

# Rumeli

## RUMELİ İSLÂM ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

مجلة روم ايلي للبحوث الإسلامية | Rumeli Journal of Islamic Studies

ISSN: 2564-7903 • Yıl / Year: 4 • İlkbahar / Spring: 2021 • Sayı / Issue: 7

# RUMELİ

İslâm Araştırmaları Dergisi

مجلة للبحوث الإسلامية

Journal of Islamic Studies

Yıl | Year: 4 – Sayı | Issue: 7 – 2021 Nisan | 2021 April



**İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA KABZIN SORUMLULUĞA ETKİSİ**  
Qabz's Effect On Liability In Islamic Law

**Abdullah DEMİRCİ**

Doktorant, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı  
Doktorant, İstanbul University Institute of Social Sciences  
Department of Basic Islamic Studies  
demirci-abdullah@hotmail.com  
ORCID ID: 0000-0002-0781-8142.

**Makale Bilgisi | Article Information**

**Makale Türü / Article Type:** Arařtırma Makalesi / Research Article  
**Geliř Tarihi / Date Received:** 30 Aralık 2020 / 30 December 2020  
**Kabul Tarihi / Date Accepted:** 8 Mart 2021 / 8 March 2021  
**Yayın Tarihi / Date Published:** 30 Nisan / 30 April 2021  
**Yayın Sezonu / Publishing Date Season:** Nisan / April

**Atıf / Citation:** Demirci, Abdullah. "İslam Borçlar Hukukunda Kabzın Sorumluluğu Etkisi".  
Rumeli İslam Araştırmaları Dergisi 7 (Nisan 2021): 122-145.

**İntihal:** Bu makale, iThenticate yazılımınca taranmıştır. İntihal tespit edilmemiştir.  
**Plagiarism:** This article has been scanned by iThenticate. No plagiarism detected.

**web:** <https://rumeli.trakya.edu.tr/> | <https://dergipark.org.tr/rumeli>  
**mail to:** rumelislam@trakya.edu.tr

Copyright © Published by Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi / Tekirdag  
Namık Kemal University, Faculty of Theology, Tekirdag, 59100 Turkey.  
Bütün hakları saklıdır. / All right reserved.

## İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA KABZIN SORUMLULUĞA ETKİSİ\*

### Öz

İslam borçlar hukukunda biri icap diğeri kabul olmak üzere tarafların karşılıklı irade beyanları sonucu kurulan akitler, belli başlı yükümlülük ve sonuçlar doğurur. Bu akitlerin meydana getirdiği en önemli yükümlülüklerden biri, malı devreden kişinin akit konusu malı; devralan kişinin ise bedeli karşı tarafa teslim etmesidir ki bu aynı zamanda bundan sonra doğacak hasarların sorumluluğunu da devretmeyi gerektirmektedir. Hasar sorumluluğu, insanların mallarını koruma fikrine dayandığı için edâ ehliyetine göre değil; vüçub ehliyetine göre temellendirilmiştir. Malın teslim alınması ile sorumluluk doğuran akitler (damân akitleri) özelinde kural olarak mal, zilyedinin sorumluluğundadır. Malın, kabz edenin elinde emânet sayıldığı akitlerde (emânet akitleri ile çift vasıflı akitler) ise hasar sorumluluğu, teslim alan kişinin kusur veya haksız fiilinin bulunmasına bağlıdır.

Sorumluluk kavramıyla sıkı bir bağı olan kabz eylemi, hakîkî (nakil, tenâvül) ve hükmi (tahliye) olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Kabz, her ne kadar akdin sonucu kabul edilse de bazı akitlerde sıhhat (geçerlilik) veya lüzûm (bağlayıcılık) şartı kabul edilmektedir. Buna ilaveten malın mülkiyetinin intikali için de kabz eyleminin sorunsuz bir şekilde gerçekleşmesi şartı aranır. Ayrıca devralınan malda yeni tasarruflar inşa etme yetkisinin kazanılmasında da kabzın önemli rolü vardır.

**Anahtar kelimeler:** İslam Hukuku, Akit, Sorumluluk, Ehliyet, Kabz, Tazmin/Damân, Hasar.

### Qabz's Effect On Liability In Islamic Law

#### Abstract

In Islamic law of obligations, contracts established as a result of mutual declaration of will of the parties, one of which is required and the other accepted, have certain obligations and consequences. One of the most important obligations created by these contracts is the handing over of the goods to other party by the person who transferred the property and the price to the other by the transferee, which also requires transferring the responsibility for future damages. Since the liability for damage is based on the idea of protecting persons' property, it is based on the body's license, not performance. As a rule, the goods are under the responsibility of the possessor, especially in the contracts (*damân* contracts) that create responsibility for the receipt of the goods. In the contracts where the goods are deemed to be entrusted to the person who receives the goods (entrusted contracts and double qualified contracts), the liability of damage depends on the fault or tort of the recipient.

The act of taking (*kabz*), which is closely related to the concept of responsibility, takes place in two ways, namely real and judicial. Although the taking is accepted as a result of the contract, the condition of validity or bindingness is accepted in some contracts. In addition, for the transfer of the ownership of the property, the condition of the realization of the act of taking without any problem is required. In addition, the taking has an important role in the acquisition of the authority to create new savings in the acquired property.

\* Bu makale, Prof. Dr. Abdüsselam Arı danışmanlığında 01.08.2016 tarihinde tamamladığımız "İslam Borçlar Hukukunda Akit Konusunun Telefinden Doğan Sorumluluk" başlıklı yüksek lisans tezi esas alınarak ve III. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumunda sözlü olarak sunulan ve basılmayan "İslam Borçlar Hukukunda Kabz-Sorumluluk İlişkisi" adlı tebliğin içeriği geliştirilerek ve kısmen değiştirilerek hazırlanmıştır.

**Keywords:** Islamic Law, Contract, Responsibility, Competency, Taking, Compensation/Damân, Damage.

## Giriş

İnsanların en çok başvurduğu eylemlerden biri olan mali tasarruflar, tarafların belirli bir malı veya menfaati, bedelli ya da bedelsiz kendi mülkiyetlerine dahil etmelerini sağlar. Herhangi bir akitte akde konu olan mal, devralan kişi tarafından kabz edilirken, devreden kişi de varsa malın bedelini teslim alır. Bu tür mali tasarruflarda akdin birer sonucu olarak kabul edilen ve özellikle akit konusu malın veya menfaatin eski sahibi tarafından teslim; yeni sahibi tarafından tesellüm (kabz) edilmesi, klasik ve modern fıkıh eserlerinde tafsilatlı bir şekilde ele alınmıştır.

İslam borçlar hukukunda kabz, hem devreden hem de devralanın akit konusu mala veya menfaate karşı olan sorumluluklarında ciddi değişikliklere yol açar. Bu yönüyle kabz eylemi, malın her türlü sorumluluğunu ve özellikle tazmin yükümlülüğünü zilyedin uhdesine taşımasının yanı sıra mal üzerinde yeni tasarruflar inşa etme hakkını da malı teslim alan kişiye kazandırmaktadır. Ayrıca bazı akitlerde hukukî sonuç doğurması açısından kabz, son derece kritik bir öneme sahiptir.

Kimi zaman akitlerde malın karşı tarafa teslimi, akdin yapıldığı mecliste gerçekleşirken, kimi zaman da bu teslim-tesellüm işlemi, özellikle modern dünyanın halkına sunmuş olduğu yeni tip karmaşık sözleşmeler ve teknolojinin ilerlemesi sonucu meydana gelen mali tasarruflar göz önünde bulundurulursa bu kadar kolay ve hızlı olamayabilir. Malın, akit işlemlerine ara verilmeden hemen kabz edilmesi durumunda sorumluluk özelinde genellikle bir sorun yaşanmazken, akit ile malın devralan kişi tarafından kabz edilmesi arasında herhangi bir sebeple bir zaman diliminin oluşması, malın sözleşmede üzerinde anlaşma sağlanan vasıflarla karşı tarafa teslim edilmesinde beklenen veya beklenmeyen birtakım aksaklıklara yol açabilmektedir.

Malın, akit kurulduktan sonra yeni sahibi tarafından kabzın çeşitli versiyonlarından birisiyle teslim alınmadan önce hasar görmesi, ayıplanması veya tüketilmesi durumunda; hasar sorumluluğunun taraflardan hangisine ait olduğunu tespit etmek, akitte oluşacak çekişmelerin ve anlaşmazlıkların önüne geçilmesi için son derece önemlidir. Bu tespit yapılması, hasar sorumluluğunun kime ait olduğunun yanı sıra malın kimin tasarrufunda olduğunu da açığa çıkaracağı için mali tasarrufların, modern çağın gerektirdiği gibi daha hızlı ve sorunsuz bir şekilde yürütülmesine yardımcı olacaktır.

Makalede, İslam borçlar hukukunda akitlerde kabz eylemi ve özellikle kabzın sorumluluk ile ilişkisi, fıkıh literatüründeki klasik ve modern kaynaklar temel referans alınarak incelenecektir. Bu bağlamda akit kavramı ile ilgili kısa bir açıklamanın ardından ilk olarak akitlerde sorumluluk kavramı, çeşitleri ve ehliyeti ele alınacaktır. Ayrıca modern hukukta sorumluluk çeşitlerinin İslam hukukundaki yeri ve sınıflandırılması da çalışmamızın bir parçasını oluşturmaktadır. Bunu müteakip çalışmamızın en önemli konularından biri olan kabz kavramı, sırasıyla tanımı, mahiyeti, çeşitleri ve hukukî etkileri ele alınmak suretiyle incelenecektir.

## 1. Akitlerde Sorumluluk

### 1.1. Akit Kavramı

Akit kelimesi, “a-k-d” kökünden türemiş bir masdar olup sözlükte ipin iki ucunu birbirine bağlamak, düğüm yapmak, sözü sağlamlaştırmak, güvenceye almak gibi anlamlar için kullanılmıştır.<sup>1</sup> Terim olarak akit; tarafların icap ve kabullerinin (irade beyanlarının) hukuki sonuç doğuracak şekilde birbirine bağlanmasıdır.<sup>2</sup> Fakihler, bir akdin hukuken var olması için tarafların (*müte’âkideyn*), irade beyanlarının (*icap ve kabûl*) ve konunun (*ma’kûd ‘aleyh*) bulunması gerektiği hususunda hemfikirdir. Fakat Hanefî mezhebi terminolojisinde akdin rûknünü sadece icap ve kabûl oluştururken<sup>3</sup> diğer mezheplerde bu üç unsur rûkûn kabul edilir.<sup>4</sup>

İslam hukukunda akdin, hukuki sonucunu eksiksiz doğurması için akitte yukarıdaki rûkûn ve unsurlara ilaveten, in’ikâd (*kuruluş*), sıhhat, nefâz (*geçerlilik*) ve lüzûm şartları olmak üzere dört farklı şart türünün de bulunması gerekir. Bu şartların eksik olması akdin sonuç doğurmasına ve hukuken var olmasına doğrudan etki etmektedir. Şöyle ki akit, in’ikâd şartları bulunmaması durumunda bâtil; sıhhat şartları bulunmaması durumunda Hanefîlere göre fesât ve nefâz şartları bulunmaması durumunda mevkûf olur. Lüzûm şartlarının bulunmaması ise akdi devam ettirme veya feshetme muhayyerliğini doğurur.<sup>5</sup> Sonuç olarak tarafların akitten kaynaklanan birtakım sorumlulukları üstlenmesi akdin, yukarıda belirtilen şartları haiz olmasına bağlıdır.

### 1.2. Sorumluluk ve Çeşitleri

Arapça kökenli mes’ûliyet kelimesiyle eş anlamlı olan sorumluluk terimi sözlükte kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi<sup>6</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bir hukuk terimi olarak ise sorumluluk, Türk pozitif hukukunda, bir kimsenin borcu mal varlığıyla karşılması şeklinde tarif edilmektedir.<sup>7</sup> Klasik İslam hukuku eserlerinde sorumluluk, daha çok *damân* kelimesiyle ifade edilmişse de<sup>8</sup> söz konusu terimin fikrini yansıtan birçok kavram mevcuttur. Tazmin sorumluluğu anlamından

<sup>1</sup> Ebû'l-Fadl Cemâlî'd-dîn İbn Manzûr, “akd”, *Lisânü'l-'Arab* (Beirut: Dâru Sâdır, 1414), 3/296; Ahmed bin Muhammed bin Ali el-Mukrî el-Feyyûmî, “akd”, *el-Mishâhü'l-münîr* (Kahire: el-Matba'atü'l-Emîriyye, 1922), 2/575.

