

tasavvur

tekirdag ilahiyat dergisi | tekirdag theology journal

e-ISSN: 2619-9130

tasavvur, Haziran/June 2022, c. 8, s. 1: 289-319

Hanefî Hukuk Düşüncesinde Ayn-Deyn Ayrımı ve Hukukî Düzenlemelere Etkisi -

İş ve İstisnâ' Akdi Örneği -

The Ayn-Dayn Distinction in Hanafî Legal Thought and Its Effect on
Legal Arrangements -The Example of Labor Contract and Contract of
Construction-

Ünal YERLİKAYA

Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku ABD,
Assoc. Prof., Süleyman Demirel University, Faculty of
Theology, Department of Islamic Law
unalyerlikaya@sdu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-2068-4887

DOI: 10.47424/tasavvur.1080677

Makale Bilgisi | Article Information

Makale Türü / Article Type: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Date Received: 28 Şubat / February 2022

Kabul Tarihi / Date Accepted: 09 Mayıs / May 2022

Yayın Tarihi / Date Published: 30 Haziran / June 2022

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Haziran / June

Atf / Citation: Yerlikaya, Ünal. "Hanefî Hukuk Düşüncesinde Ayn-Deyn Ayrımı ve Hukukî Düzenlemelere Etkisi - İş ve İstisnâ' Akdi Örneği -". *Tasavvur - Tekirdağ İlahiyat Dergisi* 8 / 1 (Haziran 2022): 289-319.
<https://doi.org/10.47424/tasavvur.1080677>

İntihal: Bu makale, iThenticate yazılımınca taranmıştır. İntihal tespit edilmemiştir.

Plagiarism: This article has been scanned by iThenticate. No plagiarism detected.

web: <http://dergipark.gov.tr/tasavvur> | mailto: ilahiyatdergi@nku.edu.tr

Copyright © Published by Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi,
İlahiyat Fakültesi / Tekirdag Namık Kemal University, Faculty of
Theology, Tekirdag, 59100 Turkey.

CC BY-NC-ND 4.0



Öz

Hanefî hukuk düşüncesinde ayn-deyn ayrımı, akitlerin meşruiyet koşullarından tazmin yükümlülüğüne ilişkin ilkelere kadar, borçlar hukukuyla ilgili birçok düzenlemeyi şekillendirmektedir. Bu ayrımın şekillendirici işlevinin kavranabilmesi bakımından üç husus öne çıkmaktadır. Onlardan ilki, ayn ve deynin Hanefî hukuk terminolojisindeki kavramsal içeriklerinin ne olduğu; ikincisi, malların nitelikleri ile ayn ve deyn arasında ne tür bir ilişki bulunduğu; üçüncüsü de hukukî düzenlemelere etkileri bakımından ayn ile deyn arasında ne tür mahiyet farklılıklarının bulunduğudır. Hanefî hukuk terminolojisine göre bir borç ilişkisinde deyn, tayinle taayyüne elverişli olmayan mallar (altın, gümüş ve para) bakımından, borçlunun elinde mevcut olsun veya olmasın, *henüz alacaklıya teslimi gerçekleşmemiş malı*; hâlihazırda mevcut olmayan mislî mallar bakımından, *borçlunun zimmetinde bulunan mislî malı*; mevcut mislî mallar bakımından, *küme hâlde mevcut fakat henüz ferden taayyün etmemiş mislî malı* ifade etmektedir. Zimmette bulunmaya elverişli olmamaları sebebiyle kıyemî mallar, deyn olmaya elverişli değildir. Ayn, kıyemî ve mevcut mislî mallar bakımından, *mevcut ve ferden muayyen hâle getirilmiş malı*; altın, gümüş ve para ile ilk baştan borçlunun zimmetinde deyn olarak bulunan mislî mallar bakımından, *alacaklısı tarafından kabzedilmiş malı* ifade etmektedir. Ayn ile deyn arasındaki mahiyet farklılıklarından öne çıkanı, helak ve zarar olgularının ayn bakımından tasavvur edilebiliyor olmasına karşılık deyn bakımından edilemiyor oluşudur. Kimi hukukî düzenlemeler bakımından kusursuz sorumluluk ile deyn ve kusur sorumluluğu ile ayn arasında ilişki kurulması bu durumun bir sonucudur. Bunun dışında, ayndan farklı olarak deynin ancak kabz yoluyla taayyün edebiliyor olması ve te'cîl ile tahvîl olgularının deyne özgü olup ayn bakımından söz konusu edilememesi, ayn ile deyn arasında öne çıkan diğer mahiyet farklılıklarıdır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hanefî Hukuk Düşüncesi, 'Ayn, Deyn, İş Akdi, İstisnâ' Akdi.

Abstract

The ayn-dayn distinction in Hanafî legal thought shapes directly many regulations related to the law of obligations, from the legitimacy conditions of the contracts to the principles of compensation obligation. Three aspects are

important in understanding the formative function of this distinction. The first of them is what is the conceptual content of ayn and dayn in Ḥanafī terminology. The second of them is what kind of relationship there is between the qualities of goods and ayn and dayn. The third of them is what kind of differences exist between ayn and dayn in terms of their effects on legal regulations. According to Ḥanafī terminology, in a debt relationship, dayn means goods that have not yet been delivered to the creditor, whether they are in the hands of the debtor or not, in terms of goods (gold, silver and money) that are not suitable for determination by determining. Dayn represents the identical goods that is under the responsibility of the debtor in terms of non-existing identical goods. In terms of existing identical goods, dayn represents the identical goods that exist in clusters but have not yet been determined individually. Non-standard goods are goods that are not suitable for dayn because they are not suitable for abstraction from their material existence. Ayn represents the existing and determined goods in terms of non-standard goods and existing identical goods. Ayn represents the goods received by the creditor in terms of gold, silver, money and identical goods that are in the debtor's obligation from the beginning. What stands out among the differences between ayn and dayn is that although destruction and damage can be considered for ayn, they cannot be considered for dayn. In terms of some legal regulations, establishing a relationship between strict liability and dayn and between fault liability and ayn is a result of this. The other important differences between ayn and dayn are the fact that dayn is only determined by delivery and that postponement and remittance are specific to the dayn.

Keywords: Islamic Law, Ḥanafī Legal Thought, Ayn, Dayn, Labor Contract, Contract of Construction.

Giriş

Hanefî hukuk düşüncesinde, özellikle borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından şekillendirici işlevi bulunan hususlardan biri ayn-deyn ayrımıdır. Bu ayrımın şekillendirici işlevi, ribevî mal-ribevî olmayan mal, mislî mal (maddî varlığından soyutlanabilen mal)-kıyemî mal (maddî varlığından soyutlanamayan mal), tayinle taayyün eden mal-kabzla taayyün eden mal ve mebî'-semen ayrımına bağlı olarak, öncelikle, mübâdele türlerinin

(bey', mukāyeda/trampa, selem ve istisnâ'in) hukukî varlık ve meşruiyetiyle ilgili düzenlemelerde açığa çıkmaktadır. Bunun dışında, hangi akit türünde akdin konusunun ne olduğu; zarar-tazmin yükümlülüğü ilişkisine dönük düzenlemeler belirlenirken hangi durumlarda kusur sorumluluğu hangi durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi gerektiği ve hangi akit türünde hangi tür muhayyerliğin söz konusu olduğu gibi hususlarda açığa çıkan düzenlemeler de hemen tümüyle ayn-deyn ayırımına göre şekillenmektedir. Bu sebeple, ayn ve deynin kavramsal içeriklerinin teknik yönleriyle ortaya konması; malların, misli veya kıyemî olmaları ile ayn veya deyne elverişli olmaları arasında ve tayinle taayyüne ya da kabzla taayyüne elverişli olmaları ile deynden ayna dönüşümleri arasında ne tür bir ilişki bulunduğunun tespiti Hanefî borçlar hukuku düşüncesinin kendine özgü yönüyle kavranabilmesi bakımından oldukça önemlidir. Ayna özgü durumlar ile deyne özgü durum veya olguların nelerden ibaret bulunduğunun ve hangi durumlarda aynın deyne ve hangi durumlarda deynin ayna dönüştüğünün tespiti de Hanefî borçlar hukuku düşüncesinin kavranmasında aynı öneme sahiptir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, ayn-deyn ayrımı, bu çalışmadaki başlık ve içeriğiyle, bir başka çalışmada müstakil olarak ele alınmış değildir. Bununla birlikte kimi çalışmalarda, ele alınan konuların bir gerekliliği olarak, ayn ve deynin tanımlarına yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda Bilal Aybakan'ın kaleminden çıkan "İslam Hukukunda Borçların İfası" başlıklı çalışmanın (kitap) giriş kısmında; Yakup Kara tarafından yapılan "İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığı Satımı" başlıklı çalışmanın (makale) "Deyn (Borç) Kavramı" isimli alt başlığında; Şeyma Boyalık tarafından hazırlanan "İslam Hukukunda Cins Borcu" başlıklı çalışmanın (yüksek lisans tezi) "Ayn ve Deyn Kavramları" isimli alt başlığında, söz konusu kavramlara yer verilmiştir. Pek tabii olarak sözünü ettiğimiz bu çalışmalarda, çalışmaların konuları gereği, hukukî düzenlemelere etkisi ve şekillendirici işlevi bakımından ayn ile deyn arasında ne tür mahiyet farklılıklarının bulunduğu ve bunun hangi hukukî düzenlemelerde somut olacak açığa çıktığı belli örnekler üzerinden ele alınmış değildir. Dolayısıyla, ayn ve deyn kavramları ile malların nitelikleri arasında ne tür bir ilişki bulunduğunun; ayn ile deyn arasında ne tür mahiyet farklılıkları olduğunun; hukuki düzenlemelere etkisi yönüyle ayn-deyn ayrımının hangi düzeyde referans değeri taşıdığına belli örnekler üzerinden or-

taya konması, tarafımızca bir gereklilik olarak görülmüş ve bu içerikte yapılacak bir çalışmanın kendi ölçeğinde alanına katkı yapacağı düşünülmüştür.

