

HİCRÎ ALTINCI ASRA KADAR
HANEFÎ MEZHEBİ DOKTRİNİNDE KARZ AKDİ
(ROMA HUKUKUYLA MUKAYESELİ)

Dr. Yasin GÖKGÖZ



HİCRÎ ALTINCI ASRA KADAR
HANEFÎ MEZHEBİ DOKTRİNİNDE KARZ AKDİ
(ROMA HUKUKUYLA MUKAYESELİ)

Yazar: Dr. Yasin GÖKGÖZ

Editör: Dr. Osman Said EVDÜZEN



***Hicrî Altıncı Asra Kadar Hanefî Mezhebi Doktrininde
Karz Akdi (Roma Hukukuyla Mukayeseli)
Dr. Yasin GÖKGÖZ***

Genel Yayın Yönetmeni: Berkan Balpetek
Editör: Dr. Osman Said EVDÜZEN
Kapak ve Sayfa Tasarımı: Duvar Design
Yayın Tarihi: Mayıs 2025
Yayıncı Sertifika No: 49837
ISBN:978-625-5885-15-9

© Duvar Yayınları
853 Sokak No:13 P.10 Kemeraltı-Konak/İzmir
Tel: 0 232 484 88 68

www.duvar yayinlari.com
duvarkitabevi@gmail.com

ÖNSÖZ

Bu çalışma, İslam hukukunda karz akdinin mahiyeti ve temel işlevi üzerine yapılmış bir araştırmadır. Günümüz İslam hukuku çalışmalarında karz akdinin görünüşteki mübadele niteliği abartılarak akit, gerçek anlamda bir muâvaza akdi olarak sunulmaktadır. Ancak bu yaklaşım, karz akdini klasik fıkıh kaynaklarında aktarılan asıl gayesinden uzaklaştırmakta ve hatta şâriin maksadıyla çelişen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte toplumun yardımlaşma ve dayanışma ruhunu canlı tutmak amacıyla tasarlandığı anlaşılan karz akdinin bir ticari işlem gibi ele alınması, modern hukukun en önemli kaynağı kabul edilen Roma hukuku ile de örtüşmemektedir. Bu bağlamda Roma hukukunda mutuum akdi ile İslam hukukunda altıncı asra kadar Hanefî mezhebi özelindeki karz akdi ele alınarak işlemin, yardımlaşma veya ticaret maksatlarından hangisine hizmet ettiği ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Bu araştırmanın fıkıhta karz akdinin mahiyetini doğru bir perspektiften değerlendirmeye katkı sağlayacağı ümit edilmektedir.

Aynı başlıklı doktora tezinden kitap haline getirilen bu çalışmanın, tez halindeyken tamamlanıp düzeltilmesinde tüm yoğunluğuna rağmen desteğini esirgemeyen, çalışmamı yönlendiren ve konuya farklı açıdan bakabilmemi sağlayan muhterem hocam Prof. Dr. Hasan HACAK'a teşekkür ederim.

Bolu, 2025

Yasin GÖKGÖZ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1
A. KONU	1
B. KAYNAKLAR	2
C. LİTERATÜR.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA MUTUUM

GİRİŞ.....	5
A. ROMA'DA HUKUKUN TANIMI	5
B. ROMA ÖZEL HUKUKUNUN (IUS PRIVATUM) TASNİFİ.....	9
C. BORÇ İLİŞKİSİNİN (OBLIGATIO) TANIMI.....	11
D. BORÇ İLİŞKİLERİNİN KAYNAKLARI (CAUSAE OBLIGATIONUM).....	14
E. ROMA HUKUKUNDAKİ AKİT TÜRLERİ	15
1. VERBIS CONTRAHITUR/CONTRACTUS VERBALIS (SÖZLÜ AKİTLER)	16
2. RE CONTRAHITUR/CONTRACTUS REALIS (AYNÎ AKİTLER)	16
3. LITTERIS CONTRAHITUR/CONTRACTUS LITTERALIS (YAZILI AKİTLER)	17
4. CONSENSU CONTRAHITUR/CONTRACTUS CONSENSUALIS (RIZAÎ AKİTLER)	18
I. ROMA BORÇLAR HUKUKUNDA MUTUUM AKDİNİN TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ VE TÜRLERİ	21
A. MUTUUM KELİMESİNİN KÖKENİ, TERİMSSEL ANLAMI, ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ VE AKDİN AMACI.....	21
1. MUTUUM KELİMESİNİN ETİMOLOJİK ANALİZİ.....	21
2. MUTUUM KELİMESİNİN TERİMSSEL ANLAMI	22
3. MUTUUM AKDİNİN ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ	24
4. MUTUUM AKDİNİN AMACI	26
B. MUTUUM AKDİNİN UNSURLARININ TAHLİLİ	33
1. TARAFLAR ARASINDAKİ BİRBİRİNE UYGUN KARŞILIKLI RIZA VE	