<sup>2</sup> Ali bin Muhammed es-Seyyid el-Cürcânî, *et-Ta'rifât*, nşr. Muhammed Bâsil 'Uyûnü's-sûd (Beirut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1403), 1/153.

<sup>3</sup> Ebû Muhammed Mahmûd bin Ahmed el-'Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye* (Beirut: Dâru'l-Fikir, 1990), 7/5.

<sup>4</sup> Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm ibn Müflih el-Hanbelî, *el-Mübdî' fî şerhi'l-Muknî'*, thk. Muhammed Hasan Muhammed (Beirut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997), 4/4; Ebû Abdillâh Muhammed bin Abdirrahmân el-Mağribî el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl fî şerhi Muhtasari Halîl*, thk. Zekerriyya 'Umeyrât (Beirut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1995), 6/12; Şemsüddîn Muhammed bin Şihâbüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, nşr. Muhammed Ali Beydûn (Beirut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 3/374; Abdülkerîm Zeydân, *el-Medhal li dirâseti's-şer'ati'l-İslâmîyye* (Beirut: Müessesetü'r-Risâle, 2002), 242.

<sup>5</sup> Bu şartlar ile ilgili geniş malumat için bk. Alâüddîn Ebû Bekir bin Mes'ûd el-Kasânî, *Bedâi'u's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'* (Beirut: Dâr'ül-Kitâbi'l-'Arabî, 1910), 5/135-136 ve sonrası; Şemsüddîn Muhammed bin el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, thk. Muhammed Halîl 'Aytânî (Beirut: Dâru'l-Ma'rife 1997), 2/16 ve sonrası; Mansûr bin Yûnus el-Buhûtî, *Keşşâfü'l-kinâ' 'ani'l-İknâ'*, thk. Heyet (Suudi Arabistan: Adalet Bakanlığı, 2005), 7/306 ve sonrası; Muhammed Emîn İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr 'ala'd-Dürri'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid (Riyad: Dârü 'Âlemi'l-Kütüb, 2003), 7/15 ve sonrası; Ali Haydar, *Dürer şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, çev. Fehmî el-Hüseynî (Riyad: Dârü 'Âlemi'l-kütüb, 2003), 1/289, 311, 320-321, 335-337; Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-şer'iyye* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008), 362, 378-389; Vehbe ez-Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü* (Dimeşk: Dâru'l-Fikir, 1985), 4/398 ve sonrası.

<sup>6</sup> Hasan Eren, *Türkçe Sözlük* (Ankara: Türk Dil Kurumu, 1988), 2/1328.

<sup>7</sup> Zahit İmre, *Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1949), 7.

<sup>8</sup> Nuri Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1997), 134-136.

kullanılan ifadeler arasında daha önce belirtilen *damân* terimi yanında zimmet, uhde, garâmet ve ta'vid kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir.<sup>9</sup> Bununla birlikte modern dönemde kaleme alınan eserlerde *damân* kelimesinin yanı sıra *mes'ûliyet* kavramı da kullanılmaktadır.<sup>10</sup> Sözlük anlamı bir şeyi garanti etme, üstlenme olan *damân* veya *mes'ûliyet* fukahâya göre, başkasına verilen zararı mâlî bir bedel ile karşılama yükümlülüğüdür.<sup>11</sup> Bu terim, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de bir şeyin misliyyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini vermek<sup>12</sup> şeklinde tarif edilmiştir.

Beşerî-medenî hukuk alanındaki sorumluluk, akdî sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olmak üzere iki başlık altında ele alınır. İslam borçlar hukukunda ise her ne kadar bu tür bir sorumlulukla ilgili ikili bir ayrıma gidilmemişse de belirtilen iki sorumluluk türünü karşılayan ayrı kavramlar geliştirilmiştir. Borçlar hukukunda medenî sorumluluk oluşturacak kaynaklar üçtür. İslam borçlar hukukundaki sorumluluk türlerini de ifade eden bu kaynaklar, *damânü'l-akd*, *damânü'l-yed* ve *damânü'l-itlâf* şeklinde kategorize edilmektedir. Bunlardan *damânü'l-akd* ve kısmen *damânü'l-yed* bazı farklılıklarla birlikte modern hukuktaki akdî sorumluluk alanına girmektedirken *damânü'l-itlâf* (itlaf sorumluluğu) akit dışı sorumluluk kapsamında değerlendirilir.<sup>13</sup>

Özel hukuk sahasında akdî sorumluluk, bir hukukî muameleden özellikle bir akitten doğan borçlarda tarafların akdin gereğini yerine getirme zorunluluğunu ifade eder. Bu tip sorumluluğa sözleşmeden doğan sorumluluk da denmektedir.<sup>14</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere akdî sorumluluk, kişiler arası hukukî bir münasebetin olması durumunda meydana gelir. Bu hukukî işlem gereği, taraflardan her biri yüklendiği sorumluluğa riayet etmelidir. Buna aykırı davranışlar yani borçlunun borcu, tamamen ya da gereği gibi ifa etmemesi, belli yükümlülükleri yerine getirmemesi veya belli davranışlardan kaçınmaması yahut akit konusuna zarar vermesi tazmin sorumluluğunu doğurur.

İslam hukukunda akdî sorumluluk yükleme açısından akitleri tasnif ve söz konusu sorumluluk kapsamında değerlendirilen kavramlara geçmeden önce bu sorumluluğun, modern hukuktaki kullanımıyla İslam hukukundaki kullanımı arasında önemli bir fark olduğunu belirtmek gerekmektedir. Şöyle ki; Modern hukukta bir hukukî muamele neticesinde tarafların akdin gereğini yerine getirme ve borcun eksiksiz bir şekilde ifâ edilme zorunluluğu anlamında kullanılan akdî sorumluluk, İslam hukukunda yalnız akit konusuna verilen zarardan doğan sorumluluğu ifade eder. Konunun teslim edilmesi, taraflar arasında varılan anlaşmaya uygun olması ve hasarsız bir şekilde teslim edilmesi gibi klasik eserlerde *mûcebü'l-akd*, *mukteda'l-akd* veya *hukûku'l-akd*<sup>15</sup> kavramlarıyla ifade edilen ve akdin gereğini yerine getirme zorunluluğunu karşılayan ifâ ve iltizamlar ise İslam hukukundaki kullanımıyla *damânü'l-akd* kapsamında değerlendirilmez. Dolayısıyla beşerî hukuktaki akdî sorumluluğun,

<sup>9</sup> Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, 136; Bilal Aybakan, "Uhde", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42/53; Eyyüp Said Kaya-Hasan Hacak, "Zimmet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/424.

<sup>10</sup> Fethî ed-Düreynî, *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye* (Dimeşk: Menşûrâtü Câmî'ati Dimeşk, 1996), 194; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye* (Mısır: Dârü's-Safve, 1996), 28/219 ve sonrası.

<sup>11</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm* (Dimeşk: Dârü'l-Kalem, 1998), 1035.

<sup>12</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/448-449.

<sup>13</sup> Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İfav Yayınları, 2013), 49-50; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, 4-47; Ayrıca bk. Kemal Yıldız, "Sorumluluk", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 37/380; Hamza Aktan, "Daman", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 8/450.

<sup>14</sup> Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)* (Konya: Sayram Yayınevi, 2003), 48; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995), 61.

<sup>15</sup> Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1996), 20.

sadece *damânü'l-'akd* kavramıyla ifade edilmesinin doğru olmadığını söylemek mümkündür. Buna binaen söz konusu sorumluluk, İslam hukukunda *damânü'l-'akd* terimi yanında *mûcebü'l-'akd* veya *mukteda'l-'akd* terimlerini de kapsayan geniş bir kavramdır.<sup>16</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere akdi sorumluluk kapsamında değerlendirilen *damânü'l-'akd* ve *damânü'l-'yed* vasıflı sorumluluklar her akitte aynı nitelikte olmayabilir. Başka bir ifadeyle bu tür sorumlulukları yükleme açısından akitler bir değildir. Akde konu olan mala verilen zarardan doğan bu sorumluluklar, yapıları gereği bazı akitlerde kendiliğinden oluşurken bazı akitlerde de haksız fiilin bulunmasına bağlı olarak doğar. Dolayısıyla söz konusu sorumlulukları yükleme açısından akitleri *damân* akitleri, *emânet* akitleri ve hem *damân* hem de *emânet* yönü bulunan (çift vasıflı) akitler olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.

Malın teslim alınması ile sorumluluk doğuran akitlere *damân* akitleri denir. Bu tür akitlerde teleften doğacak her türlü sorumluluk, malı kabz eden kişiye aittir. Zararın, teslim alan kişinin fiili sonucu -kasten veya hata yoluyla- meydana gelip gelmemesi, semâvî afet gibi mücbir bir sebebin bulunup bulunmaması tazmin yükümlülüğü doğması açısından önemli değildir. Satım, karz, mal karşılığı yapılan sulh ve kısmet gibi akitler her durumda ödeme sorumluluğu doğuran *damân* akitleridir.<sup>17</sup> Akit konusu malın, kabz edenin elinde *emânet* sayıldığı akitler şeklinde tanımlanan *emânet* akitlerinde malın kabzedilmesi tazmin sorumluluğu için yeterli olmayıp ayrıca teslim alan kişinin kusur veya haksız fiilinin (*taksir ve te'addî*) bulunması gerekir. *Emânet* akitleri *vedâ*, *âriyet*, *şirket*, *vekâlet*, *vesâyet* ve *hibe* olmak üzere altı akitten ibarettir.<sup>18</sup> Bu iki tür akde ek olarak hem *damân* hem de *emânet* yönü bulunan (çift vasıflı) akitler de vardır. Bu tür akitler, aslı itibariyle *emânet* vasfı taşıırken konusu itibariyle sorumluluk doğurmaktadır. Bu sınıf akitlerde mal *emânet* hükmündedir. Dolayısıyla tazmin sorumluluğunun oluşması mala karşı işlenecek haksız fiile bağlıdır. Bu akitlere kira ve rehin akitleri örnek gösterilebilir. Örneğin kira akdinde bedel karşılığı sahip olunan şey, malın kendisi değil; ondan sağlanacak menfaattir. Bu sebeple mal, kiracının elinde *emânet* hükmünde olup onun haksız fiil veya kusuru bulunmadan telef olması halinde tazmin gerekmez. Ancak kira akdinin konusu olan menfaatin bedeli tazmine tabidir. Çünkü kiracı maldan fiilen istifade etmese dahi kira ücretini ödemekle yükümlüdür. İşte kira akdi, bu yönüyle *damân* akitlerine benzemektedir.<sup>19</sup>

Şunu ifade etmek gerekir ki bir akdin *damân* veya *emânet* akitlerinden sayılması, akitte *muâvaza* vasfının bulunup bulunmamasına bağlıdır. Şayet akit *muâvaza* içeriyorsa buna *damân*, içermiyorsa *emânet* akdi denir. Akitlerde *muâvaza* vasfından kasıt, akdin tarafları arasında karşılıklı sorumluluk ve ödeme yükümlülüğü bulunmasıdır. Örneğin satım akdinde satıcının yükümlülüğü akit konusunu müşteriye teslim etmek, müşterinin sorumluluğu ise akit sırasında belirlenen ücreti ödemektir.<sup>20</sup> *Damân* akitlerinde esas *muâvaza* ve sorumluluk anlayışıdır. Buna mukabil *emânet* akitlerinde asıl olan muhafaza etme ve koruma düşüncesidir. *Emânet* akitlerinde sorumluluğun akdin bir gereği olmamasının sebebi, malı elinde bulunduran kişinin *emîn* olmasından kaynaklanmaktadır. *Emîn* olan kimse, akdin gereği olan muhafazaya gerekli özeni gösterdiği takdirde mala gelecek zararlardan sorumlu

<sup>16</sup> Ali el-Hafîf, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2000), 19; Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân* (Dimeşk: Dâru'l-Fikir, 1998), 74; Düreynî, *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*, 255.

<sup>17</sup> Hafîf, *ed-Damân*, 82; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmm*, 641.