1. Kavramsal Çerçevesi ve Aralarındaki Farklılıklar Bakımından Ayn ve Deyn

1.1. Ayn ve Deyn Kavramları

Ayn ve deynin Hanefî hukuk terminolojisindeki kavramsal içeriklerinin teknik düzeyde kavranabilmesi, öncelikle, malların nitelikleri ile ayn ve deyn arasındaki ilişkinin bilinmesine bağlıdır. Çünkü Hanefî hukuk düşüncesinde kimi mallarla deyn, kimi mallarla ayn ve kimi mallarla da hem deyn hem ayn arasında doğrudan bir ilişki kurulmaktadır. Söz konusu ilişki biçimleri, kimi malların, somut-maddi varlığından soyutlanabilip kişinin zimmetinde bir vasıf (vasıfları ve miktarı belirlenmiş hükmî mal) olarak bulunmaya elverişli olmasına karşılık kimi malların bu nitelikte olmamasının bir sonudur. Bunun dışında, kimi malların tayinle taayyüne, kimi malların yalnızca kabzla taayyüne, kimi malların ise belli durumlarda tayinle taayyüne belli durumlarda da kabzla taayyüne elverişli olması, malların nitelikleri ile ayn ve deyn arasında doğrudan ilişki kurulmasının bir diğer sebebidir. Hanefî hukuk düşüncesinde mallar, *altın, gümüş ve para türünden mallar; kıyemî mallar ve mislî mallar* biçiminde üçe ayrılmaktadır. Altın, gümüş ve paralar, zimmette bulunmaya elverişli olup yalnızca kabzla taayyün eden malları;¹ kıyemî mallar, zimmette bulunmaya elverişli olmayıp yalnızca tayinle taayyün eden malları;² mislî mallar ise, zimmette bulunmaya elverişli olup kimi durumlarda tayinle kimi durumlarda da kabzla taayyün eden malları³ temsil etmektedir.

¹ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 14/15; Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1984), 1/38; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2010), 7/217.

² Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*; 1/39; Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i'*; 7/217.

³ Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i'*; 7/220-221; Ebû Bekr Ali b. Muhammed el-Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira şerhu muhtasari'l-Kudûrî fî furû'l-hanefiyye*, thk. İlyas Kaplan (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2006), 1/491-492; İbn Nüceym Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik* (Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye), 6/217; İbn Âbidîn Muhammed Emîn

Sözü edilen nitelikleri sebebiyle altın, gümüş ve paralar, doğrudan deynle; kıyemî mallar doğrudan aynla; misli mallar ise, kimi durumlarda deynle kimi durumlarda da aynla ilişkilendirilmektedir. Ayn ve deynin kavranabilmesi bakımından belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, onların teknik içeriklerinin, borç ilişkisi doğuran hukukî bir işlem veya durum sonucu açığa çıkıyor olmalarıdır.⁴

Başta muâvazalı akitlerin meşruiyetiyle ilgili düzenlemeler olmak üzere, malî nitelikli hukukî düzenlemelerin hemen tümüyle ilişkili olması sebebiyle deyn, ayna nispetle daha teknik bir kavramsal içeriğe sahiptir. Bu sebeple deynin tanımından başlamak gerekirse; klasik Hanefî kaynaklardaki en kapsamlı anlamıyla deyn, *zimmette sabit olan şeyi*⁵ ifade etmektedir. Tanımda geçen “şey” kelimesi içeriklendirilerek kimi hanefî eserlerde deyn, *zimmette sabit olan (şer'î/hukukî) vasıf*;⁶ kiminde, *zimmette sabit olan hükmi mal*;⁷ kiminde ise, *zimmette bulunan vâcib fiil (deyne konu malın alacaklıya temlik ve teslimini temsil eden fiil)*⁸ biçiminde tanımlanmıştır. Deynin, zimmette bir vasıf olarak nitelendirilmesi, deyne konu şeyin ancak vasıflarıyla bilinebiliyor olduğunu belirtme amacına matuftur. Zimmette bulunan vâcib fiil biçimindeki tanımında ise deyn, konusu değil edâsı esas alınarak tanımlanmıştır. Deynin, hukukî düzenlemeler bakımından şekillendirici işlevi, onun, gerçekçe mevcut

b. Ömer b. Abdilazîz, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd-Alî Muhammed Muavvîd (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 7/412.

⁴ Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1998), 26.

⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/140; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/299; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.), 6/11. Ayrıca bkz. M. Akif Aydın, “Deyn”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 9/266.

⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/70; Ebü'l-Feth Alâüddîn Muhammed b. Abdilhamîd b. Hüseyin el-Üsmendî es-Semerkindî, *Ṭarîkatü'l-hilâf beyne'l-e'immeti'l-eslâf* (Kahire: Mektebetü Dâri't-Türâs, 2007), 417; Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelil el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 9/286; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 4/623; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/299.

⁷ Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i*, 6/577.

⁸ Üsmendî, *Ṭarîkatü'l-hilâf*, 419-420; Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i*, 2/391; Şeyhîzâde Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur ve maahû ed-Dürri'l-müntekâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998), 3/173.

müşahhas bir şeyi değil zimmette sabit hükmî bir şeyi temsil ediyor olması yönüyledir. Deynin en kapsamlı tanımı esas alındığında, namaz ve oruç borçları ile ortak işçiyle yapılan iş sözleşmesinin konusu olan amel/iş gibi,⁹ konusu mal olmayan borçlar da deyn kapsamına girmektedir.

Dar anlamıyla deyn, alacaklıya ait olup borçlunun zimmetinde sabit olan hükmî malı ifade etmektedir. Maddi varlığından soyutlanıp zimmette bulunmaya ve tayinle taayyüne elverişli olup olmama bakımından mallar arasında mahiyet farkının olduğu; bu sebeple kimi malların doğrudan deynle kimi malların da doğrudan aynla ilişkilendirildiği yukarıda ifade edilmişti. Bu durum, dar anlamıyla deynin teknik düzeyde kavranabilmesi bakımından, her bir mal türü ile deyn ilişkisinin yeter düzeyde ele alınmasını belli ölçüde zorunlu kılmaktadır. Altın, gümüş ve tedavüldeki itibari paralar bakımından deyn, iki farklı anlama gelmektedir. Onlardan ilkinde göre deyn; karz akdi, bir malın altın, gümüş veya para karşılığı veresiye satımı ya da gasp gibi hukukî bir sebeple açığa çıkmış olup *borçlunun zimmetinde bulunan altın, gümüş veya parayı* ifade etmektedir. Söz konusu mallar bakımından ikinci anlamıyla ise deyn, bir malın altın, gümüş veya para karşılığı peşin satımı işleminde, satım bedeli olarak *müşterinin elinde mevcut fakat henüz satıcıya teslimi gerçekleştirilmemiş altın, gümüş veya parayı* ifade etmektedir. Her ne kadar müşterinin elinde mevcut olsalar da, satıcıya teslimi anına kadar deyn niteliklerini koruyor olmaları, bu türden malların tayinle taayyüne (ferden tayine) elverişli olmamalarının¹⁰ bir sonucudur. Dolayısıyla bu türden malların deyn olma vasfı, ancak satıcıya teslimiyle sona ermektedir. Esasen sarf akdinin *deynin deynle mübadelesi*,¹¹ bir malın para karşılığı peşin satımının

⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/104; Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âli Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz İbn Mâze el-Buhârî, *el-Muhtâ'î'l-Burhânî fi'l-fıkhî'n-Nu'mânî* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2004), 7/587. Ayrıca bk. Yakup Kara, "İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığı Satımı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (Ekim 2012), 391.

¹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/15; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, 1/38; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/217; İbnü'l-Hümâm Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethu'l-kadîr* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 7/127.

¹¹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, 1/7; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 6/534; Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el-Mısırî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 6/230-231.

aynın deynle mübâdelesi biçiminde¹² tanımlanması da bu tür malların, teslimine kadar deyn özelliğini koruyor olmaları sebebiyledir.

Maddi varlığından soyutlanıp zimmette bulunmaya elverişli olmaları yönüyle altın, gümüş ve paralara;¹³ tayinle taayyüne elverişli olmaları yönüyle de kıyemî mallara benzeyen mislî mallar bakımından deyn, kendine özgü bir kavramsal içeriğe sahiptir. Buna göre mislî mallar bakımından deyn, ilk olarak, tıpkı altın, gümüş ve paralarda olduğu gibi, mislî malın ödünç verilmesi (karz), bir aynın mislî mal karşılığı veresiye satımı ve mislî malın itlafı gibi hukukî bir durum sonucu açığa çıkmış olup *borçlunun zimmetinde bulunan mislî malı* ifade etmektedir. Bu türden mislî mallar, tıpkı altın, gümüş ve paralar gibi, alacaklı tarafa teslimi (kabz) anına kadar deyn özelliğini korumakta;¹⁴ alacaklıya teslimiyle birlikte ise ayna dönüşmektedirler. Dolayısıyla sözü edilen durumlarda, temin edilip alacaklıya teslim edilmek üzere ayrılmış olsa bile, alacaklıya teslimine kadar mislî mallar, deyn özelliğini korumaktadır. Mislî mallar bakımından deynin ikinci anlamı ise, maddi olarak mevcut olup küme hâlde bulunan mislî mallar bakımından söz konusudur. Mevcut olup küme hâlde bulunan mislî mallar bakımından deyn, *kümeyi oluşturan mislî nitelikli mallardan her birinin muayyen hâle getirilmemiş hâlini* ifade etmektedir.¹⁵ Kümeyi oluşturan mevcut mislî mallardan herhangi birinin ferden muayyen hâle getirilmesi durumunda ise, tayin edilen o mal artık ayn niteliği taşıyan bir mala dönüşmektedir. Bu, mevcut mislî malların, tıpkı kıyemî mallar gibi, tayinle taayyüne elverişli olmalarının bir sonucudur. Esasen Hanefî literatürde, ayn niteliği taşıyan bir malın küme hâlde bulunan mislî mallardan ferden tayin edilmiş birine karşılık satımının *aynın ayna karşılık satımı* anlamına gelmek üzere mukâyeða (trampa) olarak isimlendirilmesi de bu sebeptir. Kıyemî mal-deyn ilişkisine gelince; bu

¹² Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 1/7; Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/534; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'îk*, 5/438.

¹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/2; Bâbertî, *el-Înâye*, 6/242.