MUTABAKAT (CONVENTIO ET CONSENSUS)	33
2. ÖDÜNÇ KONUSUNUN MÜLKİYETİNİN ÖDÜNÇ ALANA DEVREDİLMESİ (DATIO) VE TESLİM (TRADITIO) ŞARTI	40
3. ÖDÜNÇ VERENİN FİİL EHLİYETİNE SAHİP OLMASI VE ÖDÜNÇ KONUSUNUN MÜLKİYETİNİN ÖDÜNÇ VERENE AİT OLMASI	61
4. ÖDÜNÇ ALANIN ÖDÜNÇ KONUSUNUN MÜLKİYETİNİ KAZANMASI	67
5. ÖDÜNÇ KONUSUNUN TÜKETİLEBİLEN MİSLİ MAL OLMASI	68
C. MUTUUM AKDİNİN ÖNE ÇIKAN ÖZELLİKLERİ	74
1. TEK TARAFA BORÇ YÜKLEYEN KARŞILIKSIZ BİR SÖZLEŞME OLMASI	74
2. MUTUUM AKDİNİN VADEYE BAĞLANMAMASI	75
3. MUTUUM AKDİNDE FAİZİN ŞART KOŞULAMAMASI	76
D. MUTUUM AKDİNİN ÖZEL TÜRLERİ VE ONA BENZEYEN İŞLEMLER	79
1. SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM VE AİLE EVLATLARINA (FILIUS FAMILIAS) VERİLEN ÖDÜNÇLER	79
2. NEXUM AKDİ VE MUTUUM İLE İLİŞKİSİ	83
3. DENİZ ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (FOENUS NAUTICUM)	88
II. ROMA USUL HUKUKUNDA MUTUUM İÇİN TANINMIŞ HUKUKİ KORUMALAR	91
A. “LEGIS ACTIO PER CONDITIONEM”DEN ÖNCEKİ DÖNEM (MÖ 230-220’DEN ÖNCESİ)	91
B. “LEGIS ACTIO PER CONDITIONEM”İN UYGULANDIĞI DÖNEM (MÖ 230-220 – MÖ 17)	93
C. FORMULA USULÜNÜN UYGULANDIĞI DÖNEM (MÖ 17 VE SONRASI)	95

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFİ FİKİH DOKTRİNİNDE KARZIN MAHİYETİ VE AMACI

GİRİŞ	102
A. TANIM BAKIMINDAN FİKİH VE ROMA HUKUKU KARŞILAŞTIRMASI	102
B. FİKHİN TASNİFİ	104
C. FİKIHTAKİ MÜDÂYENE VE DEYN İSTİLAHLARI İLE BORÇ İLİŞKİSİ TERİMİ	109
D. AKDİN TANIMI VE AKİTLERİN TASNİFİ İÇERİSİNDE KARZIN YERİ	117
I. KARZ AKDİNİN MAHİYETİ	124
A. SÖZLÜK ANLAMI	124