<sup>18</sup> Hafîf, *ed-Damân*, 81; Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 137.

<sup>19</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/535-536; Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 129; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmm*, 641-642; Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku* (İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011), 3/48; Zeki Kaya, *İslam Hukukunda Zilyedlik* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007), 48.

<sup>20</sup> Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmm*, 640-642.



tutulamaz.<sup>21</sup> Ancak damân akitlerinde durum bundan farklıdır. Sorumluluk temeline dayalı olan bu tür akitlerde, zilyedin malı muhafaza etmekte kusurlu olup olmamasına değil; söz konusu malın kimin sorumluluğundayken zarar gördüğüne bakılır.

İslam borçlar hukukunda akdî sorumluluk kapsamında değerlendirilen kavramlara gelince yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu kavramlar *damânü'l-'akd* ve *damânü'l-'yed* (zilyetlik sorumluluğu) olmak üzere ikidir. Bunlardan *damânü'l-'akd* terimiyle ifade edilen sorumluluk türü, aralarında borç ilişkisi bulunan tarafların birisinin akit konusuna verdiği zararı tazmin etme sorumluluğu şeklinde tanımlanmıştır.<sup>22</sup> Satım akdinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını müteakip karşılıklı olarak mülkiyetler yer değiştirir ve taraflardan her biri elindeki mal veya bedeli karşı tarafa teslimle yükümlü tutulur. Her ne kadar mücerred akitle malın mülkiyeti müşteriye geçse de henüz satıcı tarafından teslim edilmemiş olan akit konusunun sorumluluğu satıcıya aittir. Dolayısıyla söz konusu malın satıcının elinde zarar görmesi veya yok olmasından doğan sorumluluk satıcındır. Bu durumda müşterinin bedel ödeme yükümlülüğü düşer ve akit batıl olur. Satıcının elindeki teslim edilmemiş malın müşteri tarafından itlaf edilmesi ise sorumluluğu müşteriye yükler. Bu durumda müşteri, bedeli eksiksiz ödemek zorundadır. İşte satıcı ve müşterinin bu şekilde meydana getirdikleri zararları tazmin etmeleri *damânü'l-'akd* sorumluluğu kapsamında değerlendirilir.

Kısmen de olsa akdî sorumluluk kapsamında değerlendirilen diğer sorumluluk türü ise *damânü'l-'yed*'dir. Zilyetlik sorumluluğu terimiyle de ifade edilen bu sorumluluk, mâlik sıfatıyla veya mâlik gibi tasarruf etme niyetiyle bir ayn üzerinde kurulan fiili hâkimiyet şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>23</sup> Zilyetlikten kaynaklanan sorumluluk (*damânü'l-'yed*), malı elinde bulunduran kişinin hukuken mala gelecek herhangi bir hasardan sorumlu olup olmamasıyla ilgilidir. Zilyetlik, bu yönden *yed-i damân* ve *yed-i emânet* olmak üzere ikiye ayrılır. Elde bulundurma neticesinde maldan her halükârda sorumlu olma hali *yed-i damân*, belli durumlar hariç hukuken maldan sorumlu olmama hali ise *yed-i emânet* kavramlarıyla ifade edilir. *Yed-i damân* vasfına sahip olan kişiye *dâmin*, *yed-i emânet* vasfına sahip olan kişiye ise *emîn* denir.<sup>24</sup>

*Yed-i damân*, bir malı sahip olma veya kendisinden yararlanma amacıyla elde bulundurma anlamındadır.<sup>25</sup> Bu tür elde bulundurma, hukukun tanıdığı olduğu bir hakka veya yetkiye dayalı olarak kazanılacağı gibi meşru olmayan yollarla da gerçekleşebilir. *Yed-i emânet* vasıflı bir *yed* de *yed-i damân*'a dönüşebilir. Buna göre akdî sorumluluk çerçevesinde *yed-i damân* vasfı taşıyan zilyetliklerin, izinli zilyetlik ve başlangıçta emanet vasıflıyken *yed-i damâna* dönüşen zilyetlik olmak üzere iki tür olduğunu söylemek mümkündür.<sup>26</sup> Hukuken tanınan bir hak veya yetkiye dayanan davranış sonucu malı elde bulundurma anlamına gelen izinli zilyetlik, akit konusu malın zilyedinin elinde meşru bir sebebe bağlı olarak bulunduğunu ifade eder. Pazarlık aşamasında müşterinin elinde bulunan mal üzerindeki zilyetlik, bu tür bir zilyetliktir.<sup>27</sup> Başlangıçta *yed-i emânet* vasıflıyken hukuka aykırı davranış

<sup>21</sup> Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, 46.

<sup>22</sup> Celâlüddin Abdurrahman es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983), 277; Hafif, *ed-Damân*, 19; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/227.

<sup>23</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmi el-Hüseynî, 4/331; Şevket Topal, "Zilyedlik", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 44/417.

<sup>24</sup> Hafif, *ed-Damân*, 78; Mahmûd Muhammed Selâme, *Helâkûl-ma'küdi 'aleyh dirase mükârane*, (Mısır: Mektebetü'l-Vefâ el-Kânûniyye, 2012), 149-152; Şevket Topal, *İslam Hukukunda Zilyedlik* (Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 78-79; Kaya, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 46-48.

<sup>25</sup> Zühayli, *Nazariyyetü'd-damân*, 154; Topal, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 78-79; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/258.

<sup>26</sup> Hafif, *ed-Damân*, 80; Topal, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 78-79; Kaya, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 44-48; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/227.

<sup>27</sup> İzinli zilyetliğin aksine meşru bir hak veya yetkiye dayanmaksızın malın elde bulunmasına izinsiz zilyetlik denir. Hırsızlık neticesinde oluşan zilyetlik bu tür zilyetliğe örnek gösterilebilir. İleri de değineceğimiz üzere izinsiz zilyetlikten oluşan sorumluluğun, Türk pozitif hukukunda akdî sorumluluk değil de akit dışı sorumluluk

sebebiyle yed-i damâna dönüşen zilyetlik ise tazmin yükümlülüğü doğuran ikinci zilyetlik türüdür. Örneğin şirket akdinde ortakların elindeki sermaye üzerindeki yetki, yed-i emânettir. Şayet bu sermaye ortağın elinde kusur ve ihmal sonucu zarar görecektse mal üzerindeki zilyetlik, yed-i emânet iken yed-i damâna dönüşür.

Yukarıda ifade edilen yed-i damân vasıflı zilyetlikler, her halükârda sorumluluk kaynağıdır. Malı bu vasıfla elinde bulunduran şahıs/dâmin, -kusuru olup olmamasına bakılmaksızın- malın kendi veya yabancı bir kişinin fiili sonucu ya da semâvî afet gibi mücbir bir sebepten dolayı zarar görmesi yahut yok olması durumunda tazmin ile yükümlü tutulur.<sup>28</sup>

Kural olarak malı elde bulundurma neticesinde herhangi bir sorumluluk doğurmayan zilyetlik ise yed-i emânet kavramıyla ifade edilir. Bir malı sahip olma amacıyla değil de malikin vekili sıfatıyla elde bulundurma vasfı olan yed-i emânet için âriyet, rehin, iş ve kira akdi gereği elde bulundurulan mallar ile yetime veya küçüğe ait malın velî ve vasînin elinde bulunması örnek gösterilebilir.<sup>29</sup> Emânet vasıflı zilyetlik türlerinde sorumluluk, iyi niyetin bozulmamasına, başka bir ifadeyle zilyedin kusur ve ihmalkârlığının bulunmamasına bağlıdır. Emânet zilyedin akdin kendisine yüklemiş olduğu malı muhafaza etme yükümlülüğünü ihlal etmesi, mala karşı doğrudan haksız bir fiilde bulunması, kusurlu davranması, akitten kaynaklanan şartlara ve örfeye muhalefet etmesi, iyi niyet vasfının kaybedilmesine, dolayısıyla sorumluluğun devreye girmesine yol açar.<sup>30</sup>

Medenî hukuktaki ikinci sorumluluk türü ise akit dışı sorumluluktur. Bu sorumluluk, aralarında önceden akdî bir münasebet bulunmaksızın birinin başka bir kimseye zarar vermesi sonucu ortaya çıkan tazminat borcudur şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>31</sup> Buna *haksız fiil sorumluluğu* da denir.<sup>32</sup> İslam borçlar hukukunda *damânü'l-ittlâf* kavramıyla ifade edilen bu tür, hukukî bir sözleşmeye dayanmamakla birlikte kişinin -eli altında bulunsun veya bulunmasın- başkasının malına hukuka aykırı bir fiil ile verdiği hasardan doğan sorumluluğu ifade eder.<sup>33</sup> Bir kişinin başkasının malını itlaf etmesi veya akde yabancı bir tarafın akit konusu mala zarar vermesi *damânü'l-ittlâf* örneklerindedir.

Akit dışı sorumluluğun yukarıda verilen ve birbirine oldukça yakın olan iki tanımından da anlaşılacağı üzere *damânü'l-ittlâf* gerektiren zararlı davranışlarda malın, zarar verenin elinde bulunup bulunmaması arasında herhangi bir fark yoktur. Ancak malın, zarar verenin eli altında bulunması gasp ve hırsızlık eylemlerinde olduğu gibi hukuka aykırı bir şekilde yani izinsiz zilyetlikle gerçekleşmesi gerekir. Hukuk çerçevesinde el altında bulunan bir malın zarar görmesi ise akdî sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Ayrıca *damânü'l-ittlâf*ın sahası, hukukî işlemler ve özellikle akitler değildir. Çünkü mala verilen zararın akit münasebeti çerçevesinde meydana gelmesi *damânü'l-akd* kavramı kapsamındadır.

---

kapsamında değerlendirildiği açıktır. Çünkü hırsızlık gibi hukuka aykırı davranışlar, akdî sorumluluğun temelini oluşturan "hukukun tanıdığı" borç ilişkisine dayanmamaktadır. Aynı şekilde İslam borçlar hukukunda bu tür bir elde bulundurma, *damânü'l-ittlâf* kapsamında değerlendirilir.

<sup>28</sup> Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1989), 11/50, 13/171; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/248; Hafif, *ed-Damân*, 82; Topal, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 79-80; Kaya, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, 48; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/258

<sup>29</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/248; Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 153; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/258.

<sup>30</sup> Hafif, *ed-Damân*, 81; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/258.

<sup>31</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), 6.

<sup>32</sup> Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, 48; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 61-62.

<sup>33</sup> Hafif, *ed-Damân*, 19; Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfasi*, 18; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/227; Aktan, "Daman", 8/450.

### 1.3. Sorumluluk Ehliyeti ve Sorumluluk-Ehliyet İlişkisi

İslam borçlar hukukunda ehliyet, hukukî işlem yapma, tasarrufta bulunma ve haksız fiillerden sorumlu olma gibi birçok meseleyle yakından bağlantılıdır. Sözlükte elverişlilik, yeterli olma gibi anlamlara gelen ehliyet, bir hukuk terimi olarak kişinin, leh ve aleyhine olan meşru hak ve borçların oluşmasına, hukuken muteber olacak şekilde davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişli olmasıdır.<sup>34</sup>

İslam hukukunda kişinin ehliyet sahibi olması, onun bedensel ve ruhsal gelişmesine paralel olarak değişmektedir. Bu gelişme ilk olarak insana leh ve aleyhte haklar kazandırmak suretiyle başlar, hukukî ilişkiler yapma ve tasarruflarının şer'an ve hukuken muteber olma salahiyeti vererek devam eder. Yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere ehliyet iki kısımdır. Kişinin leh ve aleyhine olan meşru hak ve borçların oluşmasına vücut ehliyeti (*hak ehliyeti*), bu kişinin hukuken muteber olacak şekilde davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişli olmasına ise edâ ehliyeti (*fiil ehliyeti*) denir.<sup>35</sup> İnsan olma gereği zorunlu olarak oluşan vücut ehliyeti, yaşa ve aklı melekelerle bakılmaksızın hayatta olan her insanda vardır. Vücut ehliyetine göre daha aktif bir ehliyet olan edâ ehliyetinde ise vücut ehliyetinde olduğu gibi sadece kişinin hayatta olması yeterli değildir. Hukukî açıdan bu ehliyetin kazanılabilmesi için aklı yeterliliğin ve olgunluğun bulunması gerekir. Bu sebeple edâ ehliyeti, akıl ve iyiyi kötüden, faydalıyı zararlıdan ayırt etme yeteneği olan *temyiz* gücüne dayanır.<sup>36</sup> Bu bilgilerden yola çıkarak gayr-i mümeyyiz çocuklar ile akıl hastaları edâ ehliyetine, hayvanlar ise her iki tür ehliyete sahip değildir.