¹⁴ Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 7/220-221; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 1/491-492; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/412. Mislî olma ile deyne elverişlilik arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu hakkında bk. Şeyma Boyalık, *İslam Hukukunda Cins Borçları* (İstanbul: 29 Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 27.

¹⁵ Ömer Nahuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 6/11. Mislî mal kümesinin küme hâlindeki varlığının ayn niteliği taşıdığı hakkında bk. Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfasi*, 25.

türden malların deynle ilişkilendirilebilir bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü kıyemî mallar, misli/benzeri bulunmaması sebebiyle, maddi varlığından soyutlanıp zimmette bir vasıf (hükmi mal) olarak bulunmaya elverişli olmayan türden mallardır.¹⁶ Şu kadarını ifade edebiliriz ki, kıyemî mallar bakımından deyn, sadece kıyemî malın tazminini gerektiren durumlarda, kıyemî malın bedeli bakımından söz konusu olabilir.

Deyne nispetle daha yalın bir kavramsal içeriğe sahip olan ayn, *mevcut, hazır ve belirlenmiş mal; mevcut ve müşahhas olan şey; deyn mukabili olan şey ve çıplak olarak mal biçiminde farklı şekillerde tanımlanmaktadır*.¹⁷ Buna göre aynın tanımlanmasında, ilki, *maddi varlık* ve ikincisi de *ferden muayyenlik* olmak üzere iki tanımlayıcı unsur bulunmaktadır. Malların türleriyle ilişkilendirilerek ifade etmek gerekirse; kıyemî mallar bakımından ayn, *somut/hakikî varlığı bulunan kıyemî malı* ifade etmektedir.¹⁸ Çünkü misli bulunmamasının ve dolayısıyla ferden tayinine gerek duyulmamasının bir sonucu olarak bu türden mallar bakımından var olmakla ayn olmak aynı anlama gelmektedir. Altın, gümüş ve paralar bakımdan ayn, *onların, alacaklı tarafından fiilen kabzedilmiş hâlini*; en baştan borçlunun zimmetinde bulunan misli mallar bakımından, *tıpkı altın, gümüş ve paralar gibi, onların, alacaklı tarafından fiilen kabzedilmiş hâlini*; küme hâlde bulunan mevcut misli mallar bakımından ise, *onlardan herhangi birinin veya her birinin benzerlerinden ayrıştırılarak ferden muayyen/müşahhas hâle getirilmiş hâlini* ifade etmektedir.

1.2. Ayn ile Deyn Arasındaki Farklılıklar

Ayn ile deyn arasında öne çıkan farklılıklardan ilki, *helak ve zararın, ayn bakımından tasavvur ediliyor olmasına karşılık deyn bakımından tasavvur edilemiyor*

¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/2; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 1/39; Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'i'*, 7/217; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/241-242. Kıyemî mallarla, deyn değil, ayn arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu hakkında ayrıca bk. Boyalık, *İslam Hukukunda Cins Borçları*, 25.

¹⁷ Hayreddin Karaman, "Ayn", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 4/257-258.

¹⁸ Hanefilerin kıyemî olma ile ayn olma arasında doğrudan bir ilişki kurmaları hakkında bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/2; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 1/39; Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'i'*, 7/217; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 5/463.

olmasıdır.¹⁹ Çünkü aynın, varlık âleminde mevcut ve müşahhas bir mal olmasına karşılık deyn, borçlunun zimmetinde bulunan bir vasıftan (hükmi mal-dan) ibarettir. Varlığı hakikî değil hükmi olan şeyin ise, mahiyeti gereği helak olması veya zarar görmesi düşünülemezdir. Çünkü helak ve zarar olguları, ancak fiziki varlığı olan mallar bakımından söz konusudur. Örneklemek gerekirse, hukukî sorumluluk bakımından âriyet akdi ile karz akdi arasındaki fark, ayn ile deyn arasındaki söz konusu mahiyet farklılığının bir sonucudur. Âriyet (kullanım ödücü) akdinde âriyet alanın sorumluluğu, kusur sorumluluğuyla sınırlıdır. Buna göre, âriyete konu malın/eşyanın, âriyet alanın kusursuz bir fiili sonucu helak olması veya zarar görmesi durumunda, kendisinin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu akitte, âriyet alan kişinin akde konu malı sahibine iade borcu ayna taalluk etmektedir. Âriyet akdinden farklı olarak karz (tüketim ödücü) akdinde ise, karz alanın her durumda karza konu para veya malı (misli malı) sahibine iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz gelimi, bir kimse bir başkasından bir miktar para veya misli malı karz olarak alsa, ancak henüz kullanamadan/tüketmeden onları çaldırıp ya da evinde çıkan bir yangın sonucu para veya mal helak olsa, yine de karz alanın, aldığı malı iade yükümlülüğü düşmemektedir. Çünkü karza konu para veya misli mal, karz alan kimse tarafından teslim alındığı anda ayndan deyne, daha teknik ifadesiyle somut muayyen varlığı olan bir şeyden (hakikî şeyden) yalnızca borçlunun zimmetinde bir nitelik/vasıf olarak bulunan hükmi bir mala dönüşmektedir. Varlığı hükmi olan şey bakımından ise, helak ve zarar gibi durumlar tasavvur edilememektedir. Bunun dışında bir aynın altın, gümüş ve para karşılığı peşin satımı işleminde, henüz teslimi gerçekleşmeden aynın helak olması akdin münfesihi olmasını gerektirmektedir. Buna karşılık altın, gümüş ve paranın henüz teslimi gerçekleşmeden helak olması ise, akdin feshini gerektirmemektedir. Çünkü altın, gümüş ve para, kabz anına kadar deyn özelliğini korumaktadır. Deyn ise, helâkı tasavvur edilemeyen şeydir.

Ayn ile deyn arasında öne çıkan farklılıklardan bir diğeri, *deynin, kazb olmaksızın muayyen hâle dönüşemiyor olmasıdır*. Bu, mahiyeti gereği deynin, tayinle taayyüne elverişli olmamasının bir sonucudur. Söz gelimi, müşterek dey-

¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/9-10; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î*, 7/218-219; Merginânî, *el-Hidâye*, 6/479-480.

nin, henüz kabz gerçekleşmeden alacaklılar arasında taksim edilememesi ve alacaklılardan birinin diğerine/diğerlerine öncelenememesi, onun, tayinle değil ancak kabz ile muayyen hâle dönüşebiliyor olması sebebiyledir. Çünkü yalnızca zimmette bir nitelik/vasıf olarak bulunan ve bu yönüyle hükmî bir varlığı ifade eden deyn, mahiyeti gereği taksime elverişli değildir. *Müşterek deyn*, iki veya daha fazla ortağın, ortaklaşa sahip oldukları bir malı satmaları veya ortak malın bir kimse tarafından helak edilmesi gibi durumlar sonucu açığa çıkan alacaktır. Anlaşılacağı üzere, müşterek deyn, alacaklılardan her birinin aynı hukuki sebebe bağlı olarak alacaklı konumunda bulunmaları hâlinde söz konusu olmaktadır.²⁰ Sözü edilen türden borçlarda borçlunun, alacaklılardan birini önceleyip yalnızca ona ödeme yapması, onun alacağının öncelikli borç, diğerinin/diğerlerinin alacağının ise ertelenen borç olduğu yönünde bir tayinde bulunduğunu göstermektedir. Bu ise borçlunun, zimmetinde sabit olup tayine elverişli olmayan bir hususta tayinde bulunduğunu göstermektedir. İşte sözü edilen bu gerekçeyle Hanefiler, alacağını henüz tahsil etmemiş alacaklının/alacaklıların, diğer alacaklının tahsil ettiği miktara alacağı/alacakları oranında ortak olduğunu belirtmişlerdir.²¹ Sarf akdinde, karşılıklı bedellerin akit meclisinde kabzının, akdin meşruiyeti bakımından zorunlu görülmesi, aynı şekilde, deynin ancak kabzla muayyen hâle gelebiliyor olması gerekçesine dayandırılmaktadır.²² Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere altın, gümüş ve tedavüldeki paralar, tayinle taayyüne elverişli olmayıp kabz anına kadar deyn niteliğini korumaktadır.

Ayn ile deyn arasındaki farklılıklardan bir diğeri, *deynin te'cîl ve tahvîle elverişli olmasına karşılık aynın olmamasıdır*. Söz gelimi Hanefî hukuk düşüncesine göre, aynın deyn karşılığı satımı işleminde, satım bedeli olan deynin/semenin ileri bir tarihte tesliminin (te'cîlinin) şart koşulması akdin meşruiyetini etkilemezken, satıma konu aynın ileri bir tarihte tesliminin şart koşul-

²⁰ Kâsânî, *Bedâi u's-şanâi*; 7/523; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/44; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/11.

²¹ Kâsânî, *Bedâi u's-şanâi*; 7/523; Mergînânî, *el-Hidâye*, 8/453; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/11.

²² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/198; Mergînânî, "el-Hidâye", 7/19; Bâbertî, "el-Înâye", 7/19; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/19; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 6/217.

ması akdi fâsid kılmaktadır.²³ Benzer şekilde aynın aynla mübadelesi işleminde (trampa/mukâyede), mübâdeleye konu aynlardan herhangi birinin veya her birinin ileri bir tarihte tesliminin şart koşulması da akdi fâsid kılmaktadır. Burada, ayna karşılık deynin (deyn niteliğindeki malın) satımını ifade eden selem akdinin, sözü edilen hususun dışında kaldığını özellikle belirtmemiz gerekmektedir. Bu husus Hanefî hukuk düşüncesinde, te'cîlin deyne özgülenmiş olup ayn bakımından söz konusu edilemiyor olmasıyla gerekçelendirilmektedir. Çünkü te'cîl, hâlihazırda hâsıl (mevcut) olmayan şeyin tahsiline imkân verme amacına matuf olarak meşru kılınmıştır ve bu da ancak deyn bakımından söz konusu olur. Mevcut ve muayyen olan aynın te'cîli ise, bir taraftan akdin gereğine/muktezasına aykırı düşmesi bir taraftan da *hâsılın tahsîli* anlamı taşıması sebebiyle meşru görülmemiştir.²⁴ Deyne taalluk eden borcun, borçlunun zimmetinden bir başkasının zimmetine havâle edilmesinin meşru görülmesine karşılık, aynı durumun ayna taalluk eden borç bakımından meşru görülmemesi de, bir olgu olarak tahvîlin deyne özgü olup ayn bakımından söz konusu edilemiyor oluşuyla gerekçelendirilmektedir.²⁵

2. İş Akdine İlişkin Hukukî Düzenlemelere Etkisi Bakımından Ayn-Deyn Ayrımı

2.1. İş Akdinin Konusu

Hanefî hukuk düşüncesi açısından iş akdinin konusunun belirlenmesinde ayn-deyn ayrımının hangi düzeyde ve hangi yönüyle belirleyici bir ölçüt işlevi gördüğünün tespit edilebilmesi, öncelikle, menfaatin kaynağı bakımından icâre akdinin kaç kısma ayrıldığına bilinmesine bağlıdır. Hanefî hukuk düşüncesinde menfaatin kaynağı bakımından icâre akdi, *insan menfaati üzerine kurulu icâre akdi* ve *insan menfaati dışında herhangi bir eşya veya hayvan menfaati üzerine kurulu icâre akdi* şeklinde iki kısmı ayrılmaktadır. İnsan

²³ Kâsânî, *Bedâi u'ş-şanâi*; 7/23-24.

²⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/199; Semerkandî, *Tuḥfetü'l-fukahâ*; 1/49; Kâsânî, *Bedâi u'ş-şanâi*; 7/23; Mergînânî, *el-Hidâye*, 6/411; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/404; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/411-412.

²⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, 7/221; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/222; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 8/7.

menfaati üzerine kurulu icâre akdi, *el-icâre ale-l-a'mâl*; diğeri ise *el-icâre ale'l-menâfi'* şeklinde ifade edilmektedir.²⁶

Bir eşyanın ya da hayvanın menfaatinden belli süreliğine yararlanmayı konu edinen icâre akdinde esas olan, kendisinden menfaat elde edilmesi öngörülen eşya veya hayvanın, akit süresince kiralayanın elinde ve tasarrufunda bulunmasıdır. Dolayısıyla icârenin bu türünde akdin konusu, peyderpey açığa çıkacak olan menfaat değil, *kendisinden menfaat elde edilmesi öngörülen aynın (eşya ya da hayvanın) akit süresince kiralayanın tasarrufu altında bulunmasıdır*. Aynın kiralayana teslim edilip akit süresince onun tasarrufunda kalması, akit süresince açığa çıkması öngörülen menfaat yerine ikame edilmektedir.²⁷ Dolayısıyla, somut olarak menfaatlenme olsun veya olmasın, aynın akit süresince kiralayanın elinde bulunmasıyla, akdin konusu açığa çıkmış olmaktadır. Bu sebeple Hanefî literatürde ayn icâresinde akdin konusunun *ayn* daha doğrusu *aynın teslimi* olduğu, özellikle vurgulanan bir husustur. Belirtmemiz gerekir ki, iş akdi kapsamına girmemesine rağmen icâre akdinin bu türüyle ilgili detaylandırma yapmamız, Hanefî hukukçuların *ayn icâresinin konusu ile ecîr-i hâssla yapılan iş akdinin konusu arasında benzerlik kurmuş olmaları* sebebiyledir.

İnsan menfaati üzerine kurulu icâre akdi (iş akdi), *süre üzerine kurulu insan icâresi* ve *amel üzerine kurulu insan icâresi* şeklinde iki kısma ayrılmaktadır.²⁸ Süre üzerine kurulu insan icâresinde işçi, *ecîr-i hâss*; amel

²⁶ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*; 1/347, 352; Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i*; 5/517. Menfaatin kaynağı bakımından icâre akdinin, *ayn icâresi* ve *insan icâresi* biçimindeki ayrımı için bk. Ali Bardakoğlu, "İcâre", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21/380.

²⁷ Mergînânî, *el-Hidâye*, 9/69-72; Bâbertî, *el-İnâye*, 9/69. Aynın menfaat yerine ikamesi hakkında "İcâre akdinde akdin menfaat üzerine mi yoksa ayn üzerine mi gerçekleştiği ile ilgili temel iki görüş vardır. Hanefî mezhebinde hâkim görüş akdin menfaatin mahalli olan ayn üzerine gerçekleştiği şeklindedir. Çünkü akidde bir mahallin varlığı şarttır. Burada ise menfaat akdin inşası anında ma'dûm olduğu için akdin mahalli ma'dûm olacaktır. Dolayısıyla ayn, menfaatin yerini alacak ve akid ayn üzerine gerçekleştirilecektir." biçimindeki ifade için bk. Yunus Araz, "İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar", *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 46 (2016/2), 105.

²⁸ Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Hanefî el-Kudûrî, *et-Tecrîd (Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-mukârane)* (Kahire: Dârü's-Selâm, 2004), 7/3717; Kâsânî, *Bedâ'i u's-*

üzerine kurulu insan icâresinde ise *ecîr-i müşterek* şeklinde isimlendirilmektedir. Süre üzerine kurulu iş akdinde işçinin (*ecîr-i hâssın*), menfaatini akitte öngörülen süre boyunca işverene tahsis etmesi ve başka kimse için çalışmaması söz konusudur.²⁹ Dolayısıyla *ecîr-i hâssla* yapılan iş akdinin konusu, menfaatin somut biçimde açığa çıkmasından bağımsız olarak, işçinin, kendisini akit süresince akitte öngörülen işi yapmaya hazır hâlde bulundurmasından ibarettir.³⁰ Bu tıpkı, kiraya verilen bir aynın (eşyanın), akit süresince kiralayanın tasarrufu altında bulunması gibidir. İş akdinin bu türünde, akitte öngörülen menfaatin somut olarak açığa çıkmış olup olmaması, akdin konusunun tespiti bakımından belirleyici değildir. Yeter ki işçi, akit süresince kendisini, işi yapmaya hazır biçimde işverenin emir ve denetimine hazır bulundursun. Hanefî hukuk düşüncesinde, *ecîr-i hâssla* yapılan iş akdinde akdin konusunun, tıpkı ayn icâresinde olduğu gibi, işçinin akit süresince kendisini işverenin emrine tahsis etmesinden ibaret olduğu; dolayısıyla *akdin konusunun deyn değil ayn olduğu* özellikle vurgulanma gereği duyulan bir husustur. Çünkü, *ecîr-i hâssla* yapılan iş akdi, ücretin tahakkuku ve tazmin yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bakımından *ecîr-i müşterekle* yapılan iş akdinden farklılık göstermektedir. Bu farklılıklar ise, hemen tümüyle, *ecîr-i hâssla* yapılan akdin konusunun ayn niteliğinde, *ecîr-i müşterekle* yapılan akdin konusunun ise *deyn* niteliğinde oluşuyla temellendirilmektedir.³¹

Amel üzerine kurulu iş akdinde ise akdin konusu, işçinin menfaatinin belli süreliğine işverene tahsisi değil, süre ve tahsis/özüleme unsurundan bağımsız olarak *belli bir işin yapılmasıdır*. Teknik ifadesiyle *ecîr-i müşterekle* yapılan iş akdinde akdin konusu, *zimmette sabit olan bir amel* daha doğrusu

şanâ'î, 5/552; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/586; Muhammed b. Huseyn b. Ali el-Kâdirî el-Hanefî et-Tûrî, *Tekmiletü'l- el-Baḥrû'r-râ'ik*, *el-Baḥrû'r-râ'ik* in devamında 7. 8. ve 9. Ciltler (Beirut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1418/1997), 8/47.

²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/13; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/586; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 1/584; Tûrî, *Tekmile*, 8/47; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 9/95.

³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/105; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/587; Muhammed b. Ali b. Abdîrahmân b. Muhammed el-Haskefî, *ed-Dürrü'l-muḥtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr* (Beirut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1423/2002), 583; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 9/95-96.

³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/103-105.

*konusu amel olan bir deydur.*³² Buna göre iş akdinin bu türünde menfaat, akitte öngörülen nitelikte somut olarak açığa çıkmadığı (akitte öngörülen nitelikte amele dönüşmediği) sürece akdin konusu açığa çıkmış olmamaktadır. Hanefî hukuk düşüncesine göre, insan icâresinin bu türüne özgü en belirgin ve ayırt edici özellik, onun, ayn üzerine değil, *zimmette sabit olan amel (deyn) üzerine kurulu olmasıdır*. Esasen Hanefî hukukçuların, bu tür iş akdine özgü hukukî düzenlemeleri, onun, ayn değil zimmette sabit olan amel üzerine kurulu olmasıyla temellendirmeleri bunun açık bir göstergesidir.

2.2. İş Akdi-Tazmin Yükümlülüğü İlişkisi

İş akdinin hangi durumlarda tazmin yükümlülüğü doğuracağı sorunu, işverene ait olup üzerinde işin icra edildiği eşyanın kısmen veya tamamen zarar görmesi ya da çalınması durumunda, işçinin açığa çıkan bu zararı tazminle yükümlü olup olmayacağı sorunudur. Hanefî hukuk düşüncesinde bu sorun, ilki, *zararın açığa çıkış şekli*; ikincisi de *iş akdinin türü* olmak üzere iki hususla bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Öncelikle ilk hususu detaylandırmak gerekirse; zararın dört farklı biçimde açığa çıkması söz konusudur. İlk şekle göre zarar, işçinin değil bir başkasının fiiliyle açığa çıkmıştır ve zararın açığa çıkmasında işçinin herhangi bir kusuru bulunmamaktadır. İkinci şekle göre zarar, işçinin değil bir başkasının fiiliyle açığa çıkmıştır fakat bu zararın açığa çıkmasında işçinin kusuru bulunmaktadır. Söz gelimi, işverene ait olup işçinin elinde bulunan malın işçi tarafından gereği gibi muhafaza edilmemesi sebebiyle çalınması bu durumu örneklemektedir. Üçüncü şekle göre zarar, işçinin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili sonucu açığa çıkmıştır. Dördüncü şekle göre ise zarar, işçinin kusursuz bir fiili sonucu açığa çıkmıştır. Hanefî hukuk düşüncesinde sözü edilen her bir zarar türü, *ecîr-i müşterek ile yapılp konusu zimmette sabit bir amel (deyn) olan iş akdi* ile *ecîr-i hâss ile yapılp konusu ayn niteliğinde olan iş akdi* açısından ayrı ayrı ele alınmış ve hükme bağlanmıştır.

