doğuran bir akit özelliği taşıyor demektir. Bu ilişkide borçlu sanki bütün zamanını ifaya ayırmaktadır.⁷¹⁵ Eğer bakım

⁷¹³ Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 813; Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548; Eren, 194.

⁷¹⁴ TBK, md. 612; I. Fıkra: “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasının içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz.” II. Fıkra: “Sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir.” şeklindedir.

⁷¹⁵ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 11.

borcu bakım alacaklısının hayatı boyunca yerine getirilemeyecek olsa ortada bir sözleşme de mevcut olmayacaktır.⁷¹⁶

4.2.1.3.4. Rizikolu Bir Akit Olması

Bu akitte bakım borçlusunu olan şahsın borcunun kapsamı ve akdin ne kadar süreyle devam edeceği öngörülemediğinden kesin bir müddet tayin edilememektedir. Çünkü bakım alacaklısının ne kadar yaşayacağı ve bu zaman diliminde ne tür ihtiyaçlarının meydana geleceği belirlenememektedir. Bu özellik sözleşmenin rizikolu bir akit olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.

4.2.1.4. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Çeşitleri

Ölünceye kadar bakma akdinin borçlar hukuku ve miras hukukuna ait olan şeklinde iki çeşidi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda bu iki türü ifade etmek için ayrı terimler kullanılmamış, ancak bu iki türe ayrı ayrı düzenlemeler de yapılmamıştır. Sadece EBK'nın 511. (TBK'nın 611.) maddesinde, borçlu olan şahsın, alacaklı kimse tarafından mirasçı olarak atanması hususunda, bu akit hakkında miras sözleşmesi hükümlerinin tatbik edileceği belirtilmiştir.⁷¹⁷

4.2.1.4.1. Borçlar Hukuku Özellikli Ölünceye Kadar Bakma Akdi (Alelâde)

Bu akitte müteakideynin taahhüt ettiği bedel, bakım alacaklısı olan şahıs hayattayken karşılıklı olarak ifayı gerektiren, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Burada bakım alacaklısı taraf sağlığında malvarlığının tamamını ya da malvarlığından bazı değerleri devretmeyi borçlanmakta, bakım borçlusunu olan taraf da buna karşılık olarak diğer tarafa bakıp, ihtiyaçlarını gidermeyi borçlanmaktadır. Buradan hareketle bakım alacaklısı hayattayken hüküm doğurmak üzere akit

⁷¹⁶ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548.

⁷¹⁷ Kenan Tunçomağ, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, Ankara 1959, s. 28; Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548; Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 814; Ömer Şansal Erkam, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", *Mali Hukuk Dergisi*, sy. 20, 1989, 30-35, 30.

düzenlenmiş ve bakım alacaklısının edimi ölüme bağlanmamışsa borçlar hukuku özellikli ölünceye kadar bakma akdi düzenlenmiş olacaktır.⁷¹⁸

Alelâde ölünceye kadar bakma akdinde, bakım ve gözetim görevlerinin karşılığı olarak sözleşmede üzerinde anlaşılmış olan malvarlığını, bakım borçlusu daha hayatta iken elde etmektedir. Ancak bakım borçlusu kişi, haklarını teminat altına almak amacıyla yasal ipotek hakkını haizdir.⁷¹⁹

Bu akitte her iki tarafın hak ve mesuliyetleri ve akdin sona ermesi gibi durumlar Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olmaktadır. Borçlar kanununda, bu akdin ancak miras sözleşmesi olarak yapılması durumunda geçerli olabileceği biçiminde düzenleme yapılmıştır.⁷²⁰ Bu nedenle alelâde ölünceye kadar bakma sözleşmesinin inşası esnasında miras hukuku geçerli olacaktır.⁷²¹ Bunun dışındaki hususlar TBK hükümlerine tabi olacaktır.⁷²²

4.2.1.4.2. Miras Hukukuna Tabi Ölünceye Kadar Bakma Akdi

Miras hukukuna tabi bakma akdi TBK'nın 611. maddesi gereğince, bakılacak olan şahıs ile bakacak olan kişi arasında bir miras akdi yapmak suretiyle, bakmakla mükellef tutulacak şahsın mirasçı olarak tayin edilmesi veya bu şahsa malvarlığının bir kısmının vasiyet edilmesiyle kurulmuş olur. Yani bakım alacaklısı kişi, kendisine yaşadığı müddetçe bakmasına karşılık, bakım borçlusu şahsa, ölümüne bağlı bir işlemle borcunu ifa ediyorsa, miras hukukuna tabi ölünceye kadar bakma akdi imzalanmış olur.⁷²³ Bakacak şahıs, bakılacak kişiyi mirasçı olarak tayin etmeden muayyen bir mal vasiyetinde bulunsa yahut onun için mirastan vazgeçse, alacak hakkı doğduğu ve bir borç ilişkisi meydana geldiği için bu akit kurulmuş olmaktadır.⁷²⁴

Bakım borçlusunun edimini ölüme bağlı işlemle ifa ettiği bakma akitlerinde, MK'nın miras akdine dair hükümleri uygulanır. Bakım alacaklısı, bakım borçlusunu

⁷¹⁸ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548; Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 814.

⁷¹⁹ TBK, md. 613.

⁷²⁰ TBK, md. 612, EBK, md 512.

⁷²¹ MK, md. 532-545.

⁷²² TBK, md. 611-619.

⁷²³ Tunçomağ, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, 28; Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 814; Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548.

⁷²⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/ Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, II, 715.

mirasçı olarak belirlemiş veya ona bir miktar mülkiyeti vasiyet etmiş ise, hayattayken bir taahhüt altına girmemiş olacaktır. Bakım borçlusu ise, hayatta olduğu müddetçe karşı tarafa bakıp, onu gözetme borcu altına girer.⁷²⁵

4.2.1.5. Ölünceye Kadar Bakma Akdinin Sona Ermesi

TBK'nın genel bölümünde düzenlenen, akitlerin sona ermesine dair hükümler çerçevesinde akde son verilebileceği gibi, TBK'nın iptali ve sona erdirilmesi ile ilgili 615-619. maddelerinde ve MK'nın 546-548. maddelerinde düzenleme altına alınan bu akde dair özel sona erme hükümlerine binaen de sona erdirilmektedir. İki tarafın akit gereğince edimleri arasında mühim derecede nispetsizlik olduğu ve daha çok kazanan tarafın, kendisine teberruda bulunulduğunu kanıtlayamadığı takdirde, altı ay evvel bildirmek koşuluyla her zaman feshedebilir.⁷²⁶ Ayrıca akde aykırı davranılması veya benzer diğer önemli sebepler nedeniyle her iki taraf feshi isteyebilir.⁷²⁷ Bunun haricinde bakım borçlusunun ölmesi halinde bakım borçlusu bir sene zarfı içerisinde akdin sona erdirilmesini isteyebilmektedir.⁷²⁸

4.2.2. Ömür Boyu Gelir Akdi (Kaydı Hayat ile İrat)

Gelir borçlusu olan şahsı gelir alacaklısı kişiye, yaşadığı müddetçe belirli aralıklarla edimlerde bulunmayı mükellefiyet haline getiren rizikolu bir akittir.⁷²⁹ TBK'da, "gelir borçlusu olan kişinin gelir alacaklısı olan şahsa ikisinden birinin yahut diğer bir üçüncü şahsın hayatı boyunca muayyen devrelerde edimlerde bulunmayı taahhüt ettiği akit" şeklinde nitelendirilerek, sadece akdin taraflarının hayatına değil aynı zamanda tarafların dışındaki şahısların hayatına bağlanabileceği düzenleme altına alınmıştır.⁷³⁰ Ömür boyu gelir akdi, bedelli olabileceği gibi, herhangi bir bedel

⁷²⁵ Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 548, 549; Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 814,815.

⁷²⁶ TBK, md. 616.

⁷²⁷ TBK, md. 617.

⁷²⁸ TBK, md. 618.

⁷²⁹ Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 809.

⁷³⁰ TBK, md. 607/I.

olmaksızın yalnızca gelir borçlusu olan şahsın edimde bulunması şeklinde de yapılabilir.⁷³¹

4.2.2.1. Ömür Boyu Gelir Akdinin Unsurları

Bu akdın rüknü, gelir borçlusu olan şahıs ile gelir alacaklısı kişi arasında meydana gelen icab ve kabul şeklindeki sığadır.

Gelir alacaklısı kişiye, yaşadığı müddetçe belirli dönemlerde edimlerde bulunmayı üstlenen kişidir. Bu dönemler sözleşmede belirlenmemiş ise, her altı ayda bir peşin olarak ödenmesi gerekmektedir.⁷³²

Gelir alacaklısı, akdın bedelli olması halinde gelir borçlusuna karşı edimde bulunması karşılığında gelire müstehak olan, bedelsiz olması halinde ise herhangi bir edim yükümlülüğü altına girmeksizin yalnızca kendisine tahsis edilen şahıstır. Gelir alacaklısı kişi sözleşmede aksine hükümler bulunmadığı müddetçe alacağını bir başkasına devredebilmektedir.⁷³³

4.2.2.2. Ömür Boyu Gelir Akdinin Özellikleri

Ömür boyu gelir akdinin özellikleri şu şekilde sıralanabilir;

4.2.2.2.1. Rizikolu Bir Akit Olması

Gelir borçlusu olan kişinin gelir alacaklısı olan şahsa ikisinden birinin yahut diğer bir üçüncü şahsın hayatı boyunca muayyen devrelerde edimlerde bulunmayı taahhüt ettiği akit olarak tanımlanan bu akdın tarafların veya onların dışındaki başka bir şahsın hayatına bağlanılarak akdın inşa edilmesi nedeniyle, sonucu talih ve tesadüfe bağlı akitlerin içerisinde yer aldığı görülmektedir.

4.2.2.2.2. Sürekli Borç Doğuran Bir Akit Olması

Daha önce belirttiğimiz gibi, herhangi bir borç ilişkisinde asli edim yükümlülüklerinden sadece biri bile sürekli edimi gerektirmekteyse, o borç ilişkisi

⁷³¹ Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 811; Hatemi-Serozan-Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 547.

⁷³² Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 811.

⁷³³ TBK, md. 610.

sürekli borç doğuran bir akit özelliği taşıyor demektir. Bu ilişkide borçlu sanki bütün zamanını ifaya ayırmaktadır.⁷³⁴

4.2.2.2.3. Rızai-Şekli Bir Akit Olması

Ömür boyu gelir akdinin yapılabilmesi için, iki tarafın karşılıklı olarak ayrıca birbirine mutabık irade beyanında bulunması gerekmektedir. Ayrıca TBK 608. maddesinde yazılı şekilde yapılmadığı müddetçe geçerli olmayacağı düzenlemesi mevcuttur.

4.2.2.3. Ömür Boyu Gelir ve Ölünceye Kadar Bakma Akitlerinin Riziko Açısından Değerlendirmesi

Klasik fıkıh kültürümüzde bu türde sözleşmeler mevcut değildir. Ancak günümüzde İslam ülkelerinde de bu tür sözleşmeler düzenleme altına alınmıştır. Arap ülkelerinde ihtimalli akitler veya gararlı sözleşmeler başlığı altında ömür boyu gelir sözleşmesine yer verildiği müşahade edilmektedir. Bu sözleşmenin tıpkı TBK’da yer aldığı gibi hem bedelli hem de bedelsiz olarak kanunlaştırılmış olduğu mülahaza edilmektedir. Her iki akitte de bakım borçlusu olan şahsın borcunun kapsamı ve akdin ne kadar süreyle devam edeceği bilinmediği kesin bir müddet tayin edilememektedir. Çünkü bakılmaya muhtaç olan şahsın ne kadar yaşayacağı ve bu zaman diliminde ne tür ihtiyaçlarının meydana geleceği bilinmemektedir. Meydana gelen bu cehalet ve belirsizlik durumu sözleşmenin rizikolu bir akit olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.

Günümüz İslam hukukçularından Darîr, ömür boyu gelir sözleşmesinin garar akitlerinden olduğunu dile getirmekle beraber, bu akdin bedelli-bedelsiz olması nazarı dikkate alınarak bedelli veya teberru akitlerinden olacağına hükmedileceğine dikkat çekmektedir. Bu akdin bedelsiz olan şekli, teberruat akdi olarak nitelendirildiğinden dolayı garar içermesinin akdin geçerliliğine halel getirmeyeceği fikrini savunmuştur. Bu durumda bu akdin, İslam hukukunda mevcut bulunan umrâ akdine benzediğini söyleyerek hibe hükümlerinin geçerli olacağını dile getirmiştir. Yine akdin teberru

⁷³⁴ TBK, md. 607/III; EBK’da md. 507’de Alacaklının hayatı süresiyle kayıtlı olarak kurulmuş sayılır şeklinde düzenlenme yer almaktaydı.

olması halinde vasiyet şeklinde gerçekleştirilmesini de caiz gördüğü anlaşılmaktadır. Ancak Darîr, bedelli olması halinde ömür boyu gelir sözleşmesinin caiz olmadığını, bakım alacaklısı olan şahsın evini vs. diğer mallarını kiralama veya ticarete değerlendirmek suretiyle gelir elde ederek kendine bakacak birilerini kiralayabileceğini dile getirir. Ayrıca bu tür bir sözleşmeye hacet olmadığını söyler.

Sigorta akdi hakkında dile getirdikleri göz önünde bulundurulduğunda, Dârîr'in bu akde de cevaz vermesi beklenmektedir. Sigorta akdinden ayrı bir değerlendirme yoluna gitmek suretiyle bedelli akitler arasına alıp ayrıca bu akde hacet olmadığını söyleyerek caiz görmemesi, kendi usulü açısından tenakuz içermektedir. Kanaatimizce toplumda bu akdin kurulmasına ihtiyaç vardır. Her ne kadar garar içerse de akit tarafların rızasıyla kurulmaktadır. Ayrıca kimsesi olmayan insanların bakıma muhtaç olduklarında sefalet içinde yaşadıklarını görmekteyiz. Hatta bu insanların ölmesinin üzerinden aylar geçtikten sonra fark edildikleri göz önünde bulundurulmalıdır. İslam hukuku toplumdaki bütün bireyleri koruma altına almayı ve özellikle de muhtaç olan insanların bu düşkünlüklerini ortadan kaldırmayı hedefleyen bir hukuktur. Nitekim İslam hukukunda bilinmeyen bir mala dahi kefil olunabilmesi ile muhtaç ve zor durumda olan şahsın borcunun ödenmesi neticesinde daha müreffeh bireyler oluşturulması hedeflenmektedir. Benzer durumun ölünceye kadar bakma akdi için de söylenmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. Ancak şunları da eklememiz gerekmektedir: Ölünceye kadar bakma akdi; miras hukuku içerikli olarak vasiyet edilmesi veya mirasçı nasb edilmesi şeklinde akdedilerek İslam hukukunun genel ilkelerine uygun bir akit ortaya konulmalıdır. Bu da şu şekilde gerçekleştirilebilir: Bakım alacaklısı şahsın mirastan faydalanabilecek akrabaları varsa vasiyetin veya mirasçı olarak nasb edilecek kişinin mirastan alacağı payın terekenin üçte birini geçmesinin önüne geçilmelidir. Mirastan faydalanabilecek kimsesi yoksa Hanefî mezhebinin de, miras hukukuyla alakalı olarak “kimsesi olmayan kişinin tüm malını vasiyet edeceği” şeklindeki fetva çerçevesinde ele alınarak⁷³⁵ kişinin mirasçı olarak tüm terekesinden faydalanmasına izin verilmeli, hatta çift yönlü toplumsal yardımlaşma içerdiği için teşvik edilmelidir.

⁷³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 42.

4.3. TEMİNAT MEKTUBU

Modern hukuk doktrinde tanımlar, banka teminat mektuplarının tümünde bulunan ortak özellikler göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.