İslam borçlar hukukunda tazmin sorumluluğu, insanların mallarını koruma ilkesine dayanır.<sup>37</sup> Bu sebeple İslam hukukçularının tamamı, sorumluluğu edâ ehliyetine göre değil; vücut ehliyetine göre temellendirmişlerdir. Başka bir ifadeyle tazmin sorumluluğu ceza hukuku kuralları değil; medeni hukuk kapsamında yer alır. Tazmin sorumluluğunda esas olan fâil değil; fiil neticesinde hukuken korunan bir malın zarara uğramasıdır. Çünkü insanların malları ancak bu şekilde muhafaza altına alınabilir. Bunun neticesinde vücut ehliyetine sahip herhangi biri, başkasına ait bir mala zarar verse veya onu telef etse edâ ehliyetine bakılmaksızın verdiği zarardan sorumlu tutulur.<sup>38</sup> Dolayısıyla akli dengesi yerinde olan buluş çağındaki her insanın, başkalarının malına karşı işlediği hukuka aykırı fiillerinden bizzat sorumlu olduğu gibi mümeyyiz ve mümeyyiz olmayan çocuklar ile akıl hastaları da kişi hakkının ihlali söz konusu olduğu için haksız fiillerinin doğurduğu sorumluluktan kurtulamazlar.

Vücut ehliyetinden yoksun olan hayvanın verdiği zarar ise (*cinâyetü'l-'acmâ'*), sahibinin onu muhafaza ve engellemede kusuru yoksa tazmin sebebi oluşturmaz. Çünkü hayvan, sorumluluğun temeli olan akıldan yoksundur. Bu mesele Mecelle'de "hayvânâtın,

<sup>34</sup> Ebû Bekir Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Muharrar fî usûli'l-fıkıh*, thk. Salâh bin Muhammed bin 'Uveyda (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1996), 2/240; Alâüddîn Abdulazîz bin Ahmed el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli'l-Bezdevî*, nşr. Mahmûd Muhammed Ömer (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997), 4/335; Abdüllatif İbn Melek, *Şerhu Menâri'l-envâr fî usûli'l-fıkıh* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1308), 333-334; Abdulkerîm Zeydân, *el-Vecz fî usûli'l-fıkıh* (Dimeşk: Müessesetü'r-Risâle Nâşirün, 2012), 72-73.

<sup>35</sup> Nuri Kahveci, "Kusur Sorumluluğu Açısından Ehliyetin Önemi", *Dini Araştırmalar Dergisi* 4/12 (Ocak-Nisan 2002), 74-75; Zeki Koçak, "İslam Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları", *Diyanet İlmî Dergi* 39/4 (Ekim-Kasım-Aralık 2003), 39-44.

<sup>36</sup> Serahsî, *el-Muharrar*, thk. Salâh bin Muhammed bin 'Uveyda, 2/245; Kahveci, "Kusur Sorumluluğu Açısından Ehliyetin Önemi", 76-77; Koçak, "İslam Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları", 39-44.

<sup>37</sup> Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 50.

<sup>38</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamîyye ve ıstılahat-ı fıkhiyye kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.), 1/228; Hafif, *ed-Damân*, 36.

kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir”<sup>39</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Ancak sahibinin kontrolünde olan hayvanın bir mala veya ekine zarar vermesi tazmin sebebi olur. Çünkü bu durumda zarar, hayvana değil; sahibine nispet edilir.<sup>40</sup>

## 2. Akitlerde Kabz

### 2.1. Kabz ve Çeşitleri

Kabz sözlükte toplamak, avuçlamak, el ile dokunarak almak gibi anlamlara gelir.<sup>41</sup> Genel manada malı teslim almak anlamına gelen kabz kavramının tanımıyla ilgili klasik kaynaklarda çoğunlukla kapsayıcı bir yol izlenmediği görülmektedir.<sup>42</sup> Kabzın tanımından çok gerçekleşme yolları üzerinde durulduğu için etraflı bir kabz tanımı bulmak oldukça zordur. Kabz ile ilgili bilinen tanımlardan birisi Hanefî fakihlerinden Kâsânî’ye (öl. 587/1191) aittir. Kâsânî’nin kabz tanımı şu şekildedir: “Teslim ve kabzın açıklamasına gelince: Bize göre teslim ve kabz, tahliyeden ibarettir. Tahliye ise satıcının, tasarruf edebileceği şekilde müşteri ile akit konusu arasındaki engelleri kaldırmasıdır”.<sup>43</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere Hanefîler’de kabzın rüknü, satıcının maldan el çekmesi ve engelleri kaldırmasıdır.<sup>44</sup> Hanefîler’e göre tahliyenin hukuken gerçekleşmiş olması için şu dört unsurun bulunması gerekir: Akit konusu malın hâzır bulunması, mâlikin malı tahliye ettiğini bildiren sözlü beyanı veya bunun yerini tutacak davranışı, alıcının malda tasarrufuna mani olacak durumun bulunmaması ve malın, malikin haklarından arındırılmış olması.<sup>45</sup> Diğer mezhepler kabzı, kapsayıcı bir tanımla açıklamak yerine aşağıda ele alacağımız üzere örfte tezahür eden çeşitlerini belirtmekle yetinmişlerdir.<sup>46</sup>

Kabzın çeşitlerine geçmeden önce bu terimin, ilişkili olduğu bir kavrama işaret etmek yerinde olacaktır. Klasik kaynaklarda kabz ile birlikte kullanılan teslim kavramı, sözlükte bir şeyi eksiksiz vermek anlamına gelmektedir.<sup>47</sup> Terim olarak teslim, sözlük anlamını muhafaza ederek malı karşı tarafa verme anlamında kullanılmıştır. Teslim, malı devreden bir davranıştır. Bu anlamda malın el değiştirme işleminin devreden kişi tarafından gerçekleştirilmesine teslim, devralan kişi tarafından gerçekleştirilmesine ise kabz denir.<sup>48</sup>

İslam hukukçuları kabzı, şeklini dikkate alarak hakikî/ fiili ve hükmî olmak üzere iki başlık altında incelemişlerdir. Akit konusu malın teslim alınmış sayılması için türüne göre

<sup>39</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseyî, 2/643; Ahmed Muhammed ez-Zerkâ, *Şerhu’l-kavâ’i’l-fıkhiyye* (Dimeşk: Dâru’l-Kalem, 1989), 457.

<sup>40</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseyî, 2/635; Hafif, *ed-Damân*, 36.

<sup>41</sup> İbn Manzûr, “kbd” 7/214; Mecdüddîn Muhammed bin Yakub el-Fîrûzâbâdî, “kbd”, *el-Kâmûsü’l-muhît*, thk. Muhammed Na’îm el-Arksûsî (Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 2005), 651; Ali Avcı, *İslam Hukukunda Kabz Öncesi Satışın Hükmü* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999), 11-12.

<sup>42</sup> Mustafa Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akinde Malın Kabz ve Teslimi* (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010), 35; Mehmet Hadi Turan, *İslam Hukukunda Akitlerde Kabz Kavramı ve Hukuki Sonuçları* (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016), 6.

<sup>43</sup> Kâsânî, *Bedâ’u’s-sanâ’i*, 5/244.

<sup>44</sup> Fahrüddin Osman bin Ali ez-Zeyla’î, *Tebyînü’l-hakâik şerhu Kenzi’d-dekâik* (Mısır: el-Matba’atü’l-Emîriyye, 1314), 6/63; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseyî, 1/251.

<sup>45</sup> İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, thk. ‘Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu’avvid, 7/96; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseyî, 1/251.

<sup>46</sup> Ebü’l-Kâsim Abdülkerîm bin Muhammed el-Kazvîni, *el-Azîz şerhu’l-Vecîz*, thk. Ali Mu’avvid-Adil Abdülmevcûd (Beyrut: Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1997), 4/304-305; Hattâb, *Mevâhibü’l-Celîl*, thk. Zekerîyya ‘Umeyrât, 6/413; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kinâ’*, thk. Heyet, 7/503-504; Mohammed Jamal Koshnaw, *Şâfiî Mezhebinde Kabz İle İlgili Hükmeler* (Van: Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 9-10; H. Yunus Apaydın, “Kabz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 24/45.

<sup>47</sup> İbn Manzûr, “slm” 12/295.

<sup>48</sup> Zeyla’î, *Tebyînü’l-Hakâik*, 6/63; Selâme, *Helâkül-ma’kûdi ‘aleyh*, 267-274.

karşı tarafın bu malı hakîkî veya hükmî kabz ile teslim alması gerekir. Yukarıda Hanefî fukahâsının kabzı tahliye olarak tanımlaması, kabz eyleminin sadece tahliyeden ibaret olduğu anlamına gelmez. Nitekim tahliye, karşı tarafın malı teslim almış sayılması için uygulanması gereken kabz yöntemlerinden sadece birisidir. Tahliye yöntemine ilave olarak nakil, hareket ettirme ve tenâvül eylemleri de birer kabz sayılmaktadır. Dolayısıyla genel manada malı teslim alma yöntemleri, akit konusu malın türü ve satış şekline göre dört çeşittir. Şöyle ki, menkul mallar ve götürü usulde (*cüzâfen*) satın alınan mallarda, nakille yani malın satın alındığı yerden başka bir yere taşınmasıyla; binek türü malların bulunduğu yerden hareket ettirilmesiyle; kitap, defter gibi malların ele alınmasıyla (*tenâvül*) ve gayrimenkullerde tahliyeyle kabz gerçekleşmiş sayılır.<sup>49</sup>

Yukarıda belirtilen tenâvül, nakil ve hareket ettirme yöntemleri hakîkî kabz sayılır. Hakîkî mahiyette olmayan fakat onun sonuçlarını doğuran kabz ise hükmî kabz olarak tanımlanır. Hükmî kabz sayılacak birtakım yöntemler vardır. Bunların ilki yukarıda da ifade edilen tahliye yöntemidir. Bunun yanında malın itlaf veya istihlâk edilmesi, ayıplanması yahut üzerinde birtakım değişiklikler yapılması (*tağyîr*) da birer hükmî kabz kabul edilir.<sup>50</sup> Dolayısıyla müşterinin, akit tamamlandıktan sonra henüz teslim almadığı mala küllî veya cüzî zarar vermesi, yeme, içme ve kullanma gibi tasarruflarla onu tüketmesi ya da akit konusu kumaşı boyaması veya kıyafet olarak dikmesi kabz sayılır. Günümüzde malın bedelinin karşı tarafın hesabına aktarılması veya yatırılması, akit konusunun depo ve ambar gibi müşterinin mallarını muhafaza ettiği bir yere bırakılması da hükmî kabz kapsamında değerlendirilir.<sup>51</sup>

Fakihler, malın hakîkî veya hükmî bir kabz yöntemiyle teslim alınması konusunda genel manada ittifak içerisinde olsalar da bazı durumlarda gerçekleştirilen kabz yöntemlerinin akit konusu malın devralan kişi tarafından tam manasıyla teslim alınıp alınmadığıyla ilgili farklı görüşler benimsemişlerdir. Özetle belirtmek gerekirse gayrimenkullerin kabzının tahliye yoluyla yapılması konusunda görüş birliği vardır. Menkullerin kabzının örfe uygun olarak ele alma ve nakil yöntemleriyle yapılacağı hususunda da ittifak söz konusudur. Fakat menkullerin yalnızca tahliye yoluyla kabzı tartışmalıdır.