Ortak işçinin tazmin yükümlülüğünden başlamak gerekirse; Hanefî hukukçuların bu konuyu, *işçinin fiiliyle değil bir başkası eliyle açığa çıkan zarar ve doğrudan işçinin fiiliyle açığa çıkan zarar çerçevesinde* ele aldıkları

³² Serahsî, *el-Mebsût*, 15/104, 105; Tûrî, *Tekmile*, 8/48; Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 544; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 9/88.

görülmektedir. Doğrudan işçinin değil bir başkası eliyle açığa çıkan zarar konusunda Ebû Hanîfe, kusur sorumluluğu ilkesini benimsemiştir. Ona göre, işverene ait olup üzerinde akit konusu amelin icra edildiği eşyaya bir başkasının zarar vermesi durumunda ortak işçi bakımından iki durum söz konusudur. Eşyanın gereği gibi muhafaza edilmemesi sebebiyle çalınması örneğinde olduğu gibi, zararın açığa çıkmasında ortak işçinin bir kusuru bulunması hâlinde, kendisi bu zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Kendisine kusur olarak nispet edilebilecek bir durumun söz konusu olmaması hâlinde ise, zararı tazminle yükümlü olmaz.³³ Ebû Hanîfe bu yaklaşımını, ortak işçinin elinde bulunan eşyanın emânet hükmünde oluşuyla gerekçelendirmektedir. Çünkü emanetler emaneti elinde bulunduranın kusurlu bir davranışı bulunmaması halinde tazmin edilmemektedir.³⁴ Doğrudan işçinin değil bir başkası eliyle açığa çıkan zarar konusunda Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed ise, büyük bir yangın gibi kaçınılması mümkün olmayan durumlar hariç, ortak işçinin zarar gören eşyayı tazmin etmekle yükümlü olduğu yönünde bir yaklaşım ortaya koymuşlardır.³⁵ Onlar, ortak işçinin yükümlülüğünü, emânet yükümlülüğüne değil, gasp yükümlülüğüne benzetmişlerdir.³⁶ Gasp yükümlülüğü ise, yalnızca ayna değil aynı zamanda zimmete taalluk eden bir yükümlülüktür. Nasıl ki gasp yükümlülüğünde gasp edilen malın aynen iadesinin mümkün olmadığı durumlarda gâsıbın yükümlülüğü zimmette sabit bir yükümlülüğe, daha teknik ifadesiyle ayna bağlı yükümlülüğün zimmette sabit bir yükümlülüğe dönüşüyorsa; aynı şekilde işverene ait olup üzerinde akit konusu amelin icra edileceği eşyanın (aynın), zarar görmesi sebebiyle sahibine tesliminin mümkün olmadığı durumlarda işçinin sorumluluğu, zimmetinde sabit olan tazmin sorumluluğuna dönüşmektedir.

İşverene ait olup üzerinde işin icra edileceği eşyada, *doğrudan ortak işçinin fiiliyle açığa çıkan zararın* tazmini konusunda ise Hanefî hukukçular (İmâm

³³ Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/54-55; İbn Mâze, *el-Muhtâ'ül-Burhânî*, 7/586-587; Bağdâdî, *Mecma'u'd-damânât*, 1/100; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 9/89.

³⁴ Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/54; Bağdâdî, *Mecma'u'd-damânât*, 1/100; Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 544-545; Tûrî, *Tekmîle*, 8/48; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 9/89.

³⁵ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 7/3641; Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/54; İbn Mâze, *el-Muhtâ'ül-Burhânî*, 7/587; Bağdâdî, *Mecma'u'd-damânât*, 1/100; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 9/89.

³⁶ Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/55.

Zufer hariç) kusursuz sorumluluk (zarar sorumluluğu) ilkesini benimsemişlerdir. Daha açık bir ifadeyle zarar, ister ortak işçinin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışı sonucu isterse -hatalı davranışta olduğu gibi- kusursuz bir davranışı sonucu açığa çıkmış olsun, her durumda ortak işçi eşyayı tazmin etmekle yükümlü olur.³⁷ Zararın ortak işçinin fiili sonucu açığa çıkmış olması, kendisinin tazminle yükümlü tutulması için tek başına yeter sebeptir.

Eşya üzerindeki zararın, ortak işçinin kusurlu bir davranışı sonucu açığa çıkması durumunda, kendisinin zararı tazminle yükümlü olacağı açık ve anlaşılır bir husustur. Zira emanet akitlerinde kusur sorumluluğu esastır. Ortak işçinin tazmin yükümlülüğü bakımından esas mesele, kendisine kusur nispet edilemediği durumlarda ortak işçinin, hangi gerekçeyle elinde emanet hükmünde bulunan malı tazmin etmekle yükümlü tutulduğudur. Hanefî hukukçular bu meseleyi, ortak işçi ile yapılan iş sözleşmesinde akdin konusunun, *işçinin zimmetinde sabit bulunan bir amel* yani deyn oluşuyla gerekçelendirmektedirler.³⁸ Onlara göre, zimmette sabit olan şey, tabiatı gereği, gerçekte var olmayıp vasıfları itibariyle bilinebilen soyut bir şeydir. Kişinin zimmetinde soyut bir vasıftan ibaret bulunan şeyin, ayıplı (zarar verici) olması tasavvur edilemez. Bu husus göz önüne alındığında, zimmette sabit olan amel, tabiatı gereği, akit esnasında nitelikleri belirtilen amel dışında bir başka ameli içermez. Buna göre ortak işçi ile yapılan iş akdinde akdin konusu, akit esnasında belirtilen niteliklere uygun biçimde açığa çıkan amelden ibaret olup zararlı ameli içermemektedir. Bu tıpkı, deynin satıma konu edildiği selem akdi gibidir. Nasıl ki selem akdinde, akit konusu mal ayıplı malı içermemekte ve ancak akitte öngörülen nitelikte bir malın müşteriye teslimi durumunda akdin konusu açığa çıkmış sayılmakta ise,³⁹ aynı şekilde, ortak işçinin ameli, zarar verici ameli içermemektedir.⁴⁰

³⁷ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 7/3647; Kâsânî, *Bedâ'i' u's-şanâ'i'*, 6/56; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/587; Bağdâdî, *Mecma' u'd-ḍamânât*, 1/103; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 9/89.

³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/104-105; Mergînânî, *el-Hidâye*, 9/126-127; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/587.

³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/105.

⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/105; Kâsânî, *Bedâ'i' u's-şanâ'i'*, 6/57; Mergînânî, *el-Hidâye*, 9/126-127; İbn Mâze, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 7/587; Kadızâde, *Netâ'icü'l-efkâr*, 9/128; Şeyhizâde, *Mecma' u'l-enhur*, 546; Tûrî, *Tekmile*, 8/48.

Görüldüğü üzere, ortak işçinin, doğrudan kendi fiili sonucu açığa çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü tutulması, fiilin kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak, *akdin konusunun işçinin zimmetinde sabit bir amel oluşuyla* temellendirilmektedir. Bu ise, ayn-deyn ayrımının, farklı hukukî düzenlemelere hangi düzeyde kaynaklık ettiğinin somut bir göstergesidir.

Özel işçinin tazmin sorumluluğu, kendisiyle yapılan akdin konusunun ayn niteliğinde görülmesi sebebiyle, ortak işçinin tazmin sorumluluğundan büyük ölçüde farklılık göstermektedir. Özel işçi, doğrudan kendi eliyle değil bir başkası eliyle açığa çıkan zarar bakımından yalnızca kusur sorumluluğuna sahiptir. Buna göre, malın gereği gibi muhafaza edilmemesi sonucu çalınması örneğinde olduğu gibi, zararın açığa çıkmasında özel işçinin kusuru bulunması durumunda kendisi, tazminle yükümlü olur; kusuru bulunmaması durumunda ise tazminle yükümlü olmaz. Çünkü işverene ait olup özel işçi elinde bulunan mal, emânet hükmündedir ve tazmin yükümlülüğü bakımından emânet hükümlerine tabidir.⁴¹

Zararın doğrudan kendi fiili sonucu açığa çıkması durumunda özel işçinin, yalnızca kusur sorumluluğu bulunmaktadır. Buna göre özel işçi, kusurlu fiili sonucu açığa çıkan zararı tazminle yükümlü olur; kusursuz fiili sonucu açığa çıkan zararı ise tazminle yükümlü olmaz.⁴² Özel işçinin tazmin yükümlülüğü ile ortak işçinin tazmin yükümlülüğü arasındaki esas fark, bu noktada açığa çıkmaktadır. Doğrudan kendi fiiliyle açığa çıkan zararın tazmini hususunda ortak işçinin, kusursuz sorumluluğa sahip olduğu yukarıda ifade edilmişti. İşte Hanefî hukukçular, söz konusu farklılığı, ortak işçi ile yapılan iş akdinde akdin konusunun *işçinin zimmetinde sabit olan amel*; buna karşılık özel işçi ile yapılan iş akdinde ise akdin konusunun *ayn* niteliğinde oluşuyla temellendirmektedirler. Hanefîlere göre özel işçi, akit süresince kendisini akitte öngörülen işi yapmaya hazır hâlde bulundurmakla, akdin yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Çünkü özel işçi ile yapılan iş akdinde akdin konusu, akitte öngörülen menfaatin somut biçimde açığa çıkması değil, işçinin, akit süresince kendisini akitte öngörülen işi yapmaya

⁴¹ Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/56.

⁴² Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 6/56; Bâbertî, *el-İnâye*, 9/130; Bağdâdî, *Mecma' u'd-đamânât*, 1/103; Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, 584; Tûrî, *Tekmile*, 8/54.

hazır hâlde bulundurmasından ibarettir. Akdin konusu bu şekilde tespit edilince, işçinin kusurlu bir davranışının olmaması koşuluyla, akit süresince açığa çıkacak amelin/işin, zararlı veya zararsız olmasının tazmin yükümlülüğü bakımından belirleyici bir işlevi bulunmamaktadır. Çünkü akit, işçinin, zararsız iş yapmasını değil, kendisini, akit süresince akitte öngörülen işi yapmaya elverişli bir biçimde işverenin emrinde bulundurmasını konu edinmektedir.⁴³ Görüldüğü üzere, tazmin yükümlülüğü bakımından ortak işçi ile özel işçi arasındaki farklılıklar Hanefî düşüncede, tümüyle akdin konusunun ayn veya deyn niteliğinde oluşuyla temellendirilmektedir.