Taşpolat teminat mektubunu şu şekilde tanımlar; “ *Bankanın muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini, muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgedir.*”⁷³⁶

İslam hukuku açısından ise; Arapçada “hitâbud-damân” olarak nitelendirilen teminat mektubu; “bankanın, müşterisi olan şahsa kefil olma adına karşı tarafa (üçüncü tarafa) belirlenmiş bir meblağın kendi güvencesi altında olduğunu bildirdiği yazılı belgedir.”⁷³⁷ Bir başka tanım da; “iş yapan bir şahsın belirli bir zaman zarfı içerisinde üstlendiği mesuliyetini ifa etmediği zaman bankanın, bu müşterisinin muhatapı olan kişiye/kişiliğe bir kısım ödemeyi yapacağına dair taahhütte bulunmasıdır.”⁷³⁸ Mülâhaza edilirse İslam hukukçuları ile modern hukukçuların tanımı arasında pek bir fark bulunmamaktadır. Bunun da temelinde İslam hukukunun teorik bir hukuk oluşu yatmaktadır. Çünkü bu tür akitler yeni akitler olduğu ve İslam hukuku, uygulaması bulunmayan bir hukuk haline geldiği için beşeri hukuk uygulamaları üzerinden değerlendirmeler yapmak zorunluluğu bulunmaktadır.

Ticari faaliyette bulunan insanlar mal satarken, hizmet sunarken yahut bir üretimde bulunurken, bu yürüttükleri faaliyetlerin karşılığında aldıkları bedeli, peşin veya vadeli olarak alabilirler. Alacaklının borçluyu tam anlamıyla tanımaması veya

⁷³⁶ Ali Taşpolat, *Banka Garantileri*, İstanbul 1989, 21. Tekinalp; “ *Banka teminat mektupları ile banka, müşterisinin istemi üzerine müşterisiyle herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vukuu halinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir.*” (Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, c. I, İstanbul 1988, 372.) Akyazan: “*borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen mektuptur*” (Sıtkı Akyazan, “Banka Teminat Mektupları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt V, Sayı 1, Şubat 1969, 16).

⁷³⁷ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye'l-muâsıra*, 641; Ali Muhyiddin el-Karadâğî, “et-Temvîl ve Sûku evrâki'l-mâliyye fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 229-256.

⁷³⁸ Vehbe ez-Zuhaylî, “et-Temvîl ve Sûku evrâki'l-mâliyye” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 272-310.

borçlunun ticari ahlakı hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması durumlarında, alacağını koruma altına alma ve zararını ortadan kaldırma adına bir takım rehin, kefalet vb. teminatlar talep edebilir. Teminat mektupları da, bu ihtiyaçlar nedeniyle ticaret erbabı tarafından keşfedilmiş bir faaliyet türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Teminat mektubunun aslı itibariyle, klasik İslam hukuku eserlerinde olmadığı ve yeni bir akit olduğu, aynı zamanda daha önce ele aldığımız ücretle kefalet konusuyla yakından alakalı bir işlem olduğu bedihidir.

Fıkıh kitaplarında ortaya konan hükümler o günün şartları dikkate alınarak incelenmiştir. Geçmiş dönemlere bakılarak bir hukuki işlemin aynısıymış gibi hüküm vermek sağlıklı bir karar vermeye engel olacaktır. Bunun için akit sistematığı içerisinde genel prensipler merkeze alınarak karşımıza çıkan yeni akitleri incelemek gerekir. Günümüzde karşımıza çıkan teminat mektubu, kefalet konusuyla alakalı olsa da farklı yönleri olan yeni bir akittir. Nitekim Kur'an ve sünnete bakıldığında birbirine benzeyen olaylara farklı hükümler verildiğini görebiliyoruz. Müçtehit imamların özelde de Hanefî fakihlerin zaman ve şartların değişmesi halinde aynı olaya örf ve adet kaynaklı olduğu takdirde farklı hükümlerin verilebileceğini söyledikleri görülür.⁷³⁹ İçeriğinde olan ayırt edici özellikleri sebebiyle kendisi için kıyastan ayrı tutulmak suretiyle istihsanen hususi hükümler verilmiş bir takım konulara Kur'an ve sünnette örnekler mevcuttur. Kura'n-ı Kerimde geçen istihšana, ramazan ayında her akıllı ve baliğ Müslümanın oruç tutması farz kılınmış ancak orucu tutamayacak derecede hasta veya yolculuk yapanların bu ay içerisinde tutamadıkları orucu kaza etmek suretiyle oruç tutmayabileceği hükmü örnek olarak verilebilir.⁷⁴⁰ Sünnette istihšana en iyi verilebilecek örnek ise kıyasın hilafına meşru olarak kabul edilen selemdir.⁷⁴¹

Birbirine benzer yönleri olan olayların birbirinden farklı hükmü aldıkları verdiğimiz örneklerden açıkça anlaşılmaktadır. Buradan hareketle teminat mektubu birçok açıdan kefaletle benzetmekle birlikte ayrı yönleri bulunan yeni bir akit olduğu görülecektir. Daha önce kefalet akdi konusunda verdiğimiz bilgiler ışığında konuya baktığımız takdirde yapılan kefalet karşılığında ücretin talep edilmemesinin sebebi bu akdin hayır ve iyilik adına yapılıyor olma özelliğinden kaynaklandığı anlaşılır. Oysa

⁷³⁹ Mecelle, md. 39. "Ezmanın tağayyürü ile âhkâmın tağayyürü inkâr olunamaz." Ayrıntı için bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 48.

⁷⁴⁰ Aktan, "Borsa, Teminat Mektubu, Leasing", 210.

⁷⁴¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 184, 185.

teminat mektubu akdinde iyilik yapma ve hayırdan öte çok büyük miktarlarda ticari borçlanmalar söz konusudur. Bundan dolayı İslamın ilk dönemlerinde tamamen zaruri ihtiyaçları karşılama adına yapılan kefalet akdi ile teminat mektubu karşılaştırıldığında teminat mektubunun sadece iyilik yapma ve hayır kaygısıyla yapılamayacağı aşikârdır. Bunun dışında teminat mektubu bir yönüyle de vekâlet akdine benzemektedir. Vekâlet akdinde ise yapılan masraflar için ücret almak ittifakla caizdir.

4.3.1. Teminat Mektubu Akdinin Unsurları

İcab ve kabul akdin rükünlerini oluşturmakta olup, taraflardan sadır olduğu daha önce dile getirilmişti. Taahhütte bulunan taraf, madmûnun-anh ve muhatap, teminat mektubunun taraflarını oluşturmaktadır.

4.3.1.1. Taahhütte Bulunan Taraf (Tekeffül Eden)

Teminat mektubunu veren taraf “dâmmân veya dâmin”; (garanti veren, tekeffül eden)” olarak adlandırılmaktadır.⁷⁴² Teminat mektuplarını çoğunlukla bankalar verdiği halde; Yargıtay’ın vermiş olduğu değişik kararlardan; başka kişi veya kişiliklerin de teminat mektubu düzenleyebilecekleri mülahaza edilebilmektedir.⁷⁴³

4.3.1.2. Madmûnun-anh (Lehdar)

Belirli bir zaman zarfı içerisinde üstlendiği mesuliyeti üzerine alan ve kendi adına üçüncü şahıslara karşı teminat verilen şahıstır. Bir başka ifadeyle belirlenmiş bir meblağın karşı tarafa ödenmediği takdirde tekeffül eden tarafın müşterisi olan ve namına taahhütte bulunulan kişi veya kişiliktir.⁷⁴⁴

⁷⁴² Ali Muhyiddin el-Karadâğî, “*et-Temvîl ve Sûku evrâki'l-mâliyye fi 'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye*” 234.

⁷⁴³ Seza Reisoğlu, “*Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*” Bankacılar Dergisi, Sayı 43, 2002, 94-100, 95.

⁷⁴⁴ Karadâğî, “*et-Temvîl*”, 234; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 318; Halil Günenç, “Faiz, Finans ve Borsa ile İlgili Bazı Meseleler”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 257-271, 258.

4.3.1.3. Madmunun-leh(Muhatap)

İş üstlenen kişinin zamanında ve yerinde ödeme yapmadığı takdirde kendisi lehine taahhütte bulunulana tekeffül edenin ödeme yapacağını taahhüt ettiği üçüncü taraftır. Bu tarafa müstefid de denmektedir.⁷⁴⁵

4.3.2. Teminat Mektubu Akdinin Özellikleri

4.3.2.1. Teminat ve Tazminat Akdi Olması

Banka veya tekeffül eden, madmunun-anhin borcunu ifa etmemesinden dolayı zararı tazmin etmeyi taahhüt etmektedir. Banka veya tekeffül eden kefalet sözleşmesindeki kefilin karşılığıdır. Teminat mektubu verilmesinin, alacaklıyı güvence altına almaktan ibaret olan bir tek nedeni bulunmaktadır.⁷⁴⁶

4.3.2.2. Rizikolu Bir Akit Olması

Banka, lehdarın borcu ödememesinden dolayı doğabilecek rizikoyu üstlendiğini taahhüt etmektedir. Bu akitle lehtarın sözleşmede kayıt altına alınan ve muhatap için iktisadi açıdan faydalı bir olayın tahakkuk etmemesi nedeniyle meydana gelen riskler sözkonusu olmakta ve bu riskler güvence altına alınmaktadır. Ama teminat altına alınan rizikonun sınırları taraflarca muayyen hale getirilmelidir. Belirsizliğin garantisi olmayacağından, sınırları çizilmemiş, belirlenmemiş rizikoların tek bir teminat mektubu akdi ile düzenlenmesi mümkün değildir.⁷⁴⁷

4.3.2.3. Bedelsiz Bir Akit Olması

Pozitif hukuk ilkelerine göre teminat mektubunda garanti veren kurum, rizikoyu bir bedel karşılığında yüklenmemektedir. Çünkü akdi düzenleyen bankanın, komisyonu akit yaptığı kişiden değil de lehine mektup düzenlenen şahıstan talep etmesinden dolayı, bu bedel olarak kabul edilmemektedir.⁷⁴⁸ İslam hukukuna göre bu akit bedelli bir

⁷⁴⁵ Karadâğî, “*et-Temvîl*”, 234; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 319.

⁷⁴⁶ Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayıncılık, 3.bası, Ankara 2005, 39.

⁷⁴⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 40-41.

⁷⁴⁸ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 44.

akittir. Ancak bankada karşılığı olması durumunda akitte vekâlet söz konusu olmaktadır. Nitekim İslam hukukuna göre vekâletten de ücret alınabilmektedir.

4.3.2.4. Bağlayıcı Bir Akit Olması

Teminat mektubu, tıpkı kefalet akdinde olduğu gibi lehine taahhütte bulunulan taraf açısından gayr-ı lazım, ancak tekeffülde bulunan taraf için bağlayıcı bir akit olmaktadır.

4.3.3. Teminat Mektubu Akdinin Çeşitleri

İslam hukukçuları teminat mektuplarını kullanılma gayesine veya verilme şekillerine bağlı olarak incelemişlerdir. Mesela; Vehbe ez-Zuhaylî buna bağlı olarak teminat mektubunu ibtidaî ve nihâî ile muğatta (kapalı) ve mekşûf (açık) olmak üzere dört başlık altında incelemektedir.⁷⁴⁹ Biz de bu taksime riayet edeceğiz.

4.3.3.1. Bankada Karşılığı Olması Açısından

Bankada karşılığı olması açısından teminat mektuplarını; kapalı teminat mektubu (muğatta) ve açık teminat mektubu (mekşuf) olmak üzere iki başlık altında incelememiz mümkündür. Teminat mektubunun şer'i hükmü bankada karşılığı olup olmamasına göre belirlenmektedir.

4.3.3.1.1. Kapalı Teminat Mektubu (Muğatta)

Güvence isteyen lehdarın bankada belirli bir tutarı veya bu bankada cari bir hesabı bulunmaktadır. Banka da bu tutar veya hesaba bağlı olarak teminat vermektedir.⁷⁵⁰ Bu teminat mektubu şekli vekâletle örtüşmektedir.

4.3.3.1.2. Açık Teminat Mektubu (Mekşuf)

Güvence isteyen lehdarın bankada belirli bir tutarı veya bu bankada cari bir hesabı bulunmamaktadır. Banka yardımlaşma ve karşılığı olmayan gayri nakdi kredi vermek

⁷⁴⁹ Zuhaylî, “*et-Temvîl ve Sûku evrâki 'l-mâliyye*”, 274.

⁷⁵⁰ Zuhaylî, “*et-Temvîl ve Sûku evrâki 'l-mâliyye*”, 276; *el-Fıkhü 'l-İslamî*, V, 3759, 3760.

gayesiyle bu anlaşmayı imzalamaktadır.⁷⁵¹ Bu teminat mektubu şekli kefaletle örtüşmektedir.

4.3.3.2. Verilme Şekli Açısından

Verilme şekli açısından teminat mektuplarını ibtidai ve nihai teminat mektubu şeklinde ele alacağız.

4.3.3.2.1. İbtidâî Teminat Mektubu (Geçici Teminat Mektubu)

Resmi kurum veya kuruluşların yaptığı ihale mahiyetinde olan açık arttırma yahut eksiltme vb. işlemleri gerçekleştirebilmek adına, ihalelere giren kişi/kişiliklerin yasal güvence biçiminde yatırmak mecburiyetinde oldukları muvakkat teminata ibtidai teminat mektubu denmektedir.⁷⁵²

4.3.3.2.2. Nihâî Teminat Mektubu (Kesin Teminat Mektubu)

Nihâî teminat mektubu, lehtarın (ihaleye girecek olan kişi/kişiliğin) kurum lehine anlaşmada belirlenen mesuliyetini ifa edeceğini garanti etme biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁷⁵³ Bu teminat mektuplarında hedeflenen şey; lehtarın, muhataba asıl akitte mevcut bulunan edimini zamanında ve gereğince ifa etmemesi riskine karşı teminat sağlamaktır. Lehtar, mesuliyetini zamanında tamamen yahut kısmen ifa etmezse bankanın tazmin borcu doğacaktır.⁷⁵⁴ İslam hukukçularının yapmış oldukları tanım da bunun benzeri olmaktadır.⁷⁵⁵

4.3.4. Teminat Mektubu Akdinin İslam Hukuku ve Riziko Açısından Değerlendirilmesi

Kefalet karşılığında ücret alınamayacağı cumhur fukaha tarafından kabul edilmektedir. Bu konuyu daha önce kefalet konusu altında incelemiştik. Ancak vekâlet

⁷⁵¹ Zuhaylî, “et-Temvîl ve Sûku evrâki’l-mâliyye”, 276; *el-Fıkhü’l-İslamî*, V, 3759, 3760.

⁷⁵² Zuhaylî, “et-Temvîl ve Sûku evrâki’l-mâliyye”, 276; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 323; Bekr Ebû Zeyd, *Hitâbu’d-damân*, <http://www.saaaid.net/book/open.php?cat=83&book=4418>(11.08.2015)

⁷⁵³ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, 144.

⁷⁵⁴ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 62.

⁷⁵⁵ Zuhaylî, “et-Temvîl ve Sûku evrâki’l-mâliyye”, 275.

akdi teberru nitelikli bir akit olmadığı için ücret alınması hususunda hiçbir sakınca görülmemektedir.

Günümüz İslam hukukçularından bazılarının bu konu hakkında ortaya koymuş olduğu bazı düşüncelere değinecek olursak;

Karadağî; teminat mektubunun tam kapsamlı olduğunda kefalet akdi olduğunu ve bu akit karşılığında ücret almanın caiz olmadığını belirtmektedir. Ancak onay alma ve ihracat yapma adına bilfiil harcamaların meydana geldiği durumlarda bu işlemlerin vekâlet olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla bu işlemler karşılığında ücret almanın caiz olacağı yönünde görüşlerini ortaya koymaktadır.⁷⁵⁶

Zuhaylî; tamamen veya kısmen bankada karşılığı olması halinde bu kurumun teminat mektubu için ücret almasının caiz olabileceği kanaatini serdetmektedir. Bu görüşünü de teminat mektubunu vekâlet akdine kıyas yaparak temellendirmektedir. Mekşuf olan teminat mektubunun sırf bankada karşılığı olmaması nedeniyle verilecek güvence itibariyle ücret alınmasını caiz görmemektedir. O açık teminat mektubunu karz akdine benzetmekte ve karşılıksız bir fazlalık meydana geldiğinden dolayı alınan ücretin faiz olacağını savunmaktadır. Yine o, sadece güvence verme adına verilen teminat mektubu karşılığında, masrafların haricinde herhangi bir ücretin alınmasına da cevaz vermemektedir.⁷⁵⁷

Sâlûs; bankada karşılığı olması durumunda teminat mektubunu vekâlet akdine kıyas yaparak bu işlem için ücret almasının caiz olabileceği fikrini dile getirmektedir. Yine o, açık teminat mektubu karşılığında, yapılan masraflar hariç herhangi bir ücretin alınmasına da cevaz vermemektedir.⁷⁵⁸

Darîr de bu konuyla ilgili olarak fıkıh kitaplarında, kefalet karşılığında bir bedel almanın caiz olmadığına ve bu işlem dolayısıyla kefaletin batıl olacağı hükmünün yer aldığını söyledikten sonra, kurumların verdiği teminat mektubu karşılığında faiz veya faiz şüphesi taşıması nedeniyle bir bedel almanın caiz olmayacağını savunmuştur.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Karadâğî, “et-Temvîl”, 234.