Meseleye biraz daha derinlemesine bakıldığında İslam hukukunda kabz konusundaki yaklaşımların iki farklı grupta toplandığı görülür. Hanefî hukukçuların oluşturduğu birinci görüş sahipleri, malı menkul-gayrimenkul ayrımına tabi tutmadan tahliyenin geçerli bir kabz yolu olduğunu savunurlar. Diğer hukuk ekolleri ise gayrimenkullerde tahliyeyle bir kabz yolu kabul etseler de menkul mallarda bunu yeterli görmezler. Ancak bu farklı görüşler bir yana İslam hukuk ekollerinde kabzla ilgili olarak örfün dikkate alınması konusunda ortak bir kanaat bulunmaktadır.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Kazvîni, *el-'Azîz*, thk. Ali Mu'avvid-Adil Abdülmevcûd, 4/304-305; Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, thk. Zekerîyya 'Umeyrât, 6/413; Buhûti, *Keşşâfü'l-kinâ'*, thk. Heyet, 7/503-504; Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, 72-73; Apaydın, "Kabz", 24/45.

<sup>50</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/244-246; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/251; Arif Atalay, *İslam Hukukunda Kabz* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012), 35; Apaydın, "Kabz", 24/45.

<sup>51</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/238-239, 5/148 ve 6/246; İbn Kudâme, *el-Muğni*, thk. Abdullah bin Abdilmuhsin et-Türki-Abdülfehtâh el-Huluv (Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, 1986), 6/184-185; Ebû Zekerîyya Muhyiddîn bin Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mülhezzeb*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî' (Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, t.y.), 9/333; 'Aynî, *el-Binâye*, 7/152; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, thk. Muhammed Halîl 'Aytânî, 2/89, 94-95; Buhûti, *Keşşâfü'l-kinâ'*, thk. Heyet, 7/496; Mansûr bin Yunus el-Buhûti, *Şerhu Münteha'l-îrâdât* (Dimeşk: Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2000), 3/233; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/251 ve 276; Avcı, *İslam Hukukunda Kabz Öncesi Satışın Hükmü*, 42-43. Atalay, *İslam Hukukunda Kabz*, 23-29; Apaydın, "Kabz", 24/45.

<sup>52</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/182; Nevevî, *el-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî', 9/333; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, thk. Muhammed Halîl 'Aytânî, 2/94-95.

Klasik eserlerde kabzın, ele almak (*tenâvül*), nakil (*tahvil*) ve malın belirlenip devralan kişi için ayrılması anlamında kullanılan tahliye olmak üzere üç şekilde gerçekleşeceği bildirilmektedir. Kabzın en basit ve bilinen yöntemi ele almaktır. Akit konusu malın çanta, telefon gibi ele almaya uygun hacimde olması durumunda genellikle bu yöntem kullanılır. Malın ele alınmayacak kadar ağır ve hacimli olduğu durumlarda ise daha çok ikinci yöntem olan malın, bulunduğu yerden müşterinin istediği başka bir yere taşınmasını ifade eden nakil şekli akla gelir. Ağır ev eşyaları ve bunlara benzer nesnelere genellikle bu yolla kabzedilir.<sup>53</sup> Tahliye yöntemi ise daha çok ilk iki yöntemle kabzedilmeyen arsa ve ev gibi mallarda söz konusudur.

Fakihler, kabzın bu üç yolunu açıklarken akit konusunun menkul veya gayrimenkul olmasına göre ikili bir tasnif kullanmışlardır. Arsa, bina gibi gayrimenkullerin kabzının, yeni malikin mala ulaşmasını ve onda tasarruf etmesini engelleyici bir durumun bulunmaması şartıyla tahliyeyle gerçekleşeceği hususunda âlimler arasında kayda değer bir görüş ayrılığı yoktur.<sup>54</sup> Devreden devralan kişiye evin anahtarını vermesi de teslim sayılmıştır.<sup>55</sup> Hanefî ve Hanbelîler, gayrimenkulün az önce ifade edilen anlamıyla tahliyesini kabz için yeterli görürken Malikî ve Şafîî fakihler, satıcının gayrimenkulde bulunan şahsi eşyalarını almasını tahliye şartını tamamlayıcı bir unsur kabul ederler.<sup>56</sup>

Mislî ve kıyemî olmak üzere iki sınıfa ayrılan menkullerin kabzı ise İslam hukukçuları arasında tartışmalı konulardandır. Hanefîler ve Hanbelîler menkullerin kabzının, ele alma ve nakil yöntemlerinin yanında gayrimenkullerde olduğu gibi tahliye yoluyla da gerçekleşeceği görüşündedirler. Bu sebeple örneğin satım akdinde malın tartılması, ölçülmesi veya sayılmasını müteakip satıcının, müşterinin mala ulaşmasını engelleyici durumları kaldırması, kabz için yeterli olup müşterinin ayrıca bunları fiilen el ile alması veya yerinden hareket ettirmesi gerekmez.<sup>57</sup> Ancak Hanbelî fakihler, tahliye şartına ek olarak satıcı veya vekilinin satış meclisinde bulunmasını ve tahliye işlemini görmesini şart koşarlar.<sup>58</sup> Menkullerde tahliyenin kabz için yeterli olduğunu savunan bu görüş sahipleri, onun şeklinin eşyanın türüne göre değişiklik gösterebileceğini belirtirler. Örneğin satım akdinde elbise, ekmek, defter gibi taşınır ve elle alınması mümkün olan malların müşteriye, elini uzattığı takdirde onu alabilecek şekilde yakın olması yahut merada otlayan bir ineğe işaret edilmesi tahliye kabul edilir.<sup>59</sup> Mislî mallarda ise satıcının ürünü tartması, ölçmesi veya sayması kabzın tamamlanması için yeterlidir.<sup>60</sup>

Malikîler ve Şafîîler, menkul mallarda tahliyenin kabz için yeterli olmadığını savunurlar. Bu yüzden az önceki örnekte satıcının tahliye etmesine ek olarak türüne ve fiziki hacmine göre eşyanın ele alınması (*tenâvül*) veya satın alınan yerden başka bir yere taşınması (*nakil*) ya da hareket ettirilmesi gerektiği görüşündedirler.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, thk. Muhammed Necib el-Mutî', 9/333; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 32/259-262.

<sup>54</sup> Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, thk. Zekeriyâ 'Umeyrât, 6/413; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, nşr. Muhammed Ali Beydûn, 4/93; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kinâ'*, thk. Heyet, 7/504.

<sup>55</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/244; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, thk. Muhammed Halil 'Aytânî, 2/94; Buhûtî, *Şerhu Münteha'l-îrâdât*, 3/241; Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. 'Arafe ed-Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî 'ala's-Şerhi'l-kebîr* (Kahire: Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-'Arabiyye, t.y.), 3/145.

<sup>56</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/244; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/145; Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, 74 sonrası.

<sup>57</sup> İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid, 7/96.

<sup>58</sup> Buhûtî, *Şerhu Münteha'l-îrâdât*, 3/241.

<sup>59</sup> İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid, 7/96.

<sup>60</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/245.

<sup>61</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, thk. Muhammed Halil 'Aytânî, 2/95-96; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/144; Koshnaw, *Şafîî Mezhebinde Kabz İle İlgili Hükümler*, 17 ve sonrası.

Buğday yığını, hayvan sürüsü ve ticaret malları (*uruz*) gibi tartı, ölçü veya sayıya itibar edilmeksizin (*cüzâfen*) devredilen menkullerin kabzı, Hanefî mezhebinde o malın cinsine göre devralanın eline vermek, yanına koymak veya ortada olup göstererek kabzına izin vermekle (*tahliye*) gerçekleşir. Meselede cumhûru temsil eden Malikî, Şafîî ve Hanbelî hukukçulara göre ise bu tür mallar, örf dikkate alınarak buldukları yerden taşınmaları veya hareket ettirilmeleriyle kabzedilir.<sup>62</sup>

## 2.2. Kabzın Hukukî Etkileri ve Sorumlulukla İlişkisi

İslam borçlar hukukunda kabzın akitler üzerinde son derece önemli etkileri vardır. Bu etkilerden biri taraflar arasındaki akdin hukuki sonuç doğurup doğurmamasıyla ilgilidir. Bunun yanında akit konusu malın kabz edilmesi de devralan kişinin söz konusu mal üzerinde yeni tasarruflar yapma yetkisiyle yakından bağlantılıdır. Kabzın bir diğer önemli etkisi ise makalemizin ana konusu olan malın hasar sorumluluğu dahil her türlü sorumluluğunun karşı tarafa intikal etmesidir.

Kabzın hukukî sonuç doğurmaya etkisiyle ilgili olarak genel kural kabz eyleminin, akdin kuruluşu esnasında şart olmadığı; akdin tamamlanmasını müteakip doğan bir yükümlülük olduğu yönündedir. Başka bir ifadeyle kabz, birçok akdin oluşmasında önemli bir etkiye sahip değildir. Hanefîlere göre tarafların irade beyanları, cumhûra göre bununla birlikte tarafların ve konunun bulunması akdin hukuki sonuç doğurması için yeterli sayılmıştır. Bunun neticesinde kabz, akdin oluşumuyla kendiliğinden meydana gelen bir sonuç kabul edilir. Örneğin bir kira akdinde mal sahibi ve kiracının irade beyanları (*icap ve kabûl*) akdin kuruluşu için kâfidir. Bunun için ayrıca kiracının akit konusu malı kabz etmesi gerekmez. Akdin bir sonucu olarak mal sahibi malı kiracıya teslim etmekle yükümlüdür. Genel kural bu olmakla birlikte kabz, bazı akitler için büyük önemi haizdir. Buradan hareketle fakihler, akitleri kabza duydukları ihtiyaç açısından kabza ihtiyaç duyan akitler ile buna ihtiyaç duymayan akitler şeklinde iki ana başlık altında incelemişlerdir.<sup>63</sup>

Kabza ihtiyaç duymayan akitlerin rükün ve unsurlarına uygun şekilde kurulmaları sonuçlarının doğması için yeterlidir.<sup>64</sup> Bu tür akitlere satım ve kira akitleri örnek gösterilebilir. Söz konusu akitlerde hukukî sonucun doğması için ayrıca akit konusunun kabzına ihtiyaç yoktur. Fakat bu tür akitlerde mülkiyetin istikrarı yani akdin herhangi bir sebeple fesholmasının önüne geçilmesi için kabzın gerçekleşmesi gerekir. Örneğin satım akdinin kuruluş aşamasında konunun kabzına ihtiyaç yoktur. Ancak onun kabz edilmemesi halinde akit istikrar kazanamaz. Bu nedenle malın teslim öncesi herhangi bir sebeple ciddi hasar görmesi akdin devamına engel teşkil eder ve akit kendiliğinden fesholur. Şayet mal müşteri tarafından kabzedilirse akit sağlama alınmış olur ve istikrar kazanır. Böylece malın sorumluluğu artık müşteriye geçer ve zarar durumunda akdin fesholma riski ortadan kalkar.<sup>65</sup>

Konu edindikleri malların kabzına önemli derece ihtiyaç duyan akitlere gelince bunların yapılarına göre sıhhat (*geçerlilik*) veya lüzûm (*bağlayıcılık*) kazanmaları kabza bağlıdır. Ayrıca bu tür akitlerde akit konusu malın mülkiyetinin intikali için mutlaka ilgili kişi tarafından kabz edilmesi gerekir.<sup>66</sup> Hukuken geçerli sayılmaları için konu edindikleri malların kabz edilmesinin sıhhat şartı olduğu akitler sarf, selem, mudâraabe, müzâraa ve müsâkat

<sup>62</sup> Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, nşr. Muhammed Ali Beydûn, 4/97; Buhûti, *Keşşâfî'l-kinâ'*, thk. Heyet, 7/503.

<sup>63</sup> 'Aynî, *el-Binâye*, 7/5; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, thk. Muhammed Hasan Muhammed, 4/4; Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, thk. Zekerîyya 'Umeyrât, 6/12; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, nşr. Muhammed Ali Beydûn, 3/374; Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-ser'iyye*, 239.

<sup>64</sup> Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-ser'iyye*, 239; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 4/245-246.

<sup>65</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280-281.

<sup>66</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280-281; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, 32/279.

akitleridir.<sup>67</sup> Mesela altın, gümüş veya nakit paraların kendi cinsiyle yahut başka cins parayla mübadelesini<sup>68</sup> ifade eden sarf akdinde bedellerin peşin ve karşılıklı olarak ödenmeleri âlimlerin ittifakıyla gereklidir.<sup>69</sup> Aksi takdirde akit fasit (*geçersiz*) sayılır.