2.3. İş Akdinde Ücretin Tahakkuku

Hanefî hukuk düşüncesinde işçi lehine ücretin tahakkuku, tümüyle akdin konusuna göre şekillenmektedir. Dolayısıyla ücretin tahakkuku bakımından özel işçiyle yapılan akit ile ortak işçiyle yapılan akit arasında farklılık bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere Hanefîler, özel işçi ile yapılan iş akdinin konusunu, işçinin, akit süresince kendisini akitte öngörülen işi yapmaya hazır hâlde bulundurmasından ibaret görmekte ve özel işçi ile yapılan iş akdini belli bir eşyanın kiraya verilmesine benzetmektedirler. Bu sebeple Hanefîlere göre özel işçi, kendisini akit süresince akitte öngörülen işi yapmaya hazır hâlde bulundurmakla ücrete hak kazanmış olur.⁴⁴ Akitte öngörülen işin somut olarak gerçekleştirilmiş olup olmaması, işçi lehine ücretin tahakkukunu etkilememektedir. Nasıl ki eşya/ayn kiralamada, eşyanın akit süresince kiralayana tahsis edilmesi durumunda, akitte öngörülen süre zarfında kiralayana ister menfaat elde etmiş olsun ister olmasın, akdin konusu gerçekleşmiş ve kiraya veren ücrete hak kazanmış olursa, aynı şekilde özel işçi de öngörülen süre zarfında kendini işverenin emrinde bulundurmak ve menfaatini ona tahsis etmekle ücreti hak etmiş olur. Çünkü iş akdinin bu türünde akdin konusu, zimmette sabit olan bir deyn değil ayndır.

Ortak işçiyle yapılan akdin konusu ise *belli bir işin yapılmasından* ibarettir ki bu Hanefî literatürde amel tabiriyle ifade edilmektedir. İş akdi

⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/105; Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, 583; Tûrî, *Tekmile*, 8/53-54.

⁴⁴ Kudûrî, *et-Tecrid*, 7/3648; Serahsî, *el-Mebsût*, 15/103; Kâsânî, *Bedâ'î u's-şanâ'î*, 6/57; İbn Mâze, *el-Muhtâ'î'l-Burhânî*, 7/586.

bağlamındaki içeriğiyle amel kelimesinin, somut olarak açığa çıkmış iş anlamında kullanıldığı yukarıda belirtilmişti. Buna göre, ortak işçiyle yapılan iş akdinin konusu olan amelin/işin, akitte öngörülen nitelikte açığa çıkmış olması durumunda işçi lehine ücret tahakkuk etmekte; işin tümüyle açığa çıkmamış veya akitte öngörülen nitelikte açığa çıkmamış olması durumunda ise, ücret tahakkuk etmemektedir.⁴⁵ Çünkü ortak işçiyle yapılan akdin konusu, *zimmette sabit belli bir ameldir* ve ancak akitte öngörülen nitelikte somut olarak açığa çıkması durumunda gerçekleşmiş olur.

3. İstisnâ' Akdine İlişkin Düzenlemelere Etkisi Bakımından Ayn-Deyn Ayrımı

3.1. İstisnâ' Akdinin Konusu

Hanefî hukuk düşüncesinde istisnâ' akdiyle ilgili yaklaşım farklılıklarının ilki, onun bir vaat mi yoksa akit mi olduğuna ilişkindir. Hanefî hukuk düşüncesindeki genel yaklaşıma göre istisnâ', başlangıcından itibaren akit niteliği taşımaktadır.⁴⁶ İstisnâ'nın bir akit olduğunu düşünen Hanefî hukukçular, iş akdi, selem akdi ve satım akdine benzerliği sebebiyle, istisnâ'nın, hangi türden bir akit ve konusunun ne olduğu hususunda ise farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Zira istisnâ' akdi, amel/iş içermesi yönüyle iş akdine, akit anında mevcut olmayıp sadece nitelikleri belirlenmiş bir eserin teslimini konu edinmesi yönüyle selem akdine ve sipariş verenin görme muhayyerliğine sahip olması yönüyle de satım akdine benzemektedir. Bu sebeple istisnâ' akit olarak değerlendiren Hanefî hukukçuların üzerinde önemle durdukları husus, akdin konusunun ve türünün ne olduğudur. Bu bağlamda Hanefî literatürde istisnâ', *zimmette sabit olan mebi'in satımı*;⁴⁷ *zimmette sabit olup üzerinde belli bir amelin yapılmasının şart koşulduğu mebi'in satımı*;⁴⁸ *üzerinde belli bir amelin yapılmasının şart olduğu aynın satımı*;⁴⁹ *amelin*

⁴⁵ İbn Mâze, *el-Muhtâ'ül-Burhânî*, 7/586; Bağdâdî, *Mecma'u'd-damânât*, 1/100; Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 544.

⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 6/84; Merginânî, *el-Hidâye*, 7/108; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/108.

⁴⁷ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 6/84; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/476.

⁴⁸ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, 1/362; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 6/84.

⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/84.

satımı⁵⁰ ve başlangıcı itibariyle amelin/işin, sonucu itibariyle aynın satımı⁵¹ biçiminde farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Söz konusu tanımlar bir arada değerlendirildiğinde, Hanefî hukuk düşüncesinde konusu ve dolayısıyla mahiyeti itibariyle istisnâ'nın, ilki *aynın satımı* ve ikincisi de *sipariş alanın zimmetinde sabit amelin (deynin) satımı* olmak üzere iki farklı şekilde anlaşıldığı görülmektedir. Buradan, konusu ve mahiyeti itibariyle istisnâ'nın kavranmasında en belirleyici ölçütün ayn-deyn ayrımı olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle belirtilmesi gerekmektedir ki, Hanefî düşüncede öne çıkan ve genel kabul gören yaklaşım, istisnâ'ı, *aynın satımından* ibaret gören yaklaşımdır. İstisnâ'ı ortak işçi ile yapılan iş akdine benzeterek akdin konusunu *sipariş alanın zimmetinde sabit bir amelden* ibaret gören yaklaşım ise, Hanefî düşüncede karşılık bulmuş değildir. Çünkü Hanefî hukuk düşüncesinde istisnâ' akdine ilişkin yerleşik hükümlerden biri, *sipariş alan tarafın önceden kendi imal ettiği bir eşyayı veya bizzat kendisi imal etmeyip bir başkasından temin ettiği eşyayı sipariş verene teslim etmesinin câiz olduğu* biçimindedir.⁵² Hanefî literatürde, istisnâ'nın, neden amelin satımı olarak görülemeyeceği konusunda ağırlıklı olarak bu hüküm gerekçe gösterilmektedir. Diğer taraftan ortak işçi ile yapılan iş akdinde akdin konusu, tümüyle amelden/işten ibaret olup üzerinde işin gerçekleştirileceği ayn zaten işverene ait bir ayndır. Dolayısıyla iş akdinin aynın satımıyla ilişkilendirilebilir bir tarafı bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmanın ilerleyen aşamasında, daha işlevsel olacağı düşüncesiyle, *istisnâ'ı aynın satımından ibaret gören yaklaşımın* detaylandırılması uygun görülmüştür. Burada özellikle belirtmemiz gerekir ki, istisnâ'ı, aynın satımından ibaret görmekle Hanefîler istisnâ' ile satım akdi arasında bir benzerlik kurmuş olsalar da, istisnâ'ı tümüyle satım akdine indirgemiş değildirler. Onlar arasındaki benzerlik, konularının deyn olmamasıyla sınırlıdır.

Yukarıda geçtiği üzere, istisnâ'nın aynın satımından ibaret görüldüğü tanımlar arasında farklar bulunmaktadır. Onlardan kiminde istisnâ', *zimmette*

⁵⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/109; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'îk*, 6/284.

⁵¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/109; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'îk*, 6/284; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/475.

⁵² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Mergînânî, *el-Hidâye*, 7/109; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'îk*, 6/284.

sabit bir aynın satımı; kiminde zimmette sabit olup üzerinde belli bir amelin yapılmasının şart koşulduğu aynın satımı; kiminde ise zimmette sabit olma ve üzerinde belli bir amelin gerçekleştirilmesi kaydı olmaksızın aynın satımı biçiminde tanımlanmıştır. Anlaşılabacağı üzere tanımlar arasındaki farklar, satıma konu aynın zimmette sabit olup olmama ve üzerinde amel icra edilip edilmeme yönlerinden açığa çıkmaktadır. Ancak, her ne kadar kimi tanımlarda satıma konu aynın zimmette sabit oluşu kiminde de amelin şart oluşu tanıma dâhil edilmiş olsa da, bu durum pratikte bir farklılık açığa çıkarmamakta ve Hanefî düşüncedeki genel yaklaşımda istisnâ', tıpkı satım akdinde olduğu gibi, aynın satımından ibaret görülmektedir. Aynın satımı biçimindeki tanıma, zimmette sabit olma ve amel şartını ilave edenler de dâhil olmak üzere, Hanefî hukukçuların yegâne uğraşı, istisnâ'ın, selem ve ortak işçi ile yapılan iş akdinden farklılığını, buna karşılık aynın satımını konu edinen satım akdine (bey') benzerliğini ortaya koymak olmuştur. Çünkü selem ve ortak işçi ile yapılan iş akdinde akdin konusu deyndir. Dolayısıyla Hanefîlerin yegâne uğraşı, istisnâ'ın, deynin değil aynın satımından ibaret olduğunu temellendirmekten ibarettir.