⁷⁵⁷ Zuhaylî, “et-Temvîl”, 276, 277.

⁷⁵⁸ Sâlûs, *el-Mevsûatü Kadâya'l-fikhîyye'l-muâsıra*, 644, 645.

⁷⁵⁹ Sıddîk Muhammedü'l-emîn ed-Darîr, “Hitâbâtü'd-damân fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye”, *Mecelletü'l-mişkât*; <http://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL06512.pdf>

Abdulhalim Ömer ise; teminat mektubunu açık veya kapalı olmasına bakılmaksızın vekâlet olarak değerlendiren görüşün, teminat mektubunun caiz olduğunu dile getirdiğini, bu görüşün handikabının ise bankanın karşılığı bulunan teminat mektubunun bankadaki karşılığını kullandığı gerçeğinin göz ardı edildiğini söylemektedir. Bunun haricinde bu akdin kefalet akdi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu kefalet mukabilinde ücretin caiz olabileceğini savunmaktadır. O, direkt masrafların hesaplanabilir masraflar olarak düşünülebileceğini, bunun dışında bankanın dolaylı masraflarının da olduğunu, bu masrafların ince bir hesapla dahi hesaplanmasının zor bir işlem olduğunu vurgulamaktadır. Netice itibariyle dolaylı-dolaysız tüm masrafların komisyon sayılması gerektiğini dile getirmektedir.⁷⁶⁰

Mısırî, teminat mektubunu karz akdine benzetmekte ve karşılıksız bir fazlalık meydana geldiğinden dolayı alınan ücretin haram kılınmış fazlalık olacağını savunmaktadır. Yine o, sadece güvence verme adına verilen teminat mektubu karşılığında, masraflar için ücretin alınmasına cevaz vermektedir.⁷⁶¹

Karaman da teminat mektubuna tekeffül eden kurumun aldığı bedel cihetiyle şu hükmü vermiştir: Teminat mektubu karşılığında ödenen ücret faiz olmamakta, verilen hizmet karşılığında alınan ücret olmaktadır. Fıkıh kaynaklarında kefalet nedeniyle bedel almanın caiz olmayacağı hükmüne yer verildiğini, ancak teminat mektubunun, bireyler arasında cerayan eden kefaletle örtüşmeyeceğini dile getirdikten sonra bu işlemi gerçekleştiren kurumların giderlerinin olduğunu söylemektedir. Mesela bu işlem yapılırken personel istihdam edilmesi ve cihazlardan faydalanılması nedeniyle fertler arasındaki kefalette kefilin bir bedel karşılığında bu işi yapması caiz değilse bile bu işlemde çok farklı olan teminat mektubu karşılığında ücret alınması kendisinin de aralarında olduğu günümüzdeki birçok fakih tarafından caiz görüldüğünü dile getirmektedir.⁷⁶²

Döndüren teminat mektubunu ihtiyaç ve zaruretlere cihetiyle değerlendirmekte ve bu günkü şartlarda yalnızca sevap beklmek ümidiyle büyük miktarlara kefalet edecek birinin bulunamayacağını ifade etmektedir. Ayrıca İslamın ilk devirlerinde imamet ve müezzinlik benzeri taata taalluk eden hizmetlerin bir ücret mukabilinde yapılmayacağı

⁷⁶⁰ Muhammed Abdulhalim Ömer, “et-Ta’lîk ‘ala bahsi’l-Üstâz Vehbe ez-Zuhaylî” “celsetüt-Temvîl”, 351-354.

⁷⁶¹ Mısırî, *Fikhu mu’amelâti’l-mâliyye*, 283-285.

⁷⁶² <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00124.htm> (10.11.2016)

hükme medar olmuşken, zamanın değişmesiyle beraber bu vazifeleri bedelsiz yerine getirecek kimseler olmayınca din ve toplum yararı söz konusu olduğu için ve hizmetin yapılmaması durumunda meydana gelecek zararların önlenmesi adına müteahhirun Hanefî fukahasının bu konuda bedel alınması hususunda fetva verdiklerini dile getirip teminat mektupları ile alakalı olarak şu sonuca varmıştır: Ona göre kefalet bir nevi ibadet olduğundan dolayı, teminat mektubu nedeniyle alınacak olan masraf ve komisyonları da diğer taatlerden dolayı alınan bedele kıyas etmek gerekir. Müslümanın teminat mektubu istenen işlere girmemesi, sorunu ortadan kaldırmamaktadır. Buradan hareketle Müslümandan teminat mektubu istenir de bu iş dolayısıyla kişi bu işlemi yapmak mecburiyetinde olursa, bu kişinin ücret mukabilinde kefalet işlemi gerçekleştirmiş olacağını söylemektedir.⁷⁶³

Aktan; teminat mektubunu ücretle kefalet bağlamında değerlendirmekte ve ücretli kefaletin caiz olduğu kanaatini ortaya koyduktan sonra, milyarlarca lirayı aşan hacimlerde gerçekleşen ticaret sonucunda alınan teminat mektuplarının hayır ve yardımlaşma esprisinde değerlendirilemeyeceğini söylemektedir. Bazı İslam hukukçularının zaruret veya ihtiyaç nedeniyle kefaletin ücretli bir şekilde yapılabileceğini ileri sürmesini doğru bulmamakta, klasik kefalete binaen verilecek hükmün doğru bir hüküm olmadığını dile getirmekte ve istihsana binaen teminat mektubunun caiz olması gerektiğini vurgulamaktadır.⁷⁶⁴

Ali Bakkal da ücretli kefalet adlı makalesinde; klasik görüşlere ve günümüz İslam hukukçularının görüşlerine yer verip akabinde her görüşe itiraz mahiyetinde gerekçe sunduktan sonra, ücretle kefaletin ayrı bir işlem olduğunu ifade ederek caiz olabileceği görüşünü savunmuştur.⁷⁶⁵

İslam Konferansı Teşkilatı İslam Fıkıh Akademisi, karz karşılığında ücret alınmasına kıyas ederek ücretli kefaletin caiz olmayacağı, ancak kefalette ödenen masrafların karşılanması için ücret alınabileceği yönünde karar almıştır.

İslam Fıkıh Akademisi, 22-28 Aralık 1985 tarihinde ikinci toplantısında şu kararlara yer vermiştir:

⁷⁶³ Hamdi Döndüren, *Kur'ân ve Sünnet'e Göre Güncel Fıkî Meseleler*, Işık Yayınları, İstanbul, 2011, 282.

⁷⁶⁴ Aktan, "Borsa, Teminat Mektubu, Leasing", 222, 223.

⁷⁶⁵ Bakkal, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, 1-42.

1. Açık teminat mektubu veya kapalı teminat mektubu karşılığında ücret almak caiz değildir.
2. Ancak teminat mektubu için harcanan masrafları tahsil etmek için alınan ücret caiz olmaktadır.⁷⁶⁶

Teminat mektuplarının kefalet ve vekâlet akitleriyle benzerlik arz etmesine rağmen yeni bir akit olduğu ve kendine özgü kuralları olduğu ifade edilmişti. Elbette yeni bir akit olduğundan, kefalet ve vekâlet akdine kıyas yapılmayacağı, onlardaki benzerliklerden yola çıkılarak bu akitlerde şariin hedeflediği gayelerin dikkate alınmayacağı manası çıkmamaktadır. Aksine on dört asırlık fıkıh geleneği olan bir medeniyetin kullandığı akitleri incelemeyen ve nihai hedeflerine vakıf olmadan verilen kararlar elbette isabetli olmayacaktır. Bununla birlikte, İslam hukukunun temel prensipleri göz önünde bulundurularak akit serbestisi bağlamında karşımıza çıkan yeni akitler, fikhî miras içerisinde değerlendirilmeli ve günümüz koşulları da ihmal edilmeden toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hükümler verilmelidir. Biz de kapalı teminat mektubunun yeni bir akit olmakla birlikte birçok yönden vekâlet akdine benzediği ve kıyaslanması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Fakat açık teminat mektubunun kefalet akdine kıyas edilmesinin doğru olmayacağını düşünmekteyiz. Nitekim açık teminat mektubunun sui generis bir akit özelliği taşıdığı ve milyonlarca doları aşan teminatlar verildiği gerçeği göz önünde bulundurularak hüküm verilmesi gerektiğine inanmaktayız. Çünkü günümüz koşulları dikkate alındığında, bu büyük çaplı işlemlerin, karz-ı hasen veya sadece hayır amacıyla yapılan kefaletle eş değer tutulamayacağı bedihidir. Tüm bunlara binaen yeri geldiğinde milyonlarca dolarlık yapılan bu işlemleri hiçbir kurumun kendini güvence altına almadan yapmayacağı gerçeği düşünüldüğü ve bu akdin yeni bir akit olması da hesaba katıldığı takdirde bu akdin karşılığında ücret alınabileceği kanaatine sahip olmaktayız. Söylediklerimize ek olarak şunları da ifade etmemiz gerekir: Teminat veren kurum borcun ödememesinden dolayı oluşacak rizikoyu üstlenmektedir. Bu akitle lehtarın sözleşmede yer alan ve muhatabın beklentisinin gerçekleşmemesi nedeniyle oluşan rizikolar teminat altına alınmaktadır. Ancak en çok dikkat edilmesi gereken konulardan biri de teminat altına alınan rizikonun sınırlarının hem garanti veren kurum hemde lehtar tarafından

⁷⁶⁶ İslam Konferansı Teşkilatı İslam Fıkıh Akademisi II. Toplantısı, 22-28 Aralık 1985 kararları.

belirlenmesi hususudur. Belirsizliğin garantisi olmayacağından, sınırları çizilmemiş, belirlenmemiş rizikoların teminat mektubu akdi ile düzenlenmesi caiz değildir.

4.5. FOREX AKDİ

Forex, İngilizce “döviz-yabancı para değişimi” manasındaki “foreign exchange” sözcüklerinin kısaltılmasıyla oluşturulmuş bir kelimedir.⁷⁶⁷ Türkçeye döviz alışverişi olarak da çevrilmektedir. Terim olarak; “muayyen bir para biriminin farklı bir para biriminin karşısında kıymet kazanıp-kaybetmesine bağlı olarak iki yönlü işlem tesis etme imkânı veren piyasa” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁶⁸ Kısaca, bir ülke parasının karşılığında başka bir ülkenin parasının alınıp satıldığı piyasadır.⁷⁶⁹ Değişik döviz çiftlerinin alım ve satım işlemlerini gerçekleştiren bireylerden oluşan ve bütün işlemlerin tezgahüstü yapıldığı bir piyasadır.⁷⁷⁰ İslam hukuku açısından bakıldığında genel olarak sarf akdinin benzeri özellikler taşıdığı göze çarpmakla beraber kaldıraç⁷⁷¹ sisteminin mevcudiyeti, bir tarafın kazanan diğer tarafın kaybeden olma özelliğine endeksli çalışma sistemi vb. yönleriyle farklılıklar arz etmektedir.

Forex piyasasında ağırlıklı olarak döviz işlemleri yapılır ve döviz bürosu çalışma prensiplerine uygun bir tarzda işleyiş gösterir.⁷⁷² Foreks piyasasında döviz işlemleri dışında; petrol, altın, gümüş, platinyum, paladyum, bakır, doğalgaz gibi kıymetli madenler, dünya borsalarına ait endeksler ve mısır, buğday, kakao, şeker gibi birçok

⁷⁶⁷ Cihat Çatalcalı, “Forex İşlemleri ile Forex Piyasaları”, *Dayanışma Dergisi*, sy. 108 yıl: 2010, 48-51,s. 49.

⁷⁶⁸ Çatalcalı, “Forex İşlemleri ile Forex Piyasaları”, *Dayanışma Dergisi*, 48; <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf>(30.07.2015); [http://destekmenkul.com/forex-nedir\(31.07.2015\);](http://destekmenkul.com/forex-nedir(31.07.2015);) [http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/\(31.07.2015\);](http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/(31.07.2015);) [http://www.integralmenkul.com.tr/Forex-Forex_Nedir\(31.07.2015\);](http://www.integralmenkul.com.tr/Forex-Forex_Nedir(31.07.2015);) [http://www.paritem.com/forex/forex-nedir.aspx\(31.07.2015\);](http://www.paritem.com/forex/forex-nedir.aspx(31.07.2015);) [http://www.ziraatfx.com.tr/foreks-piyasasi/foreks-islemi-nasil-yapilir.aspx\(31.07.2015\).](http://www.ziraatfx.com.tr/foreks-piyasasi/foreks-islemi-nasil-yapilir.aspx(31.07.2015).)

⁷⁶⁹ Hamdi Döndüren, “Faiz Yasağı ve Finansman Sağlama Yöntemleri” *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 204-256, 238.

⁷⁷⁰ Mehmet Cihangir-Yeşim Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science Doi number: http://dx.doi.org/10.9761/JASSS2527* Number: 28 , p. 537-557, Autumn II 2014, 537-557, 538.

⁷⁷¹ Kaldıraç; Elde bulunan sermayenin kat kat üstünde finansal muameleler yapılmasına yardımcı olan sistemin adıdır.

⁷⁷² Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 539.

emtiada değişik enstrümanlar istihdam edilerek birçok muamele yapılabilir. ⁷⁷³ Bunların dışında bu piyasalarda uluslararası borsa endeksleri üzerinde de çift yönlü muameleler de yapılabilir. Foreks piyasasının %70'lik işlem hacmini, majör olarak tabir edilen İsviçre Frankı, Japon Yeni, İngiliz Sterlini, Dolar ve Euro gibi dövizler meydana getirmektedir. ⁷⁷⁴

Forex piyasalarının en belirgin özelliği, bir ülkeden diğer ülkeye değişiklik arz eden, her ülkenin kendi hukuki mevzuatına bağlı olarak, kendi sermaye piyasaları denetleyicilerine göre yüzdelik oranı belirlenen ve denetlenen kaldıraç faktörünü kullanmalarıdır. Türkiye’de Forex piyasalarının denetimi 2011 yılının Ağustos ayından itibaren SPK tarafından yapılmakta ve muayyen hale getirilmiş bir hukuki mevzuat çerçevesinde düzenlenmektedir. Belirlenen söz konusu hukuki mevzuata göre Türkiye’de kullanılabilecek olan kaldıraç, en çok 1/100 olarak belirlenmiştir. ⁷⁷⁵

Dünyanın değişik ülkelerinde bu piyasanın ticari merkezleri bulunmakla birlikte genel ya da statik bir merkez bulunmamaktadır. Bu merkezler; Hong Kong, Singapur, Tokyo, Frankfurt, New York, Paris ve Londra’dır. Bu piyasalardaki muamelelerin; banka, kurum ve bireysel yatırımcı arasındaki elektronik şebeke aracılığıyla yürütülmesi ve yukarıda adını saydığımız dünyanın herhangi bir ticaret merkezinde borsaların ve piyasaların daima aktif halde bulunması sebebiyle, bütün yatırımcılar 5 gün boyunca 24 saat kesintisiz bir şekilde işlem yapabilmektedir. ⁷⁷⁶

⁷⁷³ [http://destekmenkul.com/forex-nedir\(31.07.2015\);](http://destekmenkul.com/forex-nedir(31.07.2015);) [http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/\(31.07.2015\);](http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/(31.07.2015);) [http://www.paritem.com/forex/forex-nedir.aspx\(31.07.2015\).](http://www.paritem.com/forex/forex-nedir.aspx(31.07.2015).)