Rükün ve unsurlarına uygun olarak kurulmalarına rağmen -her ne kadar sahih kabul edilseler de- kabzdan önce bağlayıcılık (lüzûm) vasfı kazanamayan akitler, karşı taraf malı teslim almadığı sürece tek taraflı olarak feshedilebilirler. Bu tür akitler ancak akit konusunun, devralan kişi tarafından kabzedilmesiyle tamamlanır.<sup>70</sup> Kabzın lüzûm şartı olduğu akitlere rehin akdi örnek gösterilebilir.<sup>71</sup> Bir alacak karşılığında teminat işlevi görmek ve gerektiğinde bedelinden bu hakkı tahsil etmek üzere bir malın alacaklı tarafından alıkonulmasını sağlayan akit<sup>72</sup> şeklinde tanımlanan rehin akdinde rehin verilen malın kabz edilmesinin şart olduğu âlimler arasında ittifak konusudur.<sup>73</sup> Hanefî, Şafîî ve Hanbelî fakihleri, kabzı rehin akdi için lüzûm şartı kabul ederken<sup>74</sup> Malikî mezhebi, bunu akdi tamamlayıcı bir şart olarak görmektedir.<sup>75</sup> Dolayısıyla rehin akdi konunun kabzedilmesiyle bağlayıcılık vasfı kazanır. Kabzdan önce taraflar akdi bozabilir.

Kabz, bir kısım akitlerde de konunun mülkiyetinin intikali için son derece önemli bir yere sahiptir. Bu akitlerde kabzın gerçekleşmemesi, akdin hukuki sonucunun doğmasına engel teşkil eder. Bu tür akitlere aynı akitler denir. Daha çok iyilik ve yardımlaşma ilkelerine dayandıklarından aynı akitlerin bağlayıcı olabilmeleri ve hukuki sonuçlarını sağlıklı bir şekilde doğurabilmeleri için akdin varlığını pekiştiren kabzın bulunması gerekir. Hibe, âriyet, vedia ve karz gibi akitler aynı akitlerdendir.<sup>76</sup> Dolayısıyla örneğin hibe akdinde Malikîler dışında Hanefî, Şafîî ve mislî mallar özelinde Hanbelî fakihlere göre hibe edilen mal mutlaka kabz edilmelidir.<sup>77</sup> Malın hibe edilen şahıs tarafından kabz edilmemesi durumunda mülkiyetin intikali gerçekleşmez.<sup>78</sup> Hanefî mezhebinde, hibe akdinde olduğu gibi âriyet akdinde de kabz şarttır. Bir kimseye bir malın menfaatini karşılıksız olarak devretmek<sup>79</sup> anlamına gelen âriyet akdinde, ödünç verilen şeyin menfaatlerinin devri için malın, ödünç alan şahıs tarafından kabzedilmesi gerekir.<sup>80</sup>

<sup>67</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280-281; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletühü*, 4/245; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, 32/283-288.

<sup>68</sup> 'Aynî, *el-Binâye*, 7/501; Bilal Aybakan, "Sarf", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 36/138.

<sup>69</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/113; Nevevî, *el-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî', 9/506; 'Aynî, *el-Binâye*, 7/504; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 4/229; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, 32/283.

<sup>70</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280-281; Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-şer'îyye*, 239-240; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, 32/288.

<sup>71</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280-281; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, 32/288.

<sup>72</sup> İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid, 10/68; Halit Çalış-Hasan Hacak, "Rehin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 34/539.

<sup>73</sup> Muhammed bin Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasid* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1982), 2/274.

<sup>74</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/445; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, thk. Muhammed Halîl 'Aytânî, 2/165; Zeynüddin bin İbrahim İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997), 8/429.

<sup>75</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/274.

<sup>76</sup> Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 5/245.

<sup>77</sup> Malikî fakihler ise hibe akdinde kabzı şart görmezler. Onlara göre söz konusu akdin rükün ve unsurlarının yerine getirilmesi bağlayıcılık için yeterlidir. Malikî fakihler ise hibe akdinde kabzı şart görmezler. Onlara göre söz konusu akdin rükün ve unsurlarının yerine getirilmesi bağlayıcılık için yeterlidir. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/274; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/240; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 5/245; Koshnaw, *Şâfi Mezhebinde Kabz İle İlgili Hükümler*, 32-33.

<sup>78</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/240; Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 280; Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-şer'îyye*, 239-240.

<sup>79</sup> Serahsî, *el-Mevsû't*, 11/133; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/433.

<sup>80</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 6/213; Hafîf, *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-şer'îyye*, 239.



Kabzın önemli sonuçlarından birisi de kabz edilmiş malda yeni tasarruflar inşa etme yetkisinin kazanılmasıdır.<sup>81</sup> Fukahâ, kabz edilen malda tasarruf edilebileceği konusunda ittifak halinde olsalar da kabz öncesi tasarruf hakkında iki farklı görüş benimsemişlerdir. Bazı farklılıklar olmakla birlikte Hanefiler ve Malikîler, kabz öncesi tasarrufu belli mallarda caiz görmüşlerdir. Malikîler malın gıda maddesi olup olmamasını dikkate alırken Hanefiler menkul-gayrimenkul ayrımını gözetmişlerdir. Kabz öncesi tasarrufu caiz görenler arasında en geniş görüşe sahip olan Malikîlere göre, gıda maddeleri hariç her çeşit malda kabzdan önce başta satış olmak üzere her türlü hukukî tasarruf yapılabilir.<sup>82</sup> Hanbelî mezhebindeki bir görüşe göre de hüküm böyledir.<sup>83</sup> Bu görüşü savunanların gıda maddelerini istisna etmelerinin sebebi, hadislerde kabz öncesi satılması yasaklanan malların, yalnızca gıda maddelerine hasredilmiş olmasıdır. Konuyla ilgili bazı hadisler şunlardır: “Kim bir yiyecek satın alırsa onu ölçmeden satmasın.”<sup>84</sup> Abdullah b. Abbas (r.a) ve Ebu Hüreyre (r.a), Hz. Peygamber’in (s.a.s) ölçümü yapılmadan yiyecek maddesinin satışını yasakladığını naklederler.<sup>85</sup> “Abdullah b. Ömer şöyle demiştir: “Biz üretici kabilelerinden götürü usulle yiyecek satın alırdık. Hz. Peygamber (s.a.s) aldığı bu yiyeceği başka bir yere taşımadan satmamızı yasakladı.”<sup>86</sup>

Hanefiler, kabz edilmemiş malda yeni malikin tasarrufunu, malın menkul veya gayrimenkul olmasına göre değerlendirmişlerdir. Bundan dolayı Hanefî fukahasına göre türüne bakılmaksızın menkul mallarda kabz öncesi tasarruf caiz değildir.<sup>87</sup> Hanefî fakihler, gıda maddesini konu edinen hadislerin menkul malları da kapsadığı görüşündedir. Ayrıca gıda maddesini tahsis etmeyen, mutlak olarak kabz edilmemiş malın satışını yasaklayan hadisler de vardır.<sup>88</sup> Hakîm b. Hizâm, Hz. Peygamber’in (s.a.s) kendisine “Eline geçirmedeğin şeyi sakın satma!” buyurduğunu nakletmiştir.<sup>89</sup> Hz. Peygamber (s.a.s) ‘Attâb b. Üseyd’i Mekke’ye kadı ve vali olarak tayin ettiğinde “Onlara kabzetmedikleri şeylerin satışını yasakla!” buyurmuştur.<sup>90</sup> Hanefilerden İmam Ebû Hanîfe (öl. 150/767) ve talebesi İmam Ebû Yusuf (öl. 182/798), gayrimenkul malların kabz öncesi hasar görmesinin ender bir hadise olduğundan yola çıkarak, bunların üzerinde kabz öncesi yapılacak tasarruflarda herhangi bir sakınca görmemişlerdir. Hanefî mezhebinde tercih edilen görüş budur.<sup>91</sup>

<sup>81</sup> Kazvînî, *el-Azîz*, thk. Ali Mu’avvid-Adil Abdülmevcûd, 4/286; Avcı, *İslam Hukukunda Kabz Öncesi Satışın Hükümü*, 75; Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, 143 ve sonrası; Atalay, *İslam Hukukunda Kabz*, 140.

<sup>82</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/144.

<sup>83</sup> Şamsüddîn Ebû’l-Ferac Abdurrahman bin Muhammed İbn Kudâme, *eş-Şerhü’l-kebîr*, thk. Abdullah bin Abdilmuhsin et-Türkî-Abdülfettâh el-Huluv (Mısır: Daru Hecer, 1414/1993), 11/504.

<sup>84</sup> Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî İmâm Mâlik, *el-Muwatta’*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsî’l-‘Arabî, 1406/1985), “Büyü”, 40-41; Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî Ahmed b. Hanbel, *el-Müşned*, thk. Şu’ayb el-Arnaût-‘Âdil Mürşid (Dimeşk: Müessesetü’r-risâle, 1421/2001), 1/457 (No. 396); Ebû Abdillâh Muhammed bin İsmail el-Buhârî, *el-Câmi’u’s-sahîh*, thk. Muhammed Züheyr bin Nâsır en-Nâsır (Beyrut: Daru Tavkî’n-Necât, 1422), “Büyü”, 55 (No. 2135-2136); Ebû’l-Hüseyn Müslim bin el-Haccâc, *el-Câmi’u’s-sahîh*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsî’l-‘Arabî, t.y.), “Büyü”, 29; Ebû Davûd Süleyman bin el-Eş’as, *Sünen Ebî Davûd*, thk. Şuayb el-Arnaût-Muhammed Kamil Karabelli (Lübnan: Dâru’r-Risâleti’l-‘Âlemiyye, 1999), “Büyü”, 67 (No. 3492).

<sup>85</sup> Ahmed b. Hanbel, *el-Müşned*, 4/355 (No. 2585); Müslim, “Büyü”, 39-40; Ebû Davûd, “Büyü”, 67 (No. 3492).

<sup>86</sup> İmâm Mâlik, “Büyü”, 42; Müslim, “Büyü”, 33; Ebû Davûd, “Büyü”, 67 (No. 3493).

<sup>87</sup> İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, thk. ‘Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu’avvid, 7/369; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/237.

<sup>88</sup> Ahmed b. Hanbel, *el-Müşned*, 24/25 (No. 15311); Ebû Bekir Ahmed bin Hüseyin el-Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkâdir ‘Atâ (Beyrut: Darü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2003), 5/554-555; İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, thk. ‘Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu’avvid, 7/369; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/237.

<sup>89</sup> İmâm Mâlik, “Büyü”, 43; Ahmed b. Hanbel, *el-Müşned*, 24/25 (No. 15311); Ebû Davûd, “Büyü”, 70 (No. 3503); Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/554-555.

<sup>90</sup> Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/554.

<sup>91</sup> İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, thk. ‘Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu’avvid, 7/369; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/237.

Şafiiler, diğer bir görüşe göre Hanbeliler ve Hanefilerden İmam Muhammed (öl. 189/805), her türlü malda kabz öncesi tasarrufu yasaklamışlardır.<sup>92</sup> Bu görüşü savunanlar, kabzedilmeden önce malın üzerinde yapılacak tasarrufu belli bir sınıf malı tahsis etmeden yasaklayan hadislerle dayanarak, akit konusu malın gıda maddesi veya menkul olup olmamasını gözetmeksizin her türlü malda kabz öncesi tasarrufu yasaklamışlardır. Bu görüşün delili yukarıda geçen Hakîm b. Hizâm'ın rivayet ettiği hadis ile malın türüne değinmeden kabz öncesi tasarrufu yasaklayan diğer hadislerdir.<sup>93</sup>

Kabzın en önemli sonuçlarından birisi de akit konusu malın sorumluluğunun intikalidir. Başka bir ifadeyle malın, eski sahibinin uhdesinden yeni sahibinin uhdesine geçmesidir. Meselenin önemine binaen ve makalemizin ana konusunu oluşturmasından dolayı kabz eyleminin meydana getirdiği bu son sonuç ile ilgili bilgi ve düşünceler, müstakil bir başlık altında incelenecektir.