Gerçekte sipariş alanın zimmetindeki bir malın/deynin (ma'dûmun) satımı olmasına rağmen, istisnâ'ın, hangi gerekçeyle aynın satımı olarak görüldüğü sorusu, bu yaklaşım biçiminin kavranabilmesi bakımından oldukça önemlidir. Belirtmemiz gerekir ki; bu yaklaşım biçimi, istisnâ' ile selem arasında, konuları bakımından bir mahiyet farkının bulunması sebebiyle değil, İmâm Muhammed'in sipariş veren tarafa, görmediği bir şeyi satın almış olması gerekçesiyle görme muhayyerliği hakkı tanıyan yaklaşımına⁵³ bağlı olarak açığa çıkmıştır. Şöyle ki, görme muhayyerliği ancak konusu ayn olan akitler bakımından söz konusudur.⁵⁴ Selemde olduğu gibi, konusu deyn olan akitlerde ise görme muhayyerliği söz konusu değildir.⁵⁵ Bu, deynin, hakikatte mevcut olmayıp zimmette hükmî bir mal oluşunun doğal sonucudur. Çünkü zimmette olan mal, zimmette olduğu sürece sadece vasıfları itibarıyla

⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i'*, 6/84; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/108.

⁵⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i'*, 6/84; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/45.

⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/85; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/45.

bilinebilen soyut bir maldır. Zimmetteki hükmî malın, ya belirlenen niteliklere uygun ya da onlarla uyumsuz biçimde hakikî mal özelliği kazanması söz konusudur. Belirlenen vasıflarla uyumsuz biçimde hakiki varlık kazanması, onun, ayıplı mal olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, konusu deyn olan akitler bakımından görme değil, ayıp muhayyerliği söz konusudur. İşte Hanefî düşünceye göre, İmam Muhammed'in sipariş veren taraf için ayıp değil görme muhayyerliğini öngörmüş olması, istisnâ'nın, konusu deyn değil, ayn olan bir akit olduğunu göstermektedir.

İstisnâ'ı, deynin değil, satım akdine benzeterek aynın satımı olarak görmekle Hanefîler, istisnâ'da semenin peşin olma zorunluluğunun bulunmamasını da meşru bir zemine oturtmuş olmaktadır. Şöyle ki, selemde olduğu gibi, deynin satımında semenin peşin olma zorunluluğu bulunmaktadır. Çünkü İslam hukukunda deynin deyn karşılığı satımı, ilkesel olarak meşru görülmemiştir.⁵⁶ İstisnâ' akdinin, aynın satımı olarak değil de, deynin satımı olarak görülmesi durumunda ise *deynin deyn karşılığında satışı*na cevaz verilmiş olmaktadır. Hâlbuki istisnâ' akdinin meşruiyeti bakımından semenin peşin olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple istisnâ' akdi, deynin satımı olarak değil, aynın satımı olarak değerlendirilmek durumundadır.

İstisnâ' akdinin konusu bakımından izaha muhtaç bir diğer husus ise, kimi tanımlarda geçen amel şartının nasıl anlaşılması gerektiğidir. Hatırlanacağı üzere kimi Hanefîler istisnâ'ı, *üzerinde belli bir amelin yapılmasının şart koşulduğu aynın satımı* biçiminde tanımlamaktadırlar. Serahsî de istisnâ'ı bu şekilde tanımlayanlar arasında yer almaktadır. Hâlbuki Hanefî hukuk düşüncesinde *sipariş alan tarafın önceden kendi imal ettiği bir eşyayı veya bizzat kendisi imal etmeyip bir başkasından temin ettiği eşyayı sipariş verene teslim etmesinin câiz olduğu*⁵⁷ şeklindeki hüküm yerleşik bir hükümdür. Görünürde çelişik bir durum olarak değerlendirilmeye elverişli bu hususu Serahsî, tanımında yer alan amel şartının, sipariş alan tarafa akit sonrası iş yapma zorunluluğu yükleyen değil, akde konu aynın niteliklerini belirleme amacı taşıyan türden bir şart olduğu şeklinde izah etmektedir. Buna göre akde konu

⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/127; Kâsânî, *Bedâ'i u'ş-şanâ'i*, 7/113-114.

⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Merginânî, *el-Hidâye*, 7/109.

ayn üzerinde hangi nitelikle bir amelin/işin gerçekleştirileceği belirlenince gerçekte aynın nitelikleri belirlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla tanımda geçen amel şartı, sipariş alan kimsenin, akit sonrası iş yapma yükümlülüğünü değil sipariş verene hangi nitelikle bir eser/eşya teslim etmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁸

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse; istisnâ' akdinin mahiyeti ve konusu hakkında Hanefî hukuk düşüncesinde açığa çıkan yaklaşım farklılıklarının hemen tümüyle ayn-deyn ayırımına göre şekillendiği ve benimsenen yaklaşımın da mahiyet analizi yapılarak değil mezhepte yerleşik mevcut hükümlerden hareketle temellendirildiği görülmektedir.

3.2. İstisnâ' Akdinin Bağlayıcılığı

Klasik Hanefî hukuk düşüncesinde istisnâ' akdinin bağlayıcılığı, tümüyle, akdin konusunun deyn değil ayn oluşuyla ilişkilendirilerek ele alınmıştır. Bu sebeple bağlayıcılığı bakımından istisnâ' akdi, selem akdine değil, akdin taraflarından her birinin şart muhayyerliğine sahip olduğu satım akdine ve ayrıca müşterinin görme muhayyerliğinin bulunduğu satım akdine benzetilmiştir.

Klasik Hanefî hukuk düşüncesinde istisnâ' akdinin bağlayıcılığı, akdin kuruluşundan akde konu malın imal edilip teslimi anına kadar geçen süreç dikkate alınarak üç aşamada ele alınmıştır. İlk aşamayı, akde konu malın henüz imal edilmemiş olduğu aşama temsil etmektedir. Hanefîlere göre sözü edilen aşamada akit her iki taraf bakımından bağlayıcı değildir ve dolayısıyla her iki tarafın da akdi feshetme yetkisi bulunmaktadır. Bu tıpkı, her iki tarafın muhayyerlik hakkının bulunduğu satım akdi gibidir.⁵⁹ Bu yaklaşım Hanefî düşüncede genel kabul gören yaklaşım olup klasik kaynaklarda bu hususta bir ihtilaf zikredilmemektedir.

İkinci aşamayı, akde konu malın imal edilip henüz sipariş veren tarafından görülmemiş olduğu aşama temsil etmektedir. Bu aşamada mal imal edilmiş fakat henüz sipariş eden kimse tarafından görülmemiştir.

⁵⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139. Benzer izah biçimi için ayrıca bk. Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 3/150.

⁵⁹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 6/87; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/475.

Hanefilere göre, tıpkı ilk aşamada olduğu gibi, bu aşamada da *istisnâ'* akdi her iki taraf açısından bağlayıcı değildir. Bu aşamada sipariş edenin akdi feshetme hakkı olduğu gibi sipariş alanın da fesih hakkı vardır. Öyle ki bu aşamada sipariş alan tarafın imal ettiği malı bir başkasına satması hukuken geçerlidir.⁶⁰ Çünkü bu aşamada sipariş veren taraf imal edilen malı henüz görmemiş ve dolayısıyla mal üzerinde hakkı taayyün etmemiştir.⁶¹ Klasik Hanefî kaynaklarda bu hususta da herhangi bir görüş farklılığı nakledilmemiştir. *İstisnâ'* akdini, *aynın satımı* olarak tanımlayanlar da dâhil olmak üzere, Hanefî hukukçuların, sipariş alan tarafın imal ettiği malı bir başkasına satmasının hukuken geçerli oluşunu, *sipariş veren taraf imal edilen malı henüz görmemiş ve dolayısıyla mal üzerinde hakkı taayyün etmemiştir* biçiminde gerekçelendirmeleri, burada özellikle belirtilmesi gereken bir husustur. Zira akdin konusunun ayn olduğu durumlarda taayyünün bulunmaması söz konusu değildir. Çünkü taayyün olmadan aynın varlığı söz konusu değildir. Burada, bir taraftan akdin aynın satımı olarak görülmesi bir taraftan da sipariş veren taraf görmediği sürece siparişe konu malın taayyün etmeyeceğinin düşünülmesi, bir yorum olarak söylemek gerekirse, izah gücünü barındıran bir durumdur.

İstisnâ' akdinin bağlayıcılığı konusunda üçüncü aşamayı ise, imali tamamlanan malın sipariş veren tarafından görüldüğü aşama temsil etmektedir. Bu aşamada mal, imali tamamlanıp teslim hazır hâle getirilmiş ve alıcısı tarafından görülmüştür. *İstisnâ'* akdinin bağlayıcılığı ile konusu ve dolayısıyla ayn-deyn ayrımı arasındaki ilişkilendirme, esas olarak bu aşamada açığa çıkmaktadır. Meselenin özünü, sipariş eden tarafın malı gördükten sonra muhayyerlik hakkının bulunup bulunmadığı hususu oluşturmaktadır. *İstisnâ'* akdinin, *aynın satımı* biçiminde tanımlanmasının bir sonucu olarak, sözü edilen durumda sipariş edenin akdi feshetme hakkı bulunmakta; buna karşılık sipariş alan tarafın ise, fesih hakkı bulunmamaktadır.⁶² Sipariş alanın akde konu malı akitte öngörülen nitelikte imal etmiş olması bu durumu değiştirmemektedir. Çünkü sipariş eden, görmediği bir malı satın almıştır ve

⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i' u's-şanâ'i'*, 6/87; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 7/475.

⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/285.

⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i' u's-şanâ'i'*, 6/87; Merginânî, *el-Hidâye*, 7/109.

görülmeden satın alınan mallarda ise alıcının görme muhayyerliği hakkı vardır.⁶³ Dolayısıyla malı gördüğünde, onu alma veya akdi feshetme hakkı bulunmaktadır. Satıcının akdi feshetme hakkının bulunmaması ise, malın alıcı lehine taayyün etmiş olması sebebiyledir. Çünkü alıcı tarafından görülüp kabul edilmekle mal, onun lehine taayyün etmiş (muayyen hâle gelmiş) olmaktadır.⁶⁴ Hanefî düşüncede ağırlıklı yaklaşımı temsil eden bu görüş, kaynaklarda Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed'e nispet edilmektedir. Görüldüğü üzere bu yaklaşım biçiminde sipariş verene görme muhayyerliği hakkının tanınması, tümüyle *akdin konusunun deyn değil ayn oluşuyla* ilişkilendirilmektedir.