⁷⁷⁴ Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 539, 543; [http://destekmenkul.com/forex-nedir\(31.07.2015\);](http://destekmenkul.com/forex-nedir(31.07.2015);) [http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/\(31.07.2015\).](http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/(31.07.2015).)

⁷⁷⁵ 6111 sayılı kanun; <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf> (11.08.2017); [https://www.integralmenkul.com.tr/PDF/egitim_kiti_web.pdf\(11.08.2017\).](https://www.integralmenkul.com.tr/PDF/egitim_kiti_web.pdf(11.08.2017).)

⁷⁷⁶ Tarkan Özhan, *Borsa ve Piyasalar Anatomisi*, e-kitap Projesi, İstanbul 2015 [https://books.google.com.tr/books?id=Pz9QCwAAQBAJ&pg=PT43&lpq=PT43&dq=Forex+Piyasas%C4%B1:+Uluslararası%C4%B1+D%C3%B6viz+Piyasalar%C4%B1+da+%C4%B0+internet+%C3%9Czerinden+%C4%B0%C5%9Flem.&source=bl&ots=MsAPXSquc&sig=sisand7uCPFV0UmOVxLuy9MgqI&hl=tr&sa=X&ved=0ahUKEwajNahy8_VAhXGwBQKHZv0ArA4ChDoAQheMAc#v=onepage&q&f=false.\(11.08.2017\);](https://books.google.com.tr/books?id=Pz9QCwAAQBAJ&pg=PT43&lpq=PT43&dq=Forex+Piyasas%C4%B1:+Uluslararası%C4%B1+D%C3%B6viz+Piyasalar%C4%B1+da+%C4%B0+internet+%C3%9Czerinden+%C4%B0%C5%9Flem.&source=bl&ots=MsAPXSquc&sig=sisand7uCPFV0UmOVxLuy9MgqI&hl=tr&sa=X&ved=0ahUKEwajNahy8_VAhXGwBQKHZv0ArA4ChDoAQheMAc#v=onepage&q&f=false.(11.08.2017);) [http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf\(30.07.2015\);](http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf(30.07.2015);) [http://destekmenkul.com/forex-nedir\(31.07.2015\).](http://destekmenkul.com/forex-nedir(31.07.2015).)

4.5.1. Forex ve Sarf Akdi

Kur'an ve sünette meşrû kazancın nasıl elde edilebileceğine yönelik temel prensipler mevcuttur. Müctehit imamlar sözkonusu meşru kazancın kapsamına giren faaliyetlerin ayrıntılarıyla ilgili sistematik geliştirmiştir. Daha evvel de değinildiği gibi bu konuda akit hakkında meydana gelen cehalet, garar, faiz gibi hususlarla ilgili detaylı izahlar yapılmıştır. Sarf akdi klasik literatürde satım akdi başlığı altında ele alınmamıştır. Bunun nedeni sarf akdinde satım akdinden farklı olarak her iki bedelin araya vade girmeksizin aynı anda teslim edilmesidir. Zira her iki bedelin semeniyet vasfı taşıması ribâyâ bulaşmayı kolaylaştırır. İşte bu nedenlerden dolayı akdin yapılmasında dikkat edilmesi gereken kurallar ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.⁷⁷⁷ Bu kurallar merkeze alınarak forex ve türev işlemler incelenirse daha sağlıklı bir değerlendirme yapılacağı kanaatini taşıyoruz.

Kur'an ve nebevi sünnete dayandırılarak müctehit imamlar sarf akdi ve ilgili şartları şu şekilde belirlemişlerdir:

1. Her iki bedelin para olması veya para hükmünde değerlendiriliyor olması,⁷⁷⁸
2. Bedeller aynı cinsten olursa eşit miktarda (mislen bi mislin) olması gerekmektedir.⁷⁷⁹ Zira alışveriş faizi ile ilgili hadislerde altın, gümüş, buğday, arpa tuz ve hurmanın kendi cinsleriyle yapılan değişim işlemlerinde eşit ve peşin olması gerektiği açıkça emredilmiştir.⁷⁸⁰
3. Her iki bedelin aynı anda (yeden bi yedin) kabzedilmesi gerekir. İslam Hukukunda, malın malla mübadelesi niteliğinde olan sarfta sadece bedellerden birinin,⁷⁸¹ selem ve normal satım akdinde ise her iki bedelin de vadeli olması yasaktır. Sarf akdinde bedelin vadeli olması durumunda Hanefîler akdin fasit, diğer mezhepler ise batıl olduğunu söylemişlerdir.⁷⁸²

⁷⁷⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 215; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 41; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 258; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 334.

⁷⁷⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 215; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 41; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 258; Aybakan, "Sarf", *DİA*, XXXVI, 139.

⁷⁷⁹ Müslim, "Müsâkat", 82; İbn Kudâme Ebû'l Ferec, *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 165; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 24; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, IV, 244.

⁷⁸⁰ Buhârî, "Büyû", 77; Müslim, "Müsâkat", 15; Tirmizî, "Büyû", 23, 24.

⁷⁸¹ Buhârî, "Büyû", 78; Müslim, "Müsâkat", 81, 83; Tirmizî, "Büyû", 24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 369; Buhârî, *Keşşâfü'l-Kinâ'*, III, 266.

⁷⁸² Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 3; Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, V, 146, 147; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 151; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 112, 113.

Günümüzde bankalarla yapılan işlemlerde sarf akdinin işleyişi ve hükmü öncelikli olarak ele alınmalıdır. Çünkü sarf işleminde her iki bedelin de peşin olması ve kabz edilmesi şartının mevcut olduğunu dile getirmiştik. Bu piyasalardaki muameleler; banka ve bireysel yatırımcı arasında elektronik şebeke aracılığıyla yürütüldüğü için yatırılan teminatın zimmette kabul edilmesi veya kabzın gerçekleşip gerçekleşmediği konusu üzerinde durmamız gerekmektedir. Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüştekiler banka ve diğer kurumlar aracılığıyla yapılan döviz alım-satımını zimmetteki para şeklinde vasfetmişlerdir. Dolayısıyla bey'u'd-deyn biddeyn söz konusu değildir.⁷⁸³ Delil olarak Peygamber Efendimizin İbn Ömer'e para biriminin o günkü kıymetinin baz alınması şartıyla zimmette sabit bulunan bedelin başka bir para karşılığında verilmesinde sakınca olmadığını bildiren hadisi gösterilmektedir.⁷⁸⁴

İkinci görüşe göre bankalar yoluyla yapılan işlemlerde paranın bir hesaptan başka hesaba aktarılması hükmen kabz mesabesinde kabul edilmektedir.⁷⁸⁵ Kanaatimizce de banka parası zimmette olan bir para olup havale, EFT,⁷⁸⁶ döviz alma-satma işlemleri ile yapılan ödemede hükmen kabz gerçekleştirilmiş olur. Dolayısıyla kişi kaldıraçta bir katsayısını kullanarak ve kısa pozisyon alarak, sadece ödediği kur farkı üzerinden fazladan ücret ödemesinde bulunması durumunda döviz zimmette olan para şeklinde değerlendirilip hükmi kabz işlemi gerçekleştirecektir. Nitekim her iki bedelin peşin olması nedeniyle yapılan işlem sarf akdi kurallarına uygun yapılmış olacaktır. Zira İslamî Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetim Kuruluşu vb. fetva heyetleri döviz ticaretinde sarf akdi kurallarına uygun davranıldığı takdirde caiz olacağı yönünde karar vermiştir.⁷⁸⁷

⁷⁸³ Abdullah Abdurrahim Abbadi, *Mevkifü's-Şerîa mine'l-Masârifi'l-İslâmiyyeti'l-'Asriyye*, Beyrut 1981, 332; Abdullah Durmuş, *Fıkhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, İstanbul 2014, 38.

⁷⁸⁴ "كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم..... لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء" Ebû Davûd, "Büyu", 14; Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 315.

⁷⁸⁵ Durmuş, *Fıkhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, 38,39.

⁷⁸⁶ EFT, ödemenin yapılacağı bankadan diğer bankadaki hesap sahibine veya şirkete gönderilen paradır. <http://www.akbank.com/havale-eft>(11.08.2017).

⁷⁸⁷ Heyet, *el-Me'âyirü's-Şer'iyye*, 5.

4.5.2. Forex Akdinin Unsurları

İcap ve kabul akdin ana unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak icap burada daima yatırımcı tarafından yapılır ve kabul her zaman foreks kuruluşlarınca gerçekleştirilir.

Forex Yatırımcısı: Forex piyasasında işlem yapan alış ve satış emri vermek suretiyle icapta bulunan kişidir. Yatırımcının yaptığı bu işleme pozisyon alma işlemi denir.

“Market Maker” “Straight Through Process” ve de “Electronic Communication Network” olmak üzere üç çeşit forex kuruluşu mevcuttur:

- a. Market Maker: Bu kurumlar, piyasa yapan kurumlardır. Yatırımcılara sadece veri sağlayan kurumlar olup kişiler bu veriye göre pozisyon açtığında, kurum da yatırımcıya karşı pozisyon açmış olmaktadır. Yani yatırımcı kaybettiğinde, bu kurum kazanmakta yatırımcı kazandığında ise bu kurum kazanmaktadır.⁷⁸⁸
- b. Straight Through Process: “Aracı Kurumlar” olarak adlandırılan bu kurumlar, tümüyle bir başka büyük kurumun aracısı konumundadırlar. Genelde piyasa yapıcı bir kurumun aracısı olup, o kurumların spreadlerine kendi komisyonlarını ekleyerek kazanç elde ederler. Bundan dolayı kazançları tamamen yatırımcının işlem hacmiyle ilgilidir. Kotasyonları rekabet halinde tutmak için, bir kaç kurumdan fiyat alıp, otomatik olarak en iyi teklife göre spread daraltırlar.
- c. Electronic Communication Network: “Elektronik İletişim Ağı” olarak anılan bu kurumlar, tüm müşteri emirlerini bir elektronik havuzda toplayıp, borsa niteliğinde işlemler yürütürler. Bu kurumların daha çok komisyon usulü ile çalıştıklarını söylenebilir.⁷⁸⁹

4.5.3. Foreks ile İlgili Kavramlar

Kotasyon, piyasa yapıcının bir döviz paritesine dair ifade ettiği fiyat ikilisidir. Kotasyonda ifade edilen döviz ikilisi içerisinde yer alan birinci döviz “baz döviz”, ikinci

⁷⁸⁸ Çatalcalı, “Forex İşlemleri ile Forex Piyasaları”, *Dayanışma Dergisi*, 49; Sidre Küçük, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye’deki Durumu*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana 2012, 31.

⁷⁸⁹ [http://www.borsastrateji.com/2013/06/03/forex-isinin-ic-yuzu-3-haziran-2013/\(04.08.2015\)](http://www.borsastrateji.com/2013/06/03/forex-isinin-ic-yuzu-3-haziran-2013/(04.08.2015)).

döviz ise “karşıt döviz” olarak adlandırılır. JPY / CHF kotasyonunu düşündüğümüzde baz döviz Japon Yeni, karşıt döviz ise İsviçre Frankıdır.⁷⁹⁰

Satış (Bid /Sell) - Alış (Ask/ Buy), bu piyasada bid-ask terimleri yatırımcı şahsa göre belirlenmemekte, aksine işlemi yapan aracı kurum baz alınarak belirleme yoluna gidilir. Bid; alış fiyatı demek olup aracı olarak anlaşma yapılan kurumun yatırımcıdan satın almaya razı olduğu fiyatı gösterir. İşlem yapan kişi açısından bakılırsa bu onun satış yapmaya razı olduğu fiyattır. Ask, satış fiyatı demektir. Aracı şirketin satmaya razı olduğu fiyattır. İşlem yapan kişi açısından bakılırsa bu onun alış yapmaya razı olduğu fiyattır.⁷⁹¹

Kur farkı veya makas (spread), yatırım işlemi yapan kişi döviz paritesinde tam olarak kendisine sunulan piyasa değeriyle işlem yapamaz. Alış ve satış için iki ayrı fiyat belirlenmektedir. İşte bu iki fiyat arasındaki fark “kur farkı”dır. Bu piyasada aracı kurumun kârı, bid-ask fiyatları arasındaki farktır. Yeni bir pozisyon açtığında yatırımcı, işleme kur farkı kadar zararla başlamış olur.⁷⁹² Bu işlem, alım satım farkı nedeniyle döviz bürosunun kar etmesi işlemiyle aynı biçimde işler.

Lot, forex piyasalarında işlem birimi olarak 100K şeklinde kısaltılması yapılan 100.000 birim değerindeki LOT kullanılır. 10 K olarak kısaltılan mini lot, lotun daha alt birimini ifade eder ve 10.000 birimlik büyüklüğü anlatmak için kullanılır. 1K ise mikro lot olur ve mini lotun da altında bir birim olan 1.000 birimlik işlemi temsil eder.⁷⁹³

Pip, “Price Interest Point” teriminin baş harflerinin kullanılmasıyla elde edilen kısaltmadır. İşlem sırasında değişik enstrümanlarda oluşabilecek en küçük fiyat farklılığının yansımaya “pip” denilir. Genelde, 1 pip’lik değişim, ondalık basamaktaki virgülden sonraki dördüncü sayıda (on binde ikilik, 0,0002) meydana gelen değişimdir. Mesela; fiyatı 2,4000 olan EUR/USD paritesinin 2 pip artması, fiyatın 2,4002 olması

⁷⁹⁰ [http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/\(31.07.2015\).](http://www.gcmforex.com/egitim/forex-piyasasina-giris/(31.07.2015).)

⁷⁹¹ [https://www.integralmenkul.com.tr/PDF/temel_kavramlar.pdf\(11.08.2017\);](https://www.integralmenkul.com.tr/PDF/temel_kavramlar.pdf(11.08.2017);) Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 541.

⁷⁹² Küçük, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye’deki Durumu*, 34; Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 541.

⁷⁹³ Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 541; [https://www.gcmforex.com/egitim/forex-sozlugu/\(11.08.2017\)](https://www.gcmforex.com/egitim/forex-sozlugu/(11.08.2017))

demektir. Ancak bazı para birimlerinde meydana gelen küçük değişim, virgülden sonra beşinci ondalık basamakta (yüz binde) meydana gelir. Buna da ‘point’ adı verilir.⁷⁹⁴

4.5.4. Foreks Piyasası ve Riziko ile İlgili Kavramlar

Kaldıraç (Leverage); elde bulunan sermayenin kat kat üstünde finansal muameleler yapılmasına yardımcı olan sistemin adıdır.⁷⁹⁵ Bu sistemle yürütülen işlemlerde kaldıraç olmaksızın yapılan işlemlere göre daha ileri düzeyde riziko söz konusu olduğundan, yüksek bir kaldıraçla çok kazanç sağlanabildiği gibi bütün yatırım elden gidebilir.⁷⁹⁶ Zimmette olmayan bir para ile yapılan bu işlem tam anlamıyla gararlı bir işlemdir.

Swap; yatırım yapılan döviz paritesinin kendi aralarındaki faiz farkına göre hesaba kazanç ya da kayıp olarak yansıyan gecelik taşıma maliyetidir. İşlem şöyle gerçekleştirilir. Döviz ikilisinden yüksek faizli olan para birimi piyasaya verilir. Düşük faizli olanının satış emri verilmez. Bunun karşılığında gecelik taşıma bedeli ödenir. Düşük faizli dövizin taşıma bedeline swap denir⁷⁹⁷

CFD; hisse senedi, döviz, borsa endeksleri, emtia piyasası işlemleri vb. birçok finansal araç burada işlem görmektedir. Bu yatırım tipinde fark akdinin mahalli olan ürüne yatırım yapıldığında, bu ürüne gerçek manada sahip olunmaz. Sadece gelecekteki fiyatı üzerine pozisyon açılarak gerçekleşmesi beklenen fiyat satın alınır. Yani forex

⁷⁹⁴ Küçük, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye’deki Durumu*, 34 Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 541.