### 2.3. Kabz-Sorumluluk İlişkisi

İslam borçlar hukukunda kural olarak mal, zilyedinin sorumluluğundadır. Dolayısıyla bir malın akitle el değiştirmesi bu malın sorumluluğunun da intikal ettiğini gösterir. Bunun neticesinde malın kabzdan sonra telef olması, eksilme veya ayıplanması durumunda zararı üstlenecek kişi malı devralandır. Bu hususta âlimler arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır.<sup>94</sup> Burada bahsi geçen sorumluluğun daha çok damân akitlerinde söz konusu olduğu açıktır. Çünkü vedâ ve âriyet gibi emânet akitleriyle kira gibi çift vasıflı akitlerde malın sorumluluğu kabzla değil; teaddiyle intikal eder.<sup>95</sup>

Malın sorumluluğunun kabzeden kişiye ait olması, kural olarak fakihlerce benimsenen görüş olmakla birlikte akit konusu malın sorumluluğunun kabzdan önce mücerret akdin kurulmasıyla intikal edip etmeyeceği ihtilaf konusudur. Bu tür bir akde konu olan malın sorumluluğunun intikaliyle ilgili asıl tartışma konusu bir damân akdi olan satım (bey') akdi çerçevesinde şekillenmiştir. Mütekavvim (dinen yararlanılması mübah olan) bir malı, başka bir mütekavvim mal karşılığı mülkiyeti devretmek ve devralmak üzere değişmek<sup>96</sup> şeklinde tanımlanan satım akdinde malın mülkiyetinin akitle müşteriye geçeceği kabul edilmekle birlikte sorumluluğun kabz öncesi intikali âlimler arasında tartışmalı bir konudur. Fakihlerin bir kısmı, bunun için satım akdinin kurulmasını yeterli görürken, çoğunluğu temsil eden diğer kısım ise akdin kurulmasıyla birlikte kabzın da fiilen veya hükmen gerçekleşmesi gerektiği görüşündedir.

Sorumluluk için kabzı şart görmeyip sırf akdin kurulmasını yeterli bulanlar Malikî, Hanbelî ve Zahirî mezhepleridir. Meselede en uç noktayı temsil eden Zahirî ekolü, her çeşit malın sorumluluğunun akit ile intikal edeceğini, bunun yanında ayrıca müşterinin kabzının gerekli olmadığını ileri sürmüştür.<sup>97</sup> Malikî ve Hanbelî mezheplerinde, ölçümü yapılarak

<sup>92</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî', 9/318-319; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid, 7/369;.

<sup>93</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhü'l-kebîr*, thk. Abdullah bin Abdilmuhsin et-Türkî-Abdulfettâh el-Huluv ,11/ 505; Nevevî, *el-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî', 9/318-319; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid , 7/369.

<sup>94</sup> Ebü'l-Hasan Ali bin Muhammed el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Ali Mu'avvid-'Âdil Abdülmevcûd (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994), 5/207; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/241; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/145.

<sup>95</sup> Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/229.

<sup>96</sup> Abdullah bin Mahmud el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*, thk. Şu'ayb el-Arnaût-Ahmet Berhûm-Abdüllatif Hîrz Allah (Dimeşk: Darü'r-Risâleti'l-'Alemiyye, 2010), 2/5; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, thk. Muhammed Hasan Muhammed, 4/3; Ayrıca bk. Ali Bardakoğlu, "Bey", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 6/13.

<sup>97</sup> Ebû Muhammed Ali bin Ahmed İbn Hazm, *el-Muhallâ*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir (Mısır: et-Tibâ'atü'l-Müniriyye, 1350), 8/379.

satılanlar (*mukadderât*) hariç her türlü mal, akdin kurulmasıyla müşterinin sorumluluğundadır.<sup>98</sup> Bu görüşü savunan fakihlere göre akdin, tarafların karşılıklı irade beyanları sonrası kurulmuş olması ve mülkiyetin böylece intikal etmesi malın sorumluluğunun da karşı tarafa geçmesi için yeterli bir sebeptir. Kabzın, mülkiyetin intikali için gerekli olmadığı gibi hasar sorumluluğunun intikali için de gerekli değildir. Yine satıcının akdin kuruluşunu müteakip malı karşı tarafa teslim etme zorunluluğu, akitten asıl amaç olan malın mülkiyetinin ve evleviyetle sorumluluğunun karşı tarafa ait olduğunun en açık göstergesidir. Bu görüş sahiplerinin ileri sürdükleri gerekçeler arasında en güçlü ve muteber olanı ise Hz. Peygamberin (s.a.s) “yarar, tazminât karşılığındadır”<sup>99</sup> hadisine dayanan ve İslam ulemâsı tarafından benimsenen “bir şeyden yararlanmak onun hasarına katlanmak karşılığındadır”<sup>100</sup> kaidesidir. Bu genel fikhî kurala göre malın aynından ve gelirinden istifade eden taraf, tazminini de üstlenmektedir. Mülkiyetin intikali akdin kurulmasıyla gerçekleştiğine göre sorumluluğun da kabza ihtiyaç duymaksızın akitle intikal etmesi gerekir.<sup>101</sup>

İslam hukukçularının çoğu malın sorumluluğunun el değiştirmesi için akdin kurulmasını yeterli görmez. Akdin yanında kabzın da gerçekleşmesini şart koşarlar. Bu anlamda satıcının sorumluluğu, akit konusu malın müşteri tarafından kabz edilmesine kadar devam eder. Bu görüşü savunanların başında Hanefîler ve Şafiîler gelmektedir.<sup>102</sup> Hanbelî mezhebinde bir görüşe göre de hüküm böyledir.<sup>103</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de de tercih edilen bu görüş şöyle açıklanmıştır: “Mebî’ kabl’l-kabz bâyi’in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zarârı bâyi’e ait olur. Mebi’ ba’de’l-kabz telef olsa bâyi’ hakkında bir şey terettüp etmeyip zarârı müşteriye ait olur.”<sup>104</sup>

Her ne kadar Malikî ve Hanbelî mezheplerinde ilke olarak sorumluluğun akitle birlikte müşteriye geçeceği anlayışı hâkim olsa da ölçümü yapılarak satılan mallarda (*mukadderât*) kabz gerçekleşmediği müddetçe sorumluluğun satıcıya ait olduğu görüşü benimsenmiştir. Ayrıca Mâlikî fakihler, sorumluluğun sırf akitle intikal edeceği ilkesinden -malın mukadderattan olması haline ilaveten- dört durumu da istisna etmişler ve bu durumlarda sorumluluğu kabza bağlamışlardır. Bunlardan ilki müşterinin görmediği ve belirli özelliklerinin kendisine bildirilmesi sonucu satın aldığı malın sorumluluğudur ki bu durumda sorumluluk müşterinin onu görüp kabzetmesi ile intikal eder. Müşterinin akdi onama veya feshetme (*muhayyerlik*) hakkına sahip olma şartıyla satın aldığı ve henüz kabz etmediği malda da sorumluluk satıcındır. Sebze ve meyvelerin olgunlaşmasından önce satımında, olası beklenmeyen bir hal (*câiha*) sonucu telef olmaları ihtimaline karşı sorumluluğun intikali yine kabza bağlanmıştır. Son olarak rükün ve unsurları dışındaki şart ve vasıfları hukuka aykırı olan fâsit satışta akit konusu, kabz öncesi satıcının sorumluluğundadır.<sup>105</sup>

Malın sorumluluğunun intikalini kabza bağlayan fakihlerin ileri sürdükleri gerekçeler arasında satıcının malı, karşı tarafa eksiksiz teslim etme yükümlülüğüyle ilgili kural vardır.

<sup>98</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/185; Ebü’l-Kâsım Muhammed bin Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye fi tellâsi mezhebi’l-Mâlikiyye*, thk. Muhammed bin Seyyidi Muhammed Mevlay (Kuveyt: y.y., t.y.), 393.

<sup>99</sup> Ebû Davûd, “Büyü”, 73 (No. 3508).

<sup>100</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/ 88, 90; Ali Bardakoğlu, “Garâmet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/359.

<sup>101</sup> İbn Hazm, *Muhallâ*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, 8/379; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/185; İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye*, thk. Muhammed bin Seyyidi Muhammed Mevlay, 393; Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, 185-187; Atalay, *İslam Hukukunda Kabz*, 133.

<sup>102</sup> el-Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 5/238; Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahya bin Şeref en-Nevevî, *Minhâcü’t-tâlibîn ve ‘umdetü’l-müftîn* (Cidde: Dâru’l-Minhâc, 2005), 224; Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/275.

<sup>103</sup> Buhûtî, *Şerhu Münteha’l-îrâdât*, 3/233.

<sup>104</sup> Haydar, *Dürer*, çev. Fehmî el-Hüseynî, 1/275-279.

<sup>105</sup> İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye*, thk. Muhammed bin Seyyidi Muhammed Mevlay, 393.

Şöyle ki akdin gereği olarak müşterinin bedeli, satıcının ise malı karşı tarafa eksiksiz ve sorunsuz bir şekilde teslim etme yükümlülüğü söz konusudur. Akit konusunun hasarsız teslim edilmesinin satıcıya ait olmasının zorunlu sonucu söz konusu malın sorumluluğunun da ona ait olduğudur. Ayrıca müşteri, eksiksiz teslim ettiği bedel karşılığında malı da eksiksiz alma hakkını kazanmıştır. Kendisinin sebep olmadığı bir zarar yüzünden bu hakkından mahrum kalması adalete aykırıdır. Bunun yanında akit konusu malın müşteriye teslim edilme yükümlülüğünün ifası, malın satıcının elinde telef olmasıyla imkânsız hale gelir ki bunun sonucu akdin gereğinin yerine getirilmemesidir. Bir diğer gerekçe ise müşterinin satın aldığı mal üzerinde kabz öncesi tasarruf yetkisinin bulunmamasıdır. Her ne kadar akit konusu malın mülkiyeti, akitle müşteriye geçse de müşterinin bu mal üzerinde kabz öncesi tasarruf hakkı yoktur. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.s), kabzedilmemiş malın satımını yasaklamıştır.<sup>106</sup> Bu yasağın tabii sonucu kişinin tasarruf hakkının bulunmadığı maldan sorumlu olmamasıdır.<sup>107</sup>

### Sonuç ve Değerlendirme

İslam borçlar hukukunda akdin, akde konu olan malın kabzıyla önemli bir bağı vardır. Tarafların irade beyanlarıyla hukukî bir varlık kazanan akit, mal ve bedel mülkiyetlerinin karşılıklı olarak yer değiştirmesiyle sonuçlanmaktadır. Ancak özellikle damân akitlerinde akdin istikrar bulması ve sağlam bir zemine oturması için bilhassa akit konusu malın yeni sahibi tarafından kabz edilmesinin, malın sorumluluğu üzerinde oldukça kritik bir önemi vardır.

Kabzın şekliyle ilgili tartışmalara bakıldığında her türlü malda tahliyeyi yeterli gören Hanefî hukukçuların bu alanda bir esneklik sağladığı açıktır. Bunun aksine tahliyeyi taşınmaz mallar dışında yeterli bulmayan cumhûr ulemânın görüşü ise akdin ve tarafların güvenliğini azamî derecede korumayı hedeflemektedir. Günümüzde bazı ticarî işlemlerin oldukça karmaşık bir hale bürünmesi, çağın gerektirdiği hızlilik olgusu ve insanların hemen hemen her gün gerçekleştirdiği birçok mali işlemde pratik yöntemleri araması ve uygulaması, tartışmanın esneklik ilkesini savunan görüşünü bir adım öne taşıırken, yine günümüzde ticarî işlemler özelinde aşırı derecede çoğalan hukuksuzluklar neticesinde meydana gelen güvensizlik hali cumhûr ulemânın görüşünün tercih edilmesi yönündeki gerekçeleri güçlendirmektedir. Görünen o ki kabzın şeklini beyan eden bir nass bulunmadığı için her mezhep kendi yöresindeki örfe ve yaşadığı çağın câri adetlerine uygun olarak kabzın şeklini belirlemeye çalışmıştır. Bu sebeple hangi davranışların hangi tür mallarda kabz olduğuna hükmetmek için şer'î bir delil kabul edilen örfe başvurmanın gerekliliği en doğru tercih olmalıdır.