Hanefî kaynaklarda Ebû Yûsuf'a nispet edilen yaklaşıma göre, malın akitte öngörülen nitelikte imal edilmiş olması durumunda sipariş verenin malı alması zorunludur. Sipariş edenin muhayyerlik hakkının bulunması, ancak malın ayıplı (akitte öngörülen niteliklere uygun olmayan) biçimde imal edilmesi durumunda söz konusudur. Dolayısıyla sipariş eden taraf, görme muhayyerliği değil ancak ayıp muhayyerliği sebebiyle akdi feshetme hakkına sahiptir. Belirtmemiz gerekir ki Ebû Yûsuf'un bu yaklaşımı Hanefî kaynakların çoğunda, sipariş veren tarafın akitte öngörülen nitelikte imal edilmiş malı alıp almama hususunda muhayyer bırakılmasının, sipariş alan taraf aleyhine bir sonuç doğurduğu gerekçesine dayandırılmaktadır.⁶⁵ Semerkandî'ye göre ise, Ebû Yûsuf'un söz konusu yaklaşımı, onun istisnâ'ı, tıpkı selem akdinde olduğu gibi, aynın değil zimmette sabit mebî'in (deyn hükmündeki mebî'in) satımı olarak görmesinin bir sonucudur.⁶⁶

İstisnâ' akdinin bağlayıcılığı konusunda son olarak belirtmek gerekir ki; Mecelle'nin 392. maddesinde, istisnâ' akdinin, kuruluşundan itibaren her iki taraf için de bağlayıcı olduğu; ancak siparişe konu malın akitte öngörülen niteliklere uygun imal edilmemiş olması durumunda sipariş verenin

⁶³ Serahsî, *el-Mebsûât*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'i'*, 6/87; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'îk*, 6/285.

⁶⁴ Serahsî, *el-Mebsûât*, 12/139; Mergînânî, *el-Hidâye*, 7/109; Bâbertî, *el-İnâye*, 7/109; Şeyhizâde, *Mecma'u'l-enhur*, 3/150.

⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsûât*, 12/139; Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'i'*, 6/88; Mergînânî, *el-Hidâye*, 7/109; Bâbertî, *el-İnâye*, 7/109.

⁶⁶ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*; 1/363.

muhayyerlik (ayıp muhayyerliği) hakkının bulunduğu⁶⁷ ifade edilmiştir. Günümüzde ise, ağırlıklı olarak Mecelle'de çizilen çerçevede benimsenmektedir.⁶⁸

Sonuç

Borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından Hanefî hukuk düşüncesi incelendiğinde, ayn-deyn ayırımına şekillendirici bir işlev yüklediği görülmektedir. Be sebeple Hanefî mezhebinin borçlar hukukuna ilişkin düzenlemelerinin kavranabilmesi, belli ölçüde, kavramsal içerikleri ve ayırt edici yönleriyle ayn ve deynin bilinmesine bağlıdır. Ayn ve deynin, teknik içerikleriyle kavranabilmesi de, maddi varlığından soyutlanıp zimmette bulunmaya ve tayinle taayyüne elverişli olup olmama nitelikleri yönüyle mal türlerinin bilinmesine bağlıdır. Buna göre bir borç ilişkisinde deyn, tayinle taayyüne elverişli olmayan mallar (altın, gümüş ve para) bakımından, *gerçekte var olmayıp yalnızca borçlunun zimmetinde bulunan malı* ya da *gerçekte borçlunun elinde var olup henüz alacaklıya teslimi gerçekleşmemiş malı* ifade etmektedir. Mislî olmaları yönüyle altın, gümüş ve paraya, tayinle taayyüne elverişli olmaları yönüyle kıyemî mallara benzeyen mislî mallar bakımından deyn, ilk olarak, *gerçekte var olmayıp yalnızca borçlunun zimmetinde bulunan mislî malı*; ikinci olarak ise, *gerçekte küme hâlde mevcut fakat henüz ferden tayin edilip müşahhas hâle getirilmemiş mislî malı* ifade etmektedir. Maddî varlığından soyutlanıp zimmette bulunmaya elverişli olmaması sebebiyle, kıyemî malın, deynle ilişkilendirilmesi söz konusu değildir. Ayn, kıyemî mallar bakımından, *mevcut kıyemî malı*; küme hâlde bulunan mislî mallar bakımından *benzerlerinden ayrıştırılarak ferden muayyen/müşahhas hâle getirilmiş malı*; altın, gümüş ve para bakımından ise, *alacaklıya teslimi gerçekleştirilmiş altın, gümüş ve parayı* temsil etmektedir.

Ayn-deyn ayırımının hukukî düzenlemeler bakımından öne çıkan sonuçlarından biri, ayn ile kusur sorumluluğu ve deyn ile de kusursuz sorumluluk arasında bir ilişki kurulmuş olmasıdır. Bu, helak ve zarar

⁶⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 1/424.

⁶⁸ Hamza Aktan, "İstisnâ'", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/395-396.

olgularının ayn bakımından tasavvur edilebiliyor olmasına karşılık deyn bakımından tasavvur edilemiyor oluşunun bir sonucudur. Çünkü söz konusu olgular hükmi değil hakikî varlığı olan şeyler bakımından tasavvur edilebilmektedir. Âriyet akdinde âriyet alanın sorumluluğunun kusur sorumluluğuyla sınırlı olmasına karşılık karz akdinde karz alanın her durumda akde konu malı sahibine iade etme yükümlülüğünün bulunması, akdin konusunun âriyette ayn, karzda ise deyn olmasının bir sonucudur. Benzer şekilde ecîr-i hâss ile yapılan iş akdinde işçinin sorumluluğunun kusur sorumluluğuyla sınırlı olmasına karşılık ecîr-i müşterekle yapılan iş akdinde işçinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğu da kapsamı, ilk durumda akdin konusunun ayn, ikinci durumda ise deyn olarak değerlendirilmesi sebebiyledir.

Aynın tayinle taayyün ediyor olmasına karşılık deynin ancak kabz ile taayyün ediyor olması da hukukî düzenlemeler bakımından oldukça önemli sonuçlar açığa çıkarmaktadır. Aynı hukukî sebebe bağlı olarak ortak alacaklı konumunda bulunan kişilerden herhangi biri öncelenerek yalnızca kendisine ödeme yapılamaması (müşterek deynin taksim edilememesi), şayet yapılmış ise tahsil edilen miktarın bütün alacaklıların ortak malı olarak görülmesi; tayinle taayyüne elverişli olmayan malların birbirleriyle mübâdelelerinde akit anında karşılıklı kabzın bir meşruiyet koşulu olarak ileri sürülmesi, ayn ile deyn arasındaki söz konusu farklılığın önemli hukukî sonuçları arasında yer almaktadır. Ayn-deyn ayrımının bir diğer önemli sonucu, te'cîl ve tahvîlin deyne özgülenmiş olmasıdır. Aynın aynla ya da aynın deynle mübâdelesinde ayn için te'cîlin şart koşulmasının akdi geçersiz kılacağı yönündeki hüküm, sözü edilen durumun bir sonucudur.

Kaynakça

- Aktan, Hamza. "İstisnâ". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 23/393-396. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. 4 Cilt. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- Araz, Yunus. "İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar". *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 46 (2016/2), 81-129.

- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1998.
- Aydın, M. Akif. "Deyn". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 9/266-268. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahimûd b. Ahmed er-Rûmî el-Mısırî. *el-İnâye şerhu'l-Hidâye* (İbnü'l-Hümâm'ın *Fethu'l-ğadîr*'i ile birlikte). 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1. Basım, 2003.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî, *Mecma'u'd-ğamânât fi mezhebi'l-İmâmî'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'mân*. 2 Cilt. Kahire: Dâru's-Selâm, 1999.
- Bardakoğlu, Ali. "İcâre". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 21/379-388. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.
- Boyalık, Şeyma. *İslam Hukukunda Cins Borçları*. İstanbul: 29 Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Haddâd, Ebû Bekr Alî b. Muhammed. *el-Cevheratü'n-neyyira şerhu Muhtaşari'l-Kudûrî fi furû'l-hanefiyye*. 2 Cilt. Thk. İlyas Kaplan. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2006.
- Haskefî, Muhammed b. Alî b. Abdîrahmân b. Muhammed. *ed-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr*. 1. Baskı. Thk. Abdulmun'im Halîl İbrâhîm. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1423/2002.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz. *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*. 10 Cilt. Thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd-Alî Muhammed Muavvid. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- İbn Mâze, Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî. *el-Muhtârü'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî*. 9 cilt. Thk. Abdülkerîm Sâmi el-Cündî. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2004.
- İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed. *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-değâ'ik*. 9 Cilt. Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1418/1997.

- İbnü'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-kadîr*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1. Basım, 2003.
- Kadzâde, Ahmed Şemseddin. *Netâ'icü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr (Fethu'l-kadîr'in devamında 8. 9. ve 10. Ciltler)*. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1. Basım, 2003.
- Kara, Yakup. "İslam Hukukunda Deyn'in Deyn Karşılığı Satımı". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (Ekim 2012), 389-416.
- Karaman, Hayreddin. "Ayn". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 4/257-258. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'î'u's-şanâ'î fi tertîbi's-şerâ'î*. 10 cilt. Thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd-Alî Muhammed Muavvîd. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2010.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Hanefî. *et-Tecrîd (Mevsûatü'l-fikhuyyetü'l-mukârane)*. 12 Cilt. Thk. Muhammed Ahmed Sirâc-Alî Cum'a Muhammed. Kahire: Dâru's-Selâm, 2004.
- Merginânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî (İbnü'l-Hümâm'ın Fethu'l-Kadîr'i ile birlikte)*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1. Basım, 2003.
- Semerkindî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ'*. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1984.
- Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.
- Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman. *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur ve maahû ed-Dürri'l-müntekâ*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1. Basım, 1998.
- Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Alî el-Kâdirî el-Hanefî. *Tekmiletü'l-el-Bahrü'r-râ'ik*. 3 Cilt (*el-Bahrü'r-râ'ik*'in devamında 7. 8. ve 9. ciltler). Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1418/1997.

Üsmendî, Ebü'l-Feth Alâüddîn Muhammed b. Abdilhamîd b. Hüseyin es-Semerkandî. *Ṭarîkatü'l-hilâf beyne'l-e'immeti'l-eslâf*. Thk. Muhammed Zekî Abdülber. Kahire: Mektebetü Dâri't-Türâs, 2. Basım, 2007.