⁷⁹⁵ İbrahim Tahsin, *Foreks: Yalan Dünya Hisse Senedi Gerçek Yatırım*, Cinius Yayınları, İstanbul 2015, 18.

⁷⁹⁶ Durmuş, *Fıkhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, 47, 48; Eser Yeşiladağ, *Türkiye’de Aracı Kuruluşların Gelişimi ve Yatırımcıların Aracı Kuruluş Seçimine Etki Eden Unsurlar: Bir faktör Analizi Uygulaması*, Basılmamış YL tezi, 109, 110; Mikail Altan-Fatih Güzel, “Forex Piyasasının Türkiye’deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 33, 2015, 203-214*, 206; Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 541; Hasan Sarıççek- Erhan Eren, “Foreks İşlemlerde yeni Dönem İşlemlerin Vergilemesi” *Çerçeve Dergisi*, yıl 20 sy. 58 Nisan 2012, 194-197, 194; Küçük, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye’deki Durumu*, 34, 35; <http://destekmenkul.com/kaldirac>.

⁷⁹⁷ Altan-Fatih , “Forex Piyasasının Türkiye’deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 207; Durmuş, *Fıkhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, 72, 73; Cihangir-Şendur, “Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması”, *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 544; [http://destekmenkul.com/swap\(31.07.2015\)](http://destekmenkul.com/swap(31.07.2015)).

piyasasında CFD işlemi ile gerçekleştirilen ürünün gelecekte oluşması tahmin edilen fiyatı, akdin mevzusunu oluşturmaktadır.⁷⁹⁸

4.5.5. Forex Piyasasında Riziko

Yatırımcılar forex piyasasında işlem yapmak istedikleri takdirde, bu hesap açılışı için masraf ödememektedirler. Ancak forex gideri olarak; aracı kuruma yatırım işlemi gerçekleştirilirken ödenen kur farkı/makas, swap ile CFD işlemlerinde muayyen bir komisyon şeklindeki değişik ücretler karşımıza çıkmaktadır. Forex yatırımcıları SPK'dan lisans almış aracı bir kurumda hesap açtırdıktan sonra işlem gerçekleştirebilirler. Bunun yanında bu şahısların yatırdığı teminatlar Takasbank tarafından garanti altında olmaktadır. Ancak kaldıraç sistemi İslam hukuku açısından gayri meşru riski beraberinde getirmektedir.

Forex piyasalarda döviz ile borçlanan yatırımcılar, kur riskinden korunmak amacıyla Hedging dediğimiz işlemleri yapabilmektedirler.⁷⁹⁹ Bir kuyumcunun fiziki altın satın alarak işledikten sonra, elinden çıkaracağı zamana kadar bu tür piyasalarda yine aldığı fiyat üzerinden aynı oranda “bid pozisyonu” alması hedging işlemi olarak adlandırılmakta ve böylece uğrayacağı zarardan kendini kur sabitleme yoluyla koruma altına almış olmaktadır.

Kaldıraçın kullanıldığı işlemlerde üç değişik faaliyet söz konusudur:

1. Piyasa yapıcılığı faaliyeti yalnızca “*aracı kurumlar*” tarafından yapılabilir.
2. İşlem aracılığı faaliyetini de yalnızca “*aracı kurumlar*” yapabilmektedir.
3. Tanıtım aracılığı faaliyetleri ise “*vadeli işlemler aracılık şirketleri ve aracı kurumlar*” tarafından yapılabilir.⁸⁰⁰

Aracı faaliyetini üstlenen kurumların her birinin minimum faaliyetleri ile anapara bulundurma şartları, müşterilerinin karşısındaki hakları ve yerine getirmek mecburiyetinde oldukları yükümlülükleri tafsilatlı şekilde belirlenmiştir. Ayrıca

⁷⁹⁸ [http://destekmenkul.com/cfd-nedir\(31.07.2015\).](http://destekmenkul.com/cfd-nedir(31.07.2015).)

⁷⁹⁹ Sevinç Sema Tezer-Nurdan Aslan, “Borsa ve Bankacılıkta Opsiyon İşlemlerinin Gelişim Süreci ve Uygulamalar”, *Beykoz Akademi Dergisi*, 201, 3(2), 1-24; Küçük, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye’deki Durumu*, 30.

⁸⁰⁰ [http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf\(01.08.2015\).](http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf(01.08.2015).)

ülkemizde kaldıraç sistemiyle, yatırımcıların birçok üründe yatırdıkları teminat büyüklüğünün 100 katına kadar pozisyon alınabilmektedir.⁸⁰¹

Normal bir forex işleminde kaldıraç kullanılmadığı durumda; 1 Euro = 1,60 İsviçre Frangı ise, kişi 1000 Frank ile 625 Euro satın alacaktır. Euro'nun yükseleceği kanaatine bağlı olarak bu yatırım işlemini gerçekleştirirse, Euro 1.80 olduğunda, o zaman yatırımcı 625 Euro ile $625 \times 1.80 = 1125$ Frank almış olacaktır. Yani 125 Frank fazladan gelir elde etmiş olacaktır.

Aynı yatırımcı kaldıraç kullanarak işlem yaptığı zaman; 1'e 100 kaldıraç oranıyla forex işleminde:⁸⁰²

10.000 Frank mukabilinde 1000.000 frank'lık işlem yapabilmektedir. Burada unutulmaması gereken nokta ve fikhî açıdan foreks işlemlerinin caiz olmayışına sevk eden nedenlerden biri de, aracı kuruluşun söz konusu döviz fiziki olarak değil sanal olarak veriyor olmasıdır. Yatırımcının yaptığı işlemle beraber döviz kurunda oluşan hareketler nedeniyle kâr oluştuğu takdirde, aracı kurum bunun ödemesini gerçekleştirmek zorundadır. Yani 1000.000 Frankı vermiş ve karşılığında 1 Euro = 1.60 Franktan 62.500 Euro alınmış gibi olunacaktır. Kur 1,80 olduğu zaman, 62.500 Frank karşılığında 112.500 Euro alınmış olacak, yani, 10.000 Euro'luk teminatla 125.000 Frank gelir fazladan ele geçmiş olacaktır.

Yukarıdaki örnekten hareketle, 10.000 Frank teminat yatırmak suretiyle, 1'e 100 kaldıraç kullanılarak, 1 Euro = 1.60 Frank'tan yapılan 1.000.000 Franklık bir Euro satın alma işleminde, kademe kademe fiyat 1 point 6 pip düşerek Euro 1.584 seviyesine düşmüş olacak, 10.000 Frank zararla karşılaşılacak, yatırımcının pozisyonu 10.000 franklık teminatın sıfırlandığı anda kapatılacak ve yatırımının hepsini yitirecektir.

4.5.6. Forex Akdinin Risk Açısından Fikhî Değerlendirmesi

Daha önce belirtildiği gibi, İslam hukukuna göre sarf akdinde, semen niteliğinde olan şeylerin birbirleriyle değiştirilmesi durumunda, yine bu bedellerin her ikisinin de peşin olması gerekmektedir.⁸⁰³ Kişi kaldıraçta bir katsayısını kullanarak ve kısa

⁸⁰¹ [http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf\(01.08.2015\)](http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=836&fn=836.pdf(01.08.2015)).

⁸⁰² <http://www.spk.gov.tr>'nin verdiği örneklerden faydalınılarak hazırlanmıştır.

⁸⁰³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 369; Buhâtî, *Keşşâfü'l-Kınâ*, III, 266.

pozisyon alırsa, sadece ödediği spread üzerinden fazladan ücret ödemesi döviz bürosundaki işlemle aynı olacaktır.⁸⁰⁴ Bu da tam anlamıyla bir sarf akdi yapılması anlamına gelmektedir. Bunun dışındaki işlemlerde yani katsayı birden daha yüksek tutulması durumunda kabz söz konusu değildir. Dolayısıyla kabzın gerçekleşmediği sarf işlemi Hanefî mezhebine göre fasid, diğer mezheplere göre batıldır.⁸⁰⁵

Bunun haricinde kanaatimizce, kişi uzun pozisyon şeklinde işlem yaptığında, döviz çiftleri arasında otomatik olarak işletilen swap (düşük faizli para biriminin, gecelik taşıma bedeli sebebiyle oluşan faiz) nedeniyle yapılan döviz yatırımı da caiz değildir.

Emtia borsasında forex işlemleri için değerlendirme yapacak olursak;

1. Petrol vb. ürünlerin satışı da bizatihi ürünlerin satın alınması değil de, ürünlerin fiyatı üzerindeki beklentinin satın alınması nedeniyle mal satışı söz konusu olmamakta, yani havadaki kuşun sudaki balığın satın alınması niteliğindeki ma'dûm satın alınmakta⁸⁰⁶ ve tam manasıyla gararlı bir bey' akdi karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı forexte emtia satışı caiz değildir.
2. Ürün satımı söz konusu olsa bile, alışverişlerde en az bir bedelin peşin olması,⁸⁰⁷ diğerinin de tediye zamanının tespit edilmesi gerekmektedir.⁸⁰⁸ Ürünün tesliminin mümkün olması da gerekmektedir.⁸⁰⁹ Hem malın hem de semenin veresiye olması durumunda akdin batıl olacağı hususunda icma bulunmaktadır. Forexle yapılan işlemlerin müessir garar içermesi, tamamı elde olmayan bir parayla sadece bir kısım teminat yatırımlararak alışveriş yapılması ve spekülasyonlu işlem olmasından dolayı bu işlemlerin caiz olmadığı kanaatindeyiz.
3. Hedging ile teslimi gerçekleşmemiş, yatırımcıda olan semeni "bid pozisyonu" almak suretiyle uğrayacağı zarardan kendini kur sabitleme yoluyla koruma

⁸⁰⁴ Cihangir-Şendur, "Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması", *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science*, 539, 541.

⁸⁰⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 3; Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, V, 146, 147; Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, VI, 151; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 112, 113.

⁸⁰⁶ Şâfiî, *el-Üm*, 4, 137.

⁸⁰⁷ *Mecelle*, md. 238; "Semenin, ma'lûm olması lâzımdır."

⁸⁰⁸ *Mecelle*, md. 246; "Semenin te'cîlinde ve taksitinde müddet ma'lûm ve muayyen olmak lâzımdır."

⁸⁰⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i*, V, 168; Karâfî, *el-Furûk*, III, 385; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 14; *Mecelle*, md.198;

altına alma işleminin; sarf akdinin her iki bedelin peşin olma ilkesine⁸¹⁰ aykırılık teşkil etmesinden dolayı caiz olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Kaldıraç kullanılarak yapılan işlemi değerlendirmemize gelince şu yönleri göz önünde bulundurmamız gerekir:

Kaldıraçla 1000 TL işlem yerine tercih edeceğiniz kaldıraç yüzdesine bağlı olarak semenlerin her ikisi de peşin olmalıdır kaidesine muhalif bir şekilde elde olmayan bir kabzedilmemiş bir semen⁸¹¹ ile bir sarf akdi gerçekleştirilmiş olduğu varsayılırsa, bedeller peşin olmadığı için faiz cereyan eder ve bu caiz değildir. Yukarıdaki örnekten hareketle; 1/ 100 kaldıracında 1000 TL ile 100000 TL'lik işlem hacminin gerçekleştirildiği görülür. Buna binaen bir anda kat kat para kazanılabilir ya da paranın tümünün kaybedilebilir. Bu işlem kişinin uhdesinde yer almayan bir para ile gerçekleştirilir. Bu işlem İslam hukukunun açık bir şekilde naslarla yasaklamış olduğu kumar akdiyle her yönüyle örtüşmektedir. Nitekim iki kişiden biri kaybeden diğeri ise kazanan taraf olmaktadır.

⁸¹⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 249; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 244.

⁸¹¹ Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, V, 207.

SONUÇ

Hukuk sistemleri insanlar arasında meydana gelebilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla borç ilişkilerini düzenleme altına alır. Borç ilişkisinin en önemli esaslarından birisi ise akittir. İslâm hukuku temel prensipleri incelendiğinde geniş bir akit yapma ve şart koşma hürriyetinin varlığı göze çarpmaktadır. Akit yapma hürriyeti; hukuka, örf ve ahlaka muğayir olmaması şartıyla, kişinin akit yapma hususunda, istediği kimseyle akit imzalama, akdin şekil, içerik ve şartlarını istediği şekilde belirleme, akdi değiştirme ve akdi feshetme serbestiyetini kapsar. Bu itibarla, insanlar kendilerine tanınan akit yapma hürriyeti çerçevesinde, akdi fesada götüren garar olmaması, akdin konusunda cehalet olmaması, akde konu olan şeyin teslim edilebilir olması ve haram faaliyetler içerisinde olmaması şartıyla, diledikleri tarzda akit inşa edebilirler.

İslam hukukunda riskin ilk dönemlerdeki kullanımı bugünkü hukuk ve iktisat eserlerinde geçtiği şekliyle olmamıştır. İslam borçlar hukukunda risk teorisi ve rizikolu akitler konusunu incelediğimiz bu çalışmada riskin iki yönlü manası olduğunu tespit ettik: Birincisi, olumsuz risk, ikincisi ise olumlu risktir. Tezimizde sözkonusu edilen risk ise, akdi olumsuz etkileyecek olan risktir. Dolayısıyla değerlendirmelerimiz bu bağlamda olmuştur. Ayrıca olumsuz risk meşru ve gayri meşru olmak üzere iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır. Akitleri olumsuz yönde etkileyerek onların batıl veya fasit olmasına neden olan riziko olumsuz gayri meşru risk olarak tezahür etmektedir. Diğer işlemlerde olduğu gibi olumsuz gayri meşru riskin akdin fesadına neden olabilmesi için bir takım şartlar sözkonusudur. Söz gelimi taraflardan her birinin diğerinin servetini elde etme amacı güdüyor olmaları, belirsizliğin, cehaletin veya gararın akdin özünde bulunması, çok olması, o akde ihtiyacın bulunmaması, akdin bedelli olması, akdin yapılmaması durumunda meşakkatle karşı karşıya kalınmaması ve kişiler arasında anlaşmazlığa sebep olması gibi şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartları taşımayan akitlerde olumsuz risk bulunması halinde bu olumsuz meşru risktir. Ancak işlemlerin yasaklanma yoluna gidilmesiyle akit yapmak imkânsız hale geleceği için olumsuz meşru riske göz yumulması gerekmektedir.

Hiç kuşku yok ki “olumlu risk”, ticarete riske katlanma, risk üstlenme şeklinde anlaşılmalıdır. Bu durumda da risk akdin olmazsa olmazı haline gelmektedir. Ancak bu riskin bir takım temel hedefleri mevcuttur. Nitekim akit inşa edilirken, İslam hukukunun

adalet ilkesi ve maslahat ile malı koruma prensipleri riskin temel hedefleri arasında yer almaktadır. Bunun dışında kazanç elde etmenin temel prensipleri ise; riba yasağı, garar yasağı ve ahlaka muğayir faaliyetler, spekülasyon ve hukuken men edilmiş faaliyetlerin gözetilmesi şeklindedir. Bu prensipler gözetildiği takdirde İslam finansı açısından rizikolu akit türleri olarak; mudarebe, müşâreke, finansal kiralama, murabaha, selem, vekâlet, istisna' ve sukûk olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam hukuku akit sistematığına bağlı kalınarak yapılan söz konusu muamelelerin düzenlenmesinde herhangi bir mahzur söz konusu değildir. Ancak bu muamele hangi akde göre düzenlenmişse o akdin kurallarına uymak zaruridir. Ve bunlarda mevcut olan olumsuz risk meşru olan olumsuz risk olduğu için bu akitler rizikolu caiz akitler arasında yer almaktadır.