Yukarıda vurgulanan esneklik ve güvenlik ilkeleriyle temelini ve arka planını açıklayabileceğimiz bir diğer tartışma konusu ise kabz öncesi mal üzerinde çeşitli tasarrufların icra edilip edilmemesiyle ilgilidir. Bir önceki meselenin aksine konuyla alakalı Hz. Peygamberden (s.a.s) gelen birtakım hadislerin bulunması, konuyu örfle değil ilgili hadislerin anlaşılması ve yorumlanmasıyla sonuca ulaştırmayı gerektirmiştir. Türüne bakılmaksızın kabz edilmeyen her türlü mal üzerinde tasarrufu yasaklayan hadislerin zahiriyle yetinen Şafiîler, Hanbelîler ve Hanefîler'den İmam Muhammed, tarafların zarara uğrama ihtimalini en aza düşürürken bu görüşü uygulama esnasında meydana gelebilecek sıkıntıları ikinci plana atmışlardır. Bu düşüncede olduğu gibi rivayetlerin zahiriyle amel eden Malikîler, söz konusu

<sup>106</sup> İmâm Mâlik, "Büyû", 40; Ahmed b. Hanbel, *el-Muşned*, 1/457 (No. 396); Ebû Davûd, "Büyû", 70 (No. 3492); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/554-555.

<sup>107</sup> Ebu İshâk İbrahim bin Ali eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1995), 2/70; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Ali Mu'avvid-Âdil Abdülmevcûd, 5/137; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/303; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 32/293.

hadislerde gıda maddelerinin vurgulanmasından yola çıkarak yasaklayıcı bir kaynak bulunmadığı için bu vasıfta olmayan her türlü malda tasarrufu caiz görmüşlerdir. Hadislerin zahiriyle yetinmeyip arka planda gizli olan soyut ilkeyi tespit etme çabasında olan Hanefiler ise kabz öncesi mal üzerindeki tasarrufun akdin ve tarafların zarar görmemesi ilkesine dayandığını ve bu zararın çoğunlukla menkul mallarda söz konusu olduğunu öne sürerek taşınmaz/gayrimenkul mallarda tasarrufu, insanların ticarî işlemlerinde kolaylık ve esneklik sağlanması amacıyla caiz görmüşlerdir.

Kabz öncesi akit konusu malın sorumluluğunun taraflardan hangisine ait olduğu meselesinde tüm sorumluluğu müşteriye yükleyen Malikîler ve Hanbelîler'in dayandığı delillerin bir kısmının yanlış yorumlamadan kaynaklandığı ihtimaller arasındadır. Nitekim bu görüş sahipleri, temel gerekçeleri arasında ileri sürdükleri "Yarar tazminât karşılığıdır" hadisinin yanı sıra bundan türetilen ilgili fikhî kuralı, mülkiyet-tazmin bağlamında ele almışlardır. Hâlbuki söz konusu rivayet, metnin zahirinden de anlaşılacağı üzere faydalanma-tazmin çerçevesinde değerlendirilmelidir. Nitekim gasp örneğinde olduğu gibi malın mülkiyeti, her zaman ondan istifade etme imkânı sağlamaz. Üstelik kabz öncesi malda -türüne göre farklılık gösteren- tasarruf yasağının, müşterinin akit konusundan tam anlamıyla istifade etmesinin önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Tasarruftan ve faydalanmadan mahrum olan müşteriye sorumluluğu yüklemek, adalete aykırı olmasının yanında suistimallerin de önünü açacaktır. Bundan dolayı akdin kuruluşundan başlamak suretiyle devralan kişiye teslim edilene kadar akit konusu malın sorumluluğunun, malı devreden kişiye ait olması hakkaniyet ilkesine daha yakın olduğu kabul edilmelidir.

### Kaynakça | References

- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî. *el-Müsned*. thk. Şu'ayb el-Arnaût-'Âdil Mürşid. 45 Cilt. Dimeşk: Müessesetü'r-risâle, 1421/2001.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*. Konya: Sayram Yayınevi, 2003.
- Aktan, Hamza. "Daman", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/450-453. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Apaydın, Hacı Yunus. "Kabz", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 24/45-49. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Atalay, Arif. *İslam Hukukunda Kabz*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012.
- Avcı, Ali. *İslam Hukukunda Kabz Öncesi Satışın Hükmü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1996.
- "Sarf", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 36/137-140. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- "Uhde", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 42/53-54. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- 'Aynî, Ebû Muhammed Mahmûd bin Ahmed. *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*. 14 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikir, 2. Basım, 1990.
- Bardakoğlu, Ali. "Bey'", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/13-19. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- "Garâmet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13/359-361. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed bin Hüseyin. *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkâdir 'Atâ. 11 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamîyye ve istilâhat-ı fihhiyye kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.
- Buhârî, Alâüddîn Abdülazîz bin Ahmed. *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli'l-Bezdevî*, nşr. Mahmud Muhammed Ömer. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed bin İsmail. *el-Câmi'u's-sahîh*, thk. Muhammed Züheyr bin Nâsir en-Nâsir. 9 Cilt. Beyrut: Dâru Tavkî'n-Necât, 1422.
- Buhûtî, Mansûr bin Yunus. *Keşşâfü'l-kinâ' 'ani'l-İknâ'*. thk. Heyet. 15 Cilt. Suudi Arabistan: Adalet Bakanlığı, 2000.
- Şerhu Münteha'l-irâdât. 7 Cilt. Dimeşk: Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2000.

- Cürcânî, Ali bin Muhammed es-Seyyid. *et-Ta'rifât*. nşr. Muhammed Bâsil 'Uyûnü's-sûd. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1403.
- Çalış-Hacak, Halit-Hasan. "Rehin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 34/538-542. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. 'Arafe., *Hâşiyetü'd-Desûkî 'ala's-Şerhi'l-Kebîr*. Kahire: Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-'Arabîyye, t.y.
- Düreynî, Fethî. *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*. Dimeşk: Menşûrât Câmi'ati Dimeşk, 1996.
- Ebû Dâvûd, Süleyman bin el-Eş'as. *Sünen Ebî Dâvûd*, thk. Şuayb el-Arnaût-Muhammed Kamil Karabelli. 7 Cilt. Lübnan: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemîyye, 1999.
- Eren, Hasan. *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu, 1988.
- Feyyûmî, Ahmed bin Muhammed bin Ali el-Mukrî. *el-Misbâhü'l-münîr*. Kahire: el-Matba'atü'l-Emîriyye, 1922.
- Fîrûzâbâdî, Mecdüddin Muhammed bin Yakub. *el-Kâmûsü'l-muhîd*. thk. Muhammed Na'im el-'Arksûsî. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 8. Basım, 2005.
- Hafîf, Ali. *Ahkâmü'l-mü'âmelâti's-şer'iyye*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008.
- ed-Damân fi'l-fikhi'l-islâmî*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2000.
- Hattâb, Ebû Abdillâh Muhammed bin Abdurrahman Mağribî. *Mevâhibü'l-Celîl fi şerhi Muhtasari Halîl*. thk. Zekerîyya 'Umeyrât. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1995.
- Haydar, Ali. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. çev. Fehmî el-Hüseynî. 4 Cilt. Riyad: Dâru 'Âlemi'l-kütüb, 2003.
- Heyet, Heyet. *el-Mevsû'atü'l-fikhiyyetü'l-Küveytiyye*. Mısır: Dâru's-Safve, 1993-1995.
- İbn 'Âbidîn, Muhammed Emîn. *Reddü'l-muhtâr 'ala'd-Dürri'l-muhtâr*. thk. 'Âdil Ahmet Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvid. 14 Cilt. Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, 2003.
- İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed bin Ahmed. *el-Kavânînü'l-fikhiyye fi tellîsi mezhebi'l-Mâlikiyye*, thk. Muhammed bin Seyyidi Muhammed Mevlay. Kuveyt: y.y., t.y.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali bin Ahmed. *el-Muhallâ*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir. Mısır: et-Tibâ'atü'l-Münîriyye, 1350.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah bin Ahmed. *el-Muğnî*, thk. Abdullah bin Abdilmuhsin et-Türkî-Abdülfettâh el-Huluv. 15 Cilt. Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, 3. Basım, 1986.
- eş-Şerhi'l-kebîr*, thk. Abdullah bin Abdilmuhsin et-Türkî-Abdülfettâh el-Huluv. 32 Cilt. Mısır: Dâru Hecer, 1414/1993.
- İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemâlüddîn. *Lisânü'l-'Arab*. 15 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1414.

- İbn Melek, Abdülatîf. *Şerhu Menâri'l-envâr fi usûli'l-fıkıh*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1308.
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrahim el-Hanbelî. *el-Mübdî' fi şerhi'l-Mükni'*. thk. Muhammed Hasan Muhammed. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- İbn Nüceym, Zeynüddin bin İbrahim. *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- İbn Rüşd, Muhammed bin Ahmed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasid*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1982.
- İmâm Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî. *el-Muvatta'*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî. Beyrut: Dâru İhyâhi't-Türâsi'l-'Arabî, 1406/1985.
- İmre, Zahit. *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*. İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1949.
- Kahveci, Nuri. *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1997.
- "Kusur Sorumluluğu Açısından Ehliyetin Önemi". *Dini Araştırmalar Dergisi* 4/12 (Ocak-Nisan 2002), 71-85.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995.
- Karaman, Hayrettin. *Anahatlarıyla İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekir bin Mes'ûd. *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*. Beyrut: Dâr'ül-Kitâbi'l-'Arabî, 1910.
- Kaya, Zeki. *İslam Hukukunda Zilyedlik*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007.
- Kaya-Hacak, Eyüp Said-Hasan. "Zimmet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 44/424-428. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Kazvînî, Ebü'l-Kasım Abdulkerîm bin Muhammed. *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, thk. Ali Mu'avvid-Âdil Abdülmevcûd. 13 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Kisbet, Mustafa. *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*. Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010.
- Koçak, Zeki "İslam Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları". *Diyanet İlmi Dergi* 39/4 (Ekim-Kasım-Aralık 2003), 31-54.
- Koshnaw, Mohammed Jamal. *Şâfi Mezhebinde Kabz İle İlgili Hükümler*. Van: Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Mâverdî, Ebü'l-Hasan Ali bin Muhammed. *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Ali Mu'avvid-Âdil Abdülmevcûd. 19 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.



- Mevsilî, Abdullah bin Mahmud. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*, thk. Şu'ayb el-Arnaût-Ahmet Berhûm-Abdüllatif Hırz Allah. 4 Cilt. Dimeşk: Darü'r-Risâleti'l-'Alemiyye, 2010.
- Müslim, bin el-Haccâc Ebü'l-Hüseyn. *el-Câmi'u's-sahîh*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.
- Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin bin Şeref. *el-Mecmû' şerh el-Mühezzeb*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî'. 23 Cilt. Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, t.y.
- Minhâcü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müftîn*. Cidde: Dâru'l-Minhâc, 2005.
- Remlî, Şemsüddîn Muhammed bin Şihâbüddîn. *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*. nşr. Muhammed Ali Beydûn. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 3. Basım, 2003.
- Selâme, Mahmûd Muhammed. *Helâkûl-ma'kûdi 'aleyh dirase mükârane*. Mısır: Mektebetü'l-Vefâ el-Kânûniyye, 2012.
- Serahsî, Ebû Bekir Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1989.
- el-Muharrar fi usûli'l-fıkıh*, thk. Salâh bin Muhammd bin 'Uveyda. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1996.
- Süyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1983.
- Şirâzî, Ebu İshak İbrahim bin Ali. *el-Mühezzeb*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1995.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed bin el-Hatîb. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. thk. Muhammed Halîl 'Aytânî. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1997.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Topal, Şevket. *İslam Hukukunda Zilyedlik*. Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- "Zilyedlik", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 44/417-420. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Turan, Mehmet Hadi. *İslam Hukukunda Akitlerde Kabz Kavramı ve Hukuki Sonuçları*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016.
- Yıldız, Kemal. *İslam Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İfav Yayınları, 2013.
- "Sorumluluk", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 37/380-382. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Zerkâ, Ahmed Muhammed. *Şerhu'l-kavâi'di'l-fıkhiyye*. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1989.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-'âmm*. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1998.
- Zeydân, Abdülkerim. *el-Medhal li dirâseti's-şerî'ati'l-İslâmîyye*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2002.

*el-Vecîz fi usûli'l-fıkıh*. Dimeşk: Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2012.

Zeyla'î, Fahrüddin Osman bin Ali. *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*. 6 Cilt. Kahire: el-Matba'atü'l-Emîriyye, 1314.

Zühaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*. Dimeşk: Dârü'l-Fikir, 1985.

*Nazariyyetü'd-damân*. Dimeşk: Dârü'l-Fikir, 1998.