Belirtilmelidir ki, riziko konusunun daha iyi anlaşılması için İslam borçlar hukuku ve Türk borçlar hukukundaki uygulamalarının detaylı olarak incelenmesi gerekir. Araştırmamız göstermiştir ki rizikolu akitler, içeriği daha evvel öngörülemeyen bazı durumlara bağlı bir zarar tehlikesini barındıran akitlerdir. Bunlar, akitler genel sınıflandırılması çerçevesinde gayeleri bakımından yapılan tasnifin içinde mütalaa edilmelidir. İslam hukukçuları rizikolu akitlerle ilgili özel bir teori geliştirmemişlerdir. Bununla birlikte bu konuyla alakalı olan ve günümüze ışık tutacak zengin bir doktrin ve birikim ortaya koymuşlardır. Nitekim İslam hukukçularının ittifakla caiz olarak gördükleri kefalet akdi bunun tipik örneklerinden biridir. Yine hükümlerinde ihtilaflar mevcut olmakla birlikte “umrâ akdi” de klasik kaynaklarda yerini almış olan olumsuz meşru risk içeren rizikolu bir akitir. Zira bu tür akitlerde egemen unsur “bilinmezlik” durumudur. Akdi batıl kılan riziko kapsamında görülen kumar ve bahis, olumsuz gayri meşru risk taşımakta ve haram olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Foreks akdinde uzun pozisyonda faiz uygulaması ve katsayı kullanılarak elde olmayan para ile işlem yapılabilmesi durumunda olumsuz gayri meşru risk olmakta ve kumar niteliği taşımaktadır. Ücretle kefalet de olumsuz meşru risk içermekte olan rizikolu bir akitir.

Günümüzde rizikolu akitler içerisinde yer alan sigorta, ömür boyu gelir akdi, ölünceye dek bakma akdi ve teminat mektubu hakkındaki belirgin tespitlerimiz ise şu şekildedir: Sigorta sisteminin belirsizlikler içermesi nedeniyle akdin fesadına neden olmayacak olumsuz meşru risk barındırdığını görmekteyiz. Ömür boyu gelir akdi,

ölünceye dek bakma akdi ve teminat mektubu olumsuz risk içerse de, akdi gayri meşru hale getirecek durumlar bulunmadığından bu akitler meşrudur.

Son olarak şunu belirtmek isteriz. İslam hukukunun teşekkül ettiği andan itibaren standart bir akitleşme söz konusu değildir. Beşeri hayat sürekli gelişim ve değişim içerisinde devam ettiği sürece yeni rizikolu akit türlerinin ortaya çıkması ihtimali daima vardır. İslam hukuk sisteminde de ilke olarak kabul edilen akit hürriyeti çerçevesinde söz konusu yapıdaki akitlerin değerlendirilmesi yapılabilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında olumsuz gayri meşru risk olanların geçersiz olacağı, bu nitelikte olmayan olumlu ve olumsuz meşru risklerin ise akitlerin fesadına yol açmayacağı söylenebilir.



KAYNAKÇA

- Abbadî, Abdullah Abdurrahim, *Mevkıfû 'ş-Şeriâ mine 'l-Masârîfî 'l-İslâmiyyeti 'l-Asriyye*, Beyrut 1981.
- Abduh, İsa, *et-Te 'mîn beyne 'l-Hilli ve 't-Tahrîm*, yy. 1398/1978.
- Abdurrezzak es-San'anî, Ebû Bekr Abdurrezak b. Hümam (ö.211/826-27), *el-Musannef*, el-Mektebü'l-İslamî, I-XI, Beyrut 1403.
- Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), *Müsned, Thk: Şuayb el Arnavuti*, I-L, yy, 1420/1999.
- Ahmed Ebûbekr, Safiyye, *es-Sukûkü 'l-İslâmiyye*, Dâiretü'ş-Şüüni'l-İslâmiyyeti ve'lAmeli'l-Hayriyyi, Dubai 2009.
- Ahfeş el-Evsat, Ebû'l-Hasen Saîd b. Mes'ade el-Mücâşiî el-Belhî (ö. 215/830), *Meanî 'l-Kur'an*, I-II, Mektebetü'l-hâncî, Kahire 1411/1990
- Akıntürk, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, 10. baskı, İstanbul 2004.
- Akıntürk, Turgut - Karaman, Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, İstanbul 2013
- Aktan, Hamza, “*Ticaret Hukukunun Yeni Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Yeni Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)*” I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günümüzdeki Meseleleri Kongresi, 209-230.
- _____, “Âkile”, *DİA*, c. II, İstanbul 2001, 248-249.
- _____, “Damân”, *DİA*, c. VIII, İstanbul 1993, 450-453.
- _____, “İstisna”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul 2001, 393-396.
- Akyazan, Sıtkı, “*Banka Teminat Mektupları*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt V, Sayı 1, Şubat 1969.
- Akyol, Şener, *Borçlar Hukuku(Özel Borç İlişkileri)*, 1.Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- Alada, A. Dinç, “İktisadi Düşünce Tarihinde Girişimcilik Kavramı Üzerine Notlar”, *İÜSBF Dergisi*, No: 23-24, Ekim 2000 – Mart 2001.

- Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru'l-ciyl, Beyrut 1991/1411.
- Altan, Mikail, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 16, 2010, 125-140.
- Altan-Güzel, Mikail-Fatih, “Forex Piyasasının Türkiye’deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı: 33, 2015, 203-214.
- Altaş, Gökben, “İslamî Finans Yöntemi”, *Sermaye Piyasasında Gündem Dergisi*, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, sy: 69 Mayıs 2008.
- Âlûsî, Mahmûd Şükrî (ö. 1924), *Buluğu'l-Ereb*, Dâru Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, ts.
- Ammâra, Muhammed, *Kâmus Mustalahâtî'l-İktisâdiyye fî'l-Hadâratî'l-İslâmiyye*, Dâruş-Şurûk, Beyrut 1993/1413.
- Apaydın, Yunus, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul 1995, XXII, 389-392.
- _____, “Kefalet”, *DİA*, c. XXV, İstanbul 2002, 168-174.
- Aslan, Durmuş, Hakan-Muhammed Emin, “İslami Sigortacılık (Tekafül): Yöneticilerin Perspektifinden Türkiye Uygulaması”, *International Congress on Islamic Economics and Finance*, Sakarya 2015.
- Atabek, Reşat, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1990.
- Aybakan, Bilal, “Selem”, *DİA*, c. XXXVI, İstanbul 2009, 402-40.
- _____, “Vekâlet”, *DİA*, c. XLIII, İstanbul 2013, 1-6.
- _____, “Uhde”, *DİA*, c. XLII, İstanbul 2012, 53-54.
- Aydın, M. Akif, “Çocuk”, *DİA*, c. VIII, İstanbul 1993, 361.
- _____, “Haksız fiil” *DİA*, c. XV, İstanbul 1997.
- Aydoğdu, Murat- Kahveci, Nalan *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 2.Baskı Ankara 2014.
- Aynî, Ebû Muhammed (Ebü's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed (ö. 855/1451), *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, I-XIII, Lübnan 1420/2000.

- Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud (ö. 786/1384), *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, I-X, yy ts.
- Bâcî, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Bâcî el-Endülûsî (ö. 474/1081), *el-El-El-Müntekâ Şerhü'l-Muvatta*, Mısır 1332.
- Bakkal, Ali, *Ücretli Kefalet Sözleşmesi*, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi sy. V, Şanlıurfa 1999.
- Baktır, Mustafa, “Deyn”, *DİA*, c. IX, İstanbul 1994, 266-268.
- Bardakoğlu, Ali, “Bülûğ”, *DİA*, c. VI, İstanbul 1991, 413.
- _____, “İcâre”, *DİA*, XXI, İstanbul 2000, 379-387.
- _____, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *EÜİFD*, say:1, Kayseri, 1983.
- _____, “Kasame”, *DİA*, c. XXIV, İstanbul 2001, 528-530.
- Başara, İzzet, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 83, 2009, 303-317.
- Bayındır, Servet, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2005.
- Baysa, Hüseyin, *Kureyş Kervanları Hukuk Sosyolojisi Açısından Vahiy Döneminde Ticari Hayat*, İstanbul.
- Beşer, Faruk, *İslâm'da Sosyal Güvenlik*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1987.
- Bilge, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şumülü” *AÜHFD*, XII(1-2), 1956.
- _____, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar” *Mukayeseli Hukuk Dergisi*, 3/1(1958).
- Bilgili, İsmail, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, Konya 2011.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971), *Hukuk-ı İslamîyye ve Istılâhatı Fikhîyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Yayınları, İstanbul 1967.
- Buharî, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi (ö. 256/870), *el – Cami 'u 's –Sahîh*, I-VI, (Thk. Mustafa Dîb el-Buğa) Beyrut 1407/1987.

- Buhârî, Alâuddîn Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed (ö. 730/1330), *Keşfü'l-Esrâr fî Şerhi Usûli'l-Pezdevî*, ts. yy.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn (ö.1051/1641), *Keşşâfü'l-Kınâ' 'an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Daru Kütübî'l-ilmiyye, ts.
- Boynukalın, Ertuğrul, "Makâsîdü's-Şerîa", *DİA*, c. XXVII, İstanbul 2003, 423-427.
- Cessâs, Ebûbekr Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/981), *Ahkâmu'l-Kurân*, Dârü İhyâi't-türâsi'l-arabî, Beyrut 1412/1992.
- Cezirî, Abdurrahman (ö.1941), *el-Fıkhu 'ala Mezâhibi'l-erbaa'*, Beyrut, 2005/1426.
- Cihangir-Şendur, Mehmet-Yeşim, "Forex Piyasasının Kendine Has Özellikleri ve Forex Piyasasının Pay Piyasaları ve Futures Piyasalarıyla Karşılaştırılması", *The Journal of Academic Social Science Studies International Journal of Social Science* Doi number:<http://dx.doi.org/10.9761/JASSS2527> Number: 28, p. 537-557, Autumn II 2014, 537-557.
- Cürcanî, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif el-Hanefî (ö.816/1413), *et-Ta'rifât*, Beyrut 1405.
- Cüveynî, İmâmü'l-Harameyn Ebu'l-Meâlî Rukneddin Abdülmelik b. Abdullah (478/1085), *Nihâyetü'l-Matlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*, I-XX, thk. Abdülazim Mahmud ed-Dib, Beyrut 2007/1428.
- Çağrıçı, Mustafa, "Adalet", *DİA*, c. I, İstanbul 1988, 341-343.
- Çalış, Halit, *İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi*, Konya 2004.
- _____, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dini Araştırmalar*, VII(19), 269-295.
- Çatalcalı, Cihat, "Forex İşlemleri ile Forex Piyasaları", *İzmir SMMMÖ Dayanışma Dergisi*, sy. 108 yıl: 2010, 48-51.
- Çipil, Mahir, *Risk Yönetimi ve Sigortacılık*, Ankara 2013.
- Dalgın, Nihat, "Sigorta", *DİA*, c. XXXVII, İstanbul 2009, 159-164.
- _____, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular*, I-II, Samsun 2012.

_____, “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günüümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 878-928.

Darîr, Sıddîk Muhammedü'l-Emîn, *el-Garar ve Eseruh fi'l-'Ukûdi fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, yy.1995/1416.

_____, “Hıtâbâtü'd-damân fi's-şerîati'l-İslâmiyye”, *Mecelletü'l-mişkât*; <http://elibrary.mediun.edu.my/books/MAL06512.pdf> (10.11.2016)

_____, *el-Garar fi'l-Ukûd ve Asâruhu fi't-tatbikâti'l-muasıra*, Silsiletü Muhâdarâtü'l-Ulemâi'l-bârize IV, 1414/1993 <http://download-İslamîc-pdf-ebooks.com/files/elebda3.net-wq-2701.pdf>.(12.12.2015).

_____, “Faiz Müzâkere Raporları”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun günüümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 804-822.

Demiray, Mustafa, *Hak Zail Olmaz Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul 2009.

Derâdike, Yasin Ahmed, *Nazariyyetü'l-Ğarar fi's-Şerîati'l-İslâmiyye: Dirâse Mukârıne*, I-I, Ammân 1973.

Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1835), *Hâşiye ale's Şerhi'l-Kebîr*, I-IV, Dâru'l-fıkr, Beyrut ts.

Dimyâtî, Ebubekr b. Muhammed (ö. 1302/1884), *İ'ânetü't-talibîn*, yy ts.

Doğan, Gözde, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayıncılık, 3.bası, Ankara 2005.

Döndüren, Hamdi, *Kur'ân ve Sünnet'e Göre Güncel Fıkhî Meseleler*, Işık Yayınları, İstanbul, 2011.

_____, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yayınları, İstanbul 2010.

_____, “Faiz Yasağı ve Finansman Sağlama Yöntemleri” *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri*, 204-256.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, *İlam Araştırma Dergisi*, 1(1), (Ocak-Haziran) 1996.

_____, “Tasarruf”, *DİA*, XXXX, İstanbul 2008, 119.

_____, “Murâbaha”, *DİA*, XXXI, İstanbul 2006, 148-151.

Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1984.

Durmuş, Abdullah, “İslam Hukuku Açısından Günümüz Kredi ve Finansman Yöntemleri” *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri*, Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı 08-09 Mayıs 2010, İstanbul 2011.

_____, “Modern Bir Finansal Araç Olarak Sukûk ve Fıkhî Açidan Tahlîli”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010, 141-156.

_____, *Fıkhî Açidan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, İstanbul 2014.

Ebû Abdullah, Şemseddin, Muhammed b. Ebî'l-feth b. Ebî'l-fadl el-Ba'î (ö. 709/ 1309-1310), *el-Muttala' 'ala Elfâzi'l-Mukni'*, (thk Mahmud el-Arnaut ve Yasin el-Hatib) yy 1423/2003

Ebû'l-Basal, Ali, “el-meşakkatü teclibü't-teysîr”, *Mecelletu'l-Hikme*, sayı: 17, yy. 1419.

Ebû Davud Suieyman b. el-Eş'as b. İshak es-Sicistani el-Ezdi (ö. 275/889), *Sünen-i Ebû Davud*, (thk. Said Muhammed el-Lehhâm) Dâru'l-Fikr, ts.

Ebû Habîb, Sa'dî, “el-Kâmûsü'l-Fıkhî Lüğaten ve İstılâhen” 1403/1988 Dimaşk.

Ebü'l-Leys es-Semerkandî İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm(ö. 373 /983), *Bahru'l-'Ulûm*, Dârü'l-fikr, I-III, Beyrut ts.

Ebüsuud Efendi (ö. 982/1574), *İrşadu'l-'Akli's-Selim ilâ Mezâye Kur'ani'l-Kerîm*, Dârü İhyâi türâsi'l-Arabî, Beyrut ts.

Ebu Yusuf Ya'kub b. İbrahim b. Habib b. Sa'd el-Kufî (ö. 182/798), *Kitabu'l-Harac*, Kahire 1382.

Ebû Zehre, Muhammed, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Mısır, 1977.

_____, *et-Tekâfûl'ül-İctimâ'î fi'l-İslâm*, Dârü'l-fikr, Kahire 1991.

- Ebû Zeyd, Bekr, *Hitâbu 'd-Damân*, <http://www.saaaid.net/book/open.php?cat=83&book=4418>(11.08.2015)
- Elmalılı M. Hamdi Yazır (ö. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Azim Dağıtım, I-X, İstanbul ts.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara 2012.
- Erkam, Ömer Şansal, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, *Mali Hukuk Dergisi*, sy. 20, 1989, 30–35.
- Erkuş, Çenberlitaş –Hakan, İbrahim, “İslami Finansal Araçlardan Olan Sukukların Muhasebeleştirilmesi”, *International Congress on Islamic Economics and Finance*, Sakarya 2015.
- Erman, Eyüp Sabri, “Teminat Mektubu- Kefalet Akti- Garanti Akti”, *Adalet Dergisi*, sy:7, 1969.
- Fahrüddin er-Râzî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ömer b. Hüseyin et-Taberistânî (ö.606/1210), *Mefâtîhü'l-Ğayb mine'l-Kur'ani'l-Kerim*, Dârü ihyâi't-türâsi'l-Arabî, I-XXXII, yy, ts.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed Ebû'l Abbâs Hatîbüddehşe Ahmed b. Muhammed b. Alî el-Hamevî (ö.770/1368-69), *el-Misbâhü'l-Münîr fî Ğaribi's-Şerhi'l-Kebîr li'r-Râfî*, I-II, Beyrut ts.
- Fîrûzâbâdî, Ebû't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed (ö.817/1415), *el-Kâmûsü'l-Muhîr*, Beyrut 1406/ 1986.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Huccetü'l-İslam Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ fî İlmi'l-Usûl*, I-II, Bulak 1322.
- _____, *el-Vasît fî'l-mezheb*, I-VII, Kahire 1417.
- Gırnâtî, Muhammed b. Yusuf b. Ebi'l-Kâsım b. Yusuf el-Abderî (ö. 897/1491), *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasari Halil*, I-VIII, Dârü Kütübî'l-İlmiyye, yy 1416/1994.
- Gümüş, Erdal – Şişman, Mehmet, *Eğitim Ekonomisi ve Planlaması*, II. Baskı, Pegem Akademi yay., Ankara 2014.
- Günay, Hacı Mehmet, “Rukbâ”, *DİA*, c. XXXV, İstanbul 2008, 218, 219.

- Günenç, Halil, “Faiz, Finans, Borsa ile İlgili Bazı Meseleler” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 257-290.
- Güney, Necmettin, *Satım Akdi Özelinde Borçlar Hukukunda Garar*, (Basılmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya 2013.
- Güngören, Muaz, *Katılım Bankalarında Menkul Kıymet İhracının (Seküritizasyon) Yapısal Yarklılık Gösteren Finansal Piyasalarda Uyum Modellemesi: Sukuk Örneği*, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011.
- Hâcâvî, Şerefeddin Musa b. Ahmed b. Musa Ebû'n-Necâ (ö.960/1552), *el-İkna' fî fikhî'l-İmâm Ahmed*, Tahkîk: Abdullatif muhammed Musa es-Sübkî, Dâru'l-marife, I-IV, Beyrut ts.
- Haçkalı, Abdurrahman, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar dergisi*, Mayıs-Ağustos 2002, V(13), 119-136.
- Hallâf, Abdülvehhab (ö. 1956), *İlmü Usûli'l-Fıkh*, Müessetür'r-risale, Beyrut 1432/2011.
- Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali (ö.1101/1690), *eş-Şerhü'l-Kebîr 'alâ Muhtasar Sîdî Halîl*, I-VIII, Dâru'l-fikr, Beyrut ts.
- Hattâb er-Rüaynî, Şemseddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahmân et-Tarablûsî el-Mağribî (ö.954/1446), *Mevâhibü'l-Celîl lişerhi Muhtasarü'l-Halîl*, (Tahkik: Zekerîya Amîrât), yy 1423/2003.
- Hatemi-Serozan -Arpacı, Hüseyin- Rona- Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed ed-Dımaşki (ö.1088/1677), *Dürrü'l-muhtâr*, yy. Kahire 1321.
- Heyet, *el-Meayîrü's-Şer'iyye*, AAOIFI, Bahreyn 1437/2015.
- İbn Abdi'l-Berr, Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh en-Nemrî(ö. 463/1071), *el-İstizkâr*, I-IX, Dâru kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1421/2000.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşki (ö.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Dâru'l-fikr, Beyrut 1421/2000.

- İbnü'l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah (ö. 543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ', Dârü kütübî'l-ilmîyye, I-IV, Beyrut 1424/2003.
- İbn Âşur, Muhammed Tahir (ö. 1973), *Makâşidü's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, eş-Şirketü't-Tûnisiyye li't-tevzî', Tunus 1978.
- _____, *Tefsirü'l-Adl ve'l- İ'tidâl*, <http://www.saaaid.net/book/index.php>.
- İbn Düreyd, Ebû Bekr Muhammed b. el-Hasen b. Düreyd el-Ezdî el-Basrî (ö. 321/933), *Cemhetretü'l-Lüğa*, I-III, Beyrut 1987.
- İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî (ö.879/1474), *et-Takrir ve't-Tahbîr fî Şerh'i't-Tahrir*, Beyrut 1403.
- İbn Fâris, Ahmed b.Fâris el-Kazvinîer-Râzî (ö.395/1004), *Mu'cemü Mekâyisi'l-Luğa*, (nşr. Abdüsselâm M. Hârûn), I-VI, Kahire 1399/1979.
- İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed, *Mukaddime*, çev. Halil Kendir, Ankara 2004.
- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, I-XI, er-Rakmiyye, ts.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö.861/1457), *Fethu'l-Kadîrli'l-Âcizi'l-Fakîr*, I-X, Kahire 1970.
- İbnü'l-Kayyım el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir ez-Zer'î (751/1350), *Zâdü'l-Me'âdfi Hedyi Hayri'l- 'İbâd*, Müessesetü'r-risâle, I-V, Beyrut 1973.
- _____, *İ'lâmü'l-Muvakkî'in'an Rabbi'l-Âlemîn*, thk. Tâhâ Abdurraûf Sa'd, I-IV, Beyrut 1973.
- _____, *Tefsîrû'l-Kur'ânî'l-Kerîm*, Dâr ve Mektebetü'l-Hilâl, Beyrut 1410.
- İbn Kesîr, Ebu'l-Fidâ İsmail b. Ömer (ö. 774/1372), *Tefsiru'l-Kur'ani'l-Azîm*, (thk. Sami b. Muhammed Selame), Dârü't-tayyibe, I-VIII, yy. 1417/1997.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâlî el-Makdisî (ö.620/1223), *el-Muğnî*, Dârü'l-fikr, Beyrut 1405.
- _____, *el-Kafî fî Fıkh Ahmed b. Hanbel*, I-IV, yy ts.

- İbn Kudâme Ebü'l-Ferec, Şemsüddîn Abdurrahmân b. Muhammed b. Ahmed el-Makdisî (ö. 682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebîr*, I-XIV, Beyrut 1393/1973.
- İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö.711/1311), *Lisânü'l-Arab*, I-XV, Beyrut 1994.
- İbn Melek (ö.821/1418), *Şerhu Menâri'l-Envâr*, İstanbul 1319.
- İbn Müflih, Muhammed b. Müflih b. Muhammed b. Müfric Şemseddin el-Makdisî (ö. 763/1362), *el-Füru' (Tashihi'l-Füru'* ile birlikte), Müessesetü'r-Risâle, I-XI, yy 1424/2004.
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm b. Muhammed b. Abdillâh er-Râmînî ed-Dimaşkî (ö. 884/1479), *el-Mübdi' fî Şerhi'l-Mukni'*, I-VIII, thk. Muhammed Hasen Muhammed eş-Şâfiî, Beyrut 1997/1418.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Misrî (ö. 970/1563), *el-Bahrü'r-Râik Şerhü Kenzü'd-Dekâ'ik*, Dârü'l-marife, I-VIII, Beyrut ts.
- _____, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dârü Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1405.
- İbn Nüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Misrî (ö. 1005/1596), *en-Nehrü'l-Fâik Şerhu Kenzi'l-Dekâik*, Dâr Kütübi'l-i'lmiyye, I-III, yy 1422/2002.
- İbn Rüşd el-Ced, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (ö. 520/1126), *el-Beyân ve't-tahsil ve's-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl fî'lmesâili'l-mustahrace*, thk. Muhammed Haccî, I-XX, Beyrut 1408/1988.
- İbn Rüşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Beyrut 1982.
- İbn Sinyân, Süleyman b. İbrahim, *et-Te'mîn ve Âhkâmuhu*, Beyrut 1414/1993.
- İbnu's-Şihne, Ebu'l-Velid Lisanuddin Ahmed b. Muhammed el-Halebî, *Lisanu'l-Hükkam fî Ma'rifeti'l-Ahkâm*, Kahire 1393/1973.
- İbn Teymiye, *el-Kavâidü'n-Nûrâniyyetü'l-Fıkhiyye*, nşr. Abdüsselam Muhammed Ali Şâhîn, Beyrut 1414/1994.
- İbn Useymin, Muhammed b. Salih b. Muhammed, eş-Şerhü'l-Mümteni' 'ala Zâdi'l-Müstenki', I-XV, yy, 1422-1428.

İdris, Abdülfettah Muhammed, *Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 1428/2007 yy.

İmam Muhammed, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805), el-Câmi'u's-Sağîr, Beyrut 1436.

_____, *es-Siyerü'l-Kebîr*, yy. ts.

İnalcık, Halil, *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Eren Yayınları, c.I, s. 150-153.

İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.

İzzeddin b. Abdisselam, Ebû Muhammed İzzeddin b. Abdulaziz b. Abdisselam b. Ebi'l-Kasım, *Kavaidü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-Enâm*, Dârü'l-maarif, Lübnan ts.

İzzeddin Muhammed Hoca, *Nazriyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Mecmuatu Dellâ'l-bereke, yy. 1414/1993.

Kahraman, Abdullah, *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, İstanbul 2008.

_____, *İslam Hukukunda Şahsa (Nefse) Kefâlet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi ile Mukayesesi*, <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/234.pdf> (14.05.2014).

Kahvecioğlu, İrem, *Kefalet Sözleşmesinde Şekil Şartı*, http://www.academia.edu/4811081/KEFALET_S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0NDE_%C5%9EEK%C4%B0L_%C5%9EARTI (05.05.2015).

Kantakci, Sâmîr Mazhar, *Sınâati't-Temvîl fi'l-Masârif ve'l-Müesseseti'l-Mâliyye el-İslâmiyye*, Halep 2010.

Kallek, Cengiz, “Mudârebe”, *DİA*, c. XXX, İstanbul 2005, 359-363.

Kalyûbî, Ebû'l-Abbâs Şihabüddîn Ahmed b. Ahmed b. Selâme (ö.1069/1659), *Hâşiyetü'l-Kalyûbî 'alâ Şerhi'l-Mahallî 'ale'l-Minhâc*, I-IV, Beyrut 1414/1998.

Karaman, Hayrettin, “Akid”, *DİA*, II, İstanbul 1989, 251-256.

Karadeniz Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara 1974.

- Karadâgî, Ali Muhyiddin “et-Temvîl ve Sûku Evrâki’l-Mâliyye fi’ş-Şeriatî’l-İslâmiyye”
I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi,
 229-256.
- Karafi, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdurrahmân el-Mısırî (ö.684/1285),
ez-Zahîre fi’l-Fıkh, I-XIV, Beyrut 1994.
- Karayazgan, Ahmet, “Takafül (İslami Sigorta)”, *Sigorta Araştırmaları Dergisi*, Sayı 4,
 2008.
- Kâsânî, Alâaddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd (ö.587/1191), *Bedâi’u’s-Sânâi‘ fi Tertîbi’ş-Şerâi‘*, I-VII, Dârü Kütübü’l-arabî, Beyrût 1982.
- Kaya, Süleyman, “XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi Temin Yöntemleri” *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finansman Yöntemleri*, s. 9-56.
- Kayar, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, VIII. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kayrevânî, İbn Ebû Zeyd Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman (ö. 386/996), *en-Nevâdir ve’z-Ziyâdât ‘ala mâ fi’l-Müdevvene min Ğayrihâ mine’l-Ümmâhât*, Dârü ğarbi’l-İslâmî yy. 1999.
- Kılıç, Abdurrahman, *Büyük Beyoğlu Yangını*, www.yangin.org./dosyalar/buyuk_beyoglu_yangini.pdf (19.08.2017).
- Kiyâ el-Herrâsî, Ebû'l-Hasen Şemsülsîlâm İmâdüddîn Alî b. Muhammed b. Alî el-Herrâsî et-Taberî (ö. 504/1110), *Ahkâmü’l-Kur’ân*, Beyrut 1405.
- Koçak, Muhsin, “Ehliyet Tesiri Açısından Sarhoşluk”, *OMÜ İlahiyat Fak. Der.*, V.sy., 91-119.
- Koçak, Zeki, “İslam Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları”, *Diyanet İlmi Dergi*, 32.
- Konuralp, Gürel, *Sermaye Piyasaları Analizler, Kuramlar ve Portföy Yönetimi*, 1.Basım. Alfa Basım Yayım, İstanbul 2001.
- Kudûrî, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 428/1037), *Muhtasaru’l-Kudurî*, Dârü Kütübî’l-ilmiyye, yy 1418/1997.

- Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (ö. 671/1273), *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, nşr. Hişâm Semîr el-Buhârî, I-XXI, Riyad 1423/2003.
- Kundûz, Abdulkerim Ahmed, *Mürâca'atün li'n-Nazariyyi'l-Muhâtarati fi'l-İktisâdi'l-İslâmiyyi ve Devrühe fi'btikâri ve Tatvîri Müntecât İdaretü'l-Mahâtırı bi's-Sinâti'l-Mâliyyeti'l-İslâmiyyeti*, Mülteka'l-Hurtum li'l-müntecâti'l-mâliyyeti'l-İslâmiyyeti, 4. Sy, 2012, www.oxpdf.com, 20. 12, 2012.
- Küçük, Sidre, *Uluslararası Finansal Piyasaların ve Forex Piyasalarının Gelişimi: Türkiye'deki Durumu*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Çukurova Üniversitesi, Adana 2012.
- Mâlik b. Enes (179/795), *el-Muvatta*, thk. Muhammed Mustafa el-A'zamî, I-VIII, Abu Dabi 1425/2004.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb (ö. 450/1058), *el-Hâvî'l-Kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvid ve Âdil Ahmed Abdülmevcûd, I-IX, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1414/1994.
- Mâzerî, el-İmam Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Ömer (ö. 536/1141), *Şerhü't-Telkîn*, tah. Muhammed eş-Şâzelî en-Neyfer, I-V, Dâru ğarbi'l-İslâmî, yy 2008.
- "Mehmet Genç ile 'Osmanlı'da Devlet ve Ekonomi' Üzerine", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, (I)I, 200, 369-384.
- Merdâvî, Ali b. Süleyman (ö. 885/1480), *el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf*, Dâr İhyâi't-türâsi'l-arabî yy. ts.
- Mergînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebû Bekir (ö. 593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-IV, Beyrut ts.
- el-Menî', Abdullah b. Süleyman, *et-Te'min beyne'l-İbâheti ve'l-Hazr*, Merkez Melik Faysal li'l-buhûsi ve dirâseti'l-İslâmiyye, 1423/2002.
- Mevsîlî, Abdullah b. Mahmûd Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li-ta'lili'l-Muhtar*, I-V, (nşr Ali Abdülhamîd Ebü'l-Hayr/M. Vehbî Süleyman), Dâru'l-marife, Beyrut 1419/1998.
- Mısırî, Refik Yunus, *el-Masârifi'l-İslâmiyye*, Dimeşk 1430/2009.
- _____, *Fıkhü Mu'amelâti'l-Mâliyye*, Beyrut 1432/2011.

Minhâcî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Minâcî (ö.880/1475), *Cevâhiri'l-ukûd ve ma'îni'l-kudâti ve'l-muvakk'ıyn veş-şuhûd*, yy ts.

Molla Hüsrev Muhammed b. Feramurz b. Ali (ö. 885/1480), *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi ğureri'l-ahkâm*, I-IV, İstanbul, 1978, I-II, yy ts.

Muhammed Kadri Paşa (ö. 1306/1879), *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-İnsân*, Matbaatü'l-kübrâ, Bulak 1308/1891.

Muhîsîn, Fuad Muhammed Ahmed, *es-Sukûkü'l-İslâmiyye (et-Tevrîk) Tatbikâtuhe'l-muasıra ve Tedâvülühe*,

Muttakî el-Hindî, Alaaddin Ali b. Hüsameddin el-Burhân Fevrî (ö. 975/1567), *Kenzu'l-ummâl fi Süneni'l-Akvâli ve'l-Efâl*, nşr. Bekrî Hayyânî ve Saffet es-Sekkâ, Müessesetü'r-risâle, 1981/ 1401.

Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (ö. 261/875), *el-Câmi'u's-sahih* (thk. Fuad Abdulbaki), I-V, Dâru İhyâi't-turâsi'l-Arabî, Beyrut ts.

Müzenî, Ebû İbrahim İsmâil b. Yahya el-Mısırî (ö. 264/878), *Muhtasaru'l-Müzenî fi Furû'i'ş-Şâfi'iyye*, (Ümm ile birlikte), I-VIII, Dârü'l-marife, Beyrut 1410/1990.

Nedvî, Ahmed, *Hitâbud-Dâmâni'l-Masrafî, Mecelletü'l-Müslimi'l-Muâsır*, sy 143, 2012, s. 145-191.

Neval b. Ammara, “es-Sukûkü'l-İslâmiyye ve Vurûduhâ fi Tatvîri's-Sûkî'l-Maliyye el-İslâmiyye Tecrübetü's-Sûkî'l-Maliyye'l-İslâmiyye Devletü Bahreyn”, *Mecelletü'l-bâhis*, sy. 9, yıl 2011.

Nevevî, Muhyiddîn Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref (ö. 676/1277), *Ravdatü't-Tâlibîn*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavvıd, I-VIII, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut ts.

_____, *el-Mecmû' Şerhü'l-Mühezzeb*, I-XX, Dârü'l-fikr, yy ts.

Özhan, Tarkan, *Borsa ve Piyasalar Anatomisi*, e-kitap Projesi, İstanbul 2015.
<https://books.google.com.tr/books?id=Pz9QCwAAQBAJ&pg=PT43&lpg=PT43&dq=Forex+Piyasas%C4%B1:+Uluslararası%C4%B1+D%C3%B6viz+Piyasalar%C4%B1nda+%C4%B0internet+%C3%9Czerinden+%C4%B0%C5%9Flem>

&source=bl&ots=MsAPXSquc&sig=sisand7uCpFV0UmOVxLuy9MgqI&hl=tr
&sa=X&ved=0ahUKEwiajNahy8_VAhXGwBQKHZv0ArA4ChDoAQheMAC
#v=onepage&q&f=false.(11.08.2017).

Öztürk, Nazif, “Mukataa”, *DİA*, c. XXXI, İstanbul 2006, 132-134.

_____, *Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi*, Ankara 1995.

Pezdevî, Ebü'l-Hasen Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm (ö.482/1089), *Kenzü'l-Vusûl ile Ma'rifeti'l-Usûl*, yy ts.

Râfî, Abdülkerim b. Muhammed el-Kazvinî (ö. 623/1226), *el-Fethü'l-Azîz bi Şerhi'l-Vecîz*, yy. ts.

Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*,13. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Reisoğlu, Seza, “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar” Bankacılar Dergisi, Sayı 43, 2002, 94-100.

_____, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992.

_____, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, Ankara, 2009.

Remlî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ahmed b. Hamza el-Menûfî el-Ensârî el-Mısırî (ö. 1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc ile Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dârü'l-fikr, Beyrut 1404/1984.

_____, *Şerhu Ğâyeti'l-Beyân*, Matbaatü'l-Meymeniyye, Mısır 1323.

Sââtî, Abdurrahim Abdülhamid, “el-Vezâifi’-İktisâdiyye li’l-Sukûk Nazratün Makâsıdiyye”, *Nedvetü’s-Sukûk*, Câmîatü Melik Abdülaziz, 1431 2010.

Sa’dî, Ebu Muhammed Celaledin Abdullah b. Necm b. Şâs b. Nizâr el-Cezzâmî es-Sâ’dî el-Mâlikî (ö. 616/1220) , *Akdü'l-Cevâhir es-Semîneti fî Mezhebi Âlimi'l-Medîne*, I-III, Dârü'l-garb el-İslâmî, Beyrut 1423/2003.

Sağlam, Hadi, “İslam Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası mıdır?”, *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XV, 2011, 265-292.

_____, “Sigortanın Sosyal ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticârî ve Yardımlaşma Sigortalarının İslâm Hukuku Açısından

Değerlendirilmesi”, *Akademik Bakış Dergisi*, sy 31, *Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, 2012, <http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/09.pdf> (02.12.2016).

_____, “İslâm Hukuk Tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumları ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teknikleri”, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDSL%C2M%20HUKUK%20%20TAR%DDH%DDNDE%20SOSYAL%20G%DCVENL%DDK%20KURUMLARI%20VE%20SOSYAL%20YARDI MLA%DEMA%20VE%20DAYANI%DEMA%20TEKN%DDKLER%DD&ki mlik=1242645203&url=makaleler/hsaglam-2.htm> (02.12.2016).

Sahnûn Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru kütübî'l-ilmîyye, I-IV, Beyrut ts.

Sâlûs, Ali, *Mevsûatü Kadâya'l-Fikhîyye el-Muâsıra ve'l-İktisâdî'l-İslâmî*, Katar/Mısır, ts.

Sarıçiçek-Erhan, Hasan-Eren, “Foreks İşlemlerde Yeni Dönem İşlemlerin Vergilemesi” *Çerçeve Dergisi*, yıl 20 sy. 58 Nisan 2012, 194-197.

Sâvî, Ahmed b Muhammed el-Mâlikî el-Halvetî (ö. 1241/1825), *Haşiyetü's-Sâvî*, yy ts.

Schwarz, Andreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt I, (Çev.Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:75), İstanbul, 1948.

Senhûrî, Abdürrezzak (ö. 1971), *Mesadiru'l-Hak fî'l-Fikhî'l-İslâmî*, I-VI, Dâru İhyâi Tûrâsî'l-Arabî, Lübnan 1954.

_____, *Nazariyyetü'l-Akd*, yy, 1934.

Serahsî, Şemsüleimme (ö.483/1091), *el-Mebhut*, I-XXX, Dâru'l-marife, Beyrut 1421/2000, 1414/1993.

_____, *Usûlü's-Serahsî*, I-II, thk. Ebu'l-vefâ el-Efgânî, yy. Beyrut 1414/1993.

Sekâkir, Abdullah b. Hamed, “*Kâidetü'l-Ğarar: Dirâse Te'sîliyye*”, *Mecelletu's-Şerîave'd-dirâsâtî'l-İslâmiyye*, yıl: 22, sayı: 69, Kuveyt 1428/2007, 161-203.

Somuncuoğlu, Ünal, “Akreditif İşleminde Özellikle Türk İhracat Mevzuatı Açısından Yerel (Aracı) Bankaların İhracatçı Karşısındaki Hukuksal Durumu ve Sorumlulukları”, *Batider*, 1983, XII(1).

Suğdı, Ebü'l-Hasen (Hüseyn) RükñüIslâm Alî b. el-Hüseyn b. Muhammed (ö. 461/1068), *en-Nütef fî'l-Fetâvâ* (nşr. Selâhaddin Abdüllatîf en-Nâhî), Beyrut 1404/1984.

Suwailem, Sami, "Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange", *İslamic Economic Studies*, 7(1 & 2), Oct. '99, Apr. 2000.

_____, "el-Bahs an Edavât Mübtekira li Mua'leceti'l-Muhatâra", Nedvetü Mahâtır Masârifî'l-İslâmiyye, Riyad 2004.

Suyûtî, Abdurrahman b. Ebi Bekr Celaledin, *el-Eşbâh ve'n- Nezâir*, Kütübü'l-ilmîyye, yy., 1411/1990/ Beyrut 1403/1983.

Şâtıbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa (ö.790/1388), *el-Muvâfakât*, thk. Abdullah Draz, Dâru'l-marife, I-VI, Beyrut ts.

_____, *el-İ'tisâm*, I-II, el-Mektebetü't-ticâriyetü'l-Kübrâ, Mısır ts.

Şafîî, Muhammed b. İdris (ö.204/820), *el-Üm*, Dâru'l-marife, Beyrut 1393.

Şener, Abdulkadir, *Hibe*, AUİF Yayınları, Ankara 1984.

Şensoy, Necdet, "İslâmî Kurallara Uygun Finansal Sistem Bağlamında Bir Finansal Araç Olarak Sukûk Uygulamaları", *Fıkhî Açıdan Finans ve Altın İşlemleri*, Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi, İstanbul 2012.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed es-San'ânî el-Yemenî (ö.1250/1834), *İrşâdu'l- Fuhûl ilâ Tahkiki'l-Hak min İlmi'l-Usûl*, I-II, yy 1419/ 1999.

_____, *Fethu'l-Kadîr el-Câmi' beyne Fenneyi'r-Rivâye ve'd-Dirâye min İlmi't-Tefsîr*, I-V, yy, ts.

Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el- Hâtîb (ö.977/1569), *Muğnî'l-muhtâc*, I- IV, Darü'l-fikr, Beyrut ts.

Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf (ö. 476/1083), *el-Mühezzebe fî Fıkhî'l-İmam eş-Şafîî*, I-III, Dâru Kütübü'l-İlmîyye, yy, ts.

Osman eş-Şubeyr, *el-Muâmelâti'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru'n Nefâis, Ürdün 1427/2007.

- Tabakoğlu, Ahmet, *İslam ve Ekonomik Hayat*, İstanbul 1987.
- Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed (ö. 321/933), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I-II, İstanbul, I.c. 1416/1995, II. c. 1418/1998.
- Tahsin, İbrahim, *Foreks: Yalan Dünya Hisse Senedi Gerçek Yatırım*, Cinius Yayınları, İstanbul 2015.
- Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, I-II, 6.Baskı, Evrim Basım, İstanbul 1990-1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tâsûlî, Ebû'l-Hasan Ali b. Abdisselâm (ö.1258 /1842), *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, I-II, Beyrut 1418/1998.
- Taşpolat, Ali, *Banka Garantileri*, İstanbul 1989.
- Tekbaş, Mehmet Şükrü, *İslamî Finans 'İslamî Finans Kavramı, Ürünler, Dünyada ve Türkiye'de Gelişimi ve Geleceği'*, SERPAM Araştırma Notları I, Mayıs 2013.
- Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, I-II, İstanbul 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi- Akman, Sermet- Burcuoglu, Halûk ve Altop, Atillâ, *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- Tezer-Aslan, Sevinç Sema- Nurdan, "Borsa ve Bankacılıkta Opsiyon İşlemlerinin Gelişim Süreci ve Uygulamalar", *Beykoz Akademi Dergisi*, 2015, 3(2), 1-24.
- Tirmizî Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre (ö. 279/892), *Sünen-i Tirmizî*, I-VI, (thk. Beşşâr Avvâd Ma'rûf) Beyrut 1998.
- Tok, Ahmet, "İslamî Finans Sistemi Çerçevesinde Sukûk (İslamî Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", *SPK Yeterlik Etüdü*, Ankara 2009.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, c. II, 3.Bası, İstanbul 1977.
- _____, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, Ankara 1959.
- Türker, Hülya, "İslamî Finans Sisteminde Finansal Aracılık: Dünyadaki Gelişmeler ve Sermaye Piyasasının Geliştirilmesi Açısından Türkiye için Öneriler"

<http://spk.gov.tr/yayingoster.aspx?yid=1021&ct=f&action=displayfile&ext=.pdf> (07.03.2015).

- Uçar, Mustafa, *Türkiye’de-Dünyada Faizsiz Bankacılık ve Hesap Sistemleri*, Faisal Eğitim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1993.
- Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Ankara 1992.
- Uludağ, İlhan ve Arıcan, Erişah, *Finansal Hizmetler Ekonomisi*, 2.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Uveyda, Adnan Abdullah Muhammed, *Nazariyyetü’l-muhâtara fi’l-İktisâdi’l-İslâmî, Mektebi’t-Tevzi’ fi’l-‘Alemlî’l-Arabî*, Beyrut 1431/2010.
- Uzunpostalcı, Mustafa, “Cenin”, *DİA*, VII, İstanbul, 369.
- Üstün, Yusuf, Sigorta, Tekafül, Kooperatif Sigortacılığı (Tekafül; Kooperatif Sigortacılığında İslami Model), *Karınca dergisi*, Mart 2014, Yıl:80, Sayı:927.
- Vâhidî, Ebû’l-Hüseyn Ali b. Muhammed b. Ahmed, *el-Vasît fi Tefsiri’l-Kur’âni’l-Mecîd*, Dârü Kütübî’l-İlmiyye, I-IV, Beyrut 1415/1994.
- Vaughan, Emmett vd., “*Fundamentals of Risk and Insurance*”. Johnwiley & sons, 1999.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet (ö. 1992)-Özdemir, Refet, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.
- Yakar, Soner, Serkan Yılmaz Kandır, Yıldırım Beyazıt Önal (2013), “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk-Kira Sertifikası ve Vergisel Boyutunun İncelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 84, Mart 2013, 73.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku(Özel Hükümler)*, Beta Basım, İstanbul 2002.
- Yavuz, Yunus Vehbi, “Hayız ”, *DİA*, XXVII, İstanbul 2003, 51.
- Yavuz, Suat – Tokucu, Erkan, “Post Keynesyen İktisat ve Belirsizlik”, *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Sy 1, Yıl 2006, C. XXI, 147-161.
- Yavuz-Acar-Özen, Cevdet- Faruk- Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Basım, İstanbul 2013.

- Yeşildağ, Eser, *Türkiye’de Aracı Kuruluşların Gelişimi ve Yatırımcıların Aracı Kuruluş Seçimine Etki Eden Unsurlar: Bir Faktör Analizi Uygulaması*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Yıldırım, İsmail, “Tekâfûl (İslâmî) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 6(2), 2014, 49-58.
- Yıldız, Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005.
- Zaim, Sabahattin (ö. 2007), “Sihhatli Ekonomi Öz Kaynaklar Ekonomisidir”, *Altınoluk Dergisi*, sy. 46, 1989, 17.
- Zebîdî, Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzak el Hüseyinî el-Mürtedâ (ö.1182/1715), *Tâcu’l-‘Arûs min Cevâhiri’l-Kâmûs*, Dârü’l-Hidâye, I-XL, yy ts.
- Zekeriya b. Muhammed b. Zekeriya el-Ensârî (ö. 926/ 15209, *Esne’l-Matâlib*, I-IV, Dârü Kütübü’l-İslâmî, yy. ts
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö. 1999), *el-Medhal ile Nazariyyeti’l-Âmmati fî’l-Fıkhî’l-İslâmî*, Darü’l-Beşir, Cidde 1420/1999.
- _____, *Nizâmü’t-Te’mîn Hakikatühü ve’r-Ra’yüş-Şer’iyyi fîhi*, Beyrut 1984.
- _____, *el-Fıkhü’l-İslâmî fî Sevbihî’l-Cedîd*, Dimeşk, c. I, 1968, “İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması”, trc. Servet Armağan, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* No 17 İstanbul 1988.
- ez-Zerka- en-Neccâr, M. Ahmed, Muhammed Abdulaziz, *İslam Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta*, Çev. Hayrettin Karaman, 3. Baskı, İstanbul 2011.
- Zemahşerî, Ebü’l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî (ö. 538/1144), *Esâsü’l-Belâğa*, I-II, Dârü kütübi’l-ilmiyye, Beyrut 1419/1998.
- Zevkliler, Aydın, *Özel Borç ilişkileri*, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Zeydan, Abdülkerim (ö. 2014), *el-Medhâl li Dirâseti’s-Şerîati’l-İslâmiyye*, Müessesetü’r-Risale, Beyrut 1423.

Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali (ö.743/1342), *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzü'd-Dekâik*, I-VI, Matbaatü'l-Emiriyye, Bulak 1313.

Zuhaylî, Vehbe (ö. 2015), *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, I-X, Dâru'l-Fikr, Dimaşk ts.

_____, “et-Temvîl ve Sûku Evrâki'l-Mâliyye”, *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 272-310.

_____, *et-Te'min ve İadetü't-Te'min*, el-Mecmâu'l-Fikhi'l-İslâmî, Mekke 1406.

Zürkânî, Ebû Muhammed Abdülbâkî b. Yûsuf b. Ahmed ez-Zürkânî el-Vefâî (ö. 1099/1688), *Şerhu Muhtasari Halîl*, I-VIII, Dâru Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1422/2002.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Mehmet ONUR
Doğum Yeri ve Tarihi	Hatay, 1978
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	Harran Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi; Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
Bildiği Yabancı Diller	Arapça
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Diyanet İşleri Başkanlığı, Karabük Üniversitesi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi.
İletişim	
E-Posta Adresi	mehmetonur@kilis.edu.tr
Tarih	