B. İSLAM ÖNCESİ ARAP TOPLUMUNDA KARZ.....	126
C. HAKKINDAKİ NAKLE DAYALI VERİLER	129
D. TERİMSSEL ANLAMI.....	144
II.KARZ AKDİNİN GAYESİ	147
A. İSTİKRÂZİN ZEKÂTTAKİ NİSABA ETKİSİNE İLİŞKİN MESELE ÜZERİNDEN KARZ AKDİNİN AMACINI TESPİT	154
B. ÜÇÜNCÜ ŞAHISTAN İSTİKRÂZİN DİĞER ORTAĞI BAĞLAYIP BAĞLAMAYACAĞI ÜZERİNDEN KARZ AKDİNİN GAYESİNİ BELİRLEME.....	156
C. “İBTİDÂEN TEBERRU, İNTİHÂEN MUÂVAZA” SÖYLEMİ.....	157
D. KARZ BEDELİ İVAZ MIDIR?	167
E. GENEL FIKIH KURALLARINA AYKIRI BİR AKİT OLARAK KARZ:	168

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİR AKİT TÜRÜ OLARAK KARZIN UNSURLARI VE HÜKMÜ

I. KARZ AKDİNİN UNSURLARI.....	171
A. İRADE BEYANI.....	171
1. TESLİM VE KABZIN İRADE BEYANIYLA İLİŞKİSİ.....	174
2. KARZ AKDİNİN FARKLI LAFIZLARLA İFADE EDİLMESİ.....	175
B. TARAFLAR	179
C. AKDİN KONUSU	183
II.KARZDA VADE.....	185

SONUÇ	188
--------------------	------------

KAYNAKÇA	191
-----------------------	------------

KISALTMALAR

a.mlf.	: Aynı Müellif
b.	: İbn
bk.	: Bakınız
bs.	: Basım
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dn.	: Dipnot
Gai.	: Institutiones Gai
H.z.	: Hazreti
I.	: Institutiones Iustiniani
krş.	: Karşılaştırınız
Ktp.	: Kütüphane
MÖ	: Milattan Önce
MS	: Milattan Sonra
No.	: Numara
nşr.	: Neşreden
pr.	: Principium (=Paragraf)
ö.	: Ölüm Tarihi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
thk.	: Tahkik Eden
ts.	: Tarihsiz
vr.	: Varak
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

A. Konu

Bu çalışmada, VI. asra kadar Hanefî mezhebi literatüründe karz akdinin nasıl ele alındığı, mahiyetinin nasıl açıklandığı ve ne şekilde tanımlandığı, meşruiyeti ve şartları hususunda yapılan hukukî temellendirmeler ele alınacaktır. Farklı bir hukuk sistemi olarak Roma hukukunda karzın (=mutuum), Roma hukukuna ilişkin kaynaklarda nasıl ele alındığı detaylıca incelenecek ve yer yer aradaki benzerlik ve farklılıklara dikkat çekilecektir. Özellikle karz akdinin fıkıhtaki gayesi üzerinde durulacak ve akdin muâvaza mı yoksa teberru işlemi mi olduğu araştırılacaktır. Her iki hukuk sistemine dair bölümlerin girişinde, iki hukuk sisteminin meşruiyet temelinde ve konuların tasnifindeki benzer ve farklı yönlerine dikkat çekmek amacıyla genel hükümlere dair bilgilere yer verilecektir.

Meşruiyet temelinde ve konuları ele alış biçiminde İslam hukukundan farklı bir sistem olan Roma hukukunda, karz akdinin karşılığı olarak gösterilebilecek en uygun terim olan “mutuum” akdinin, Roma hukuku klasik kaynaklarında ve modern literatürde nasıl ele alındığına odaklanılmıştır. Farklı kültürel geleneklere sahip bir toplumun gelişmiş bir hukuk sistemi olarak Roma hukukunda, ödünç işleminin yapılış amacı ve akit sisteminde durduğu yer açısından hukukî meseleler incelenerek İslam hukukundaki konuların daha iyi anlaşılması hedeflenmektedir. Öte yandan genel olarak Roma’da ilmî açıdan hukuka bakış, hukukun tasnifi ve alt başlıkları, borç ilişkisinin tanımı ve kaynakları ile akit türleri ele alınarak İslam hukuk sistemindeki benzer konularla mukayese amaçlanmakta ve iki sistemin benzeştiği ve ayrıştığı noktaların daha belirgin hale getirilmesi planlanmaktadır. Roma borçlar hukukunda mutuum akdinin tanımı, unsurları, özellikleri ve türleri üzerinde durulacak ve bu akitle elde edilen hakkın korunmasına yönelik ne tür hukukî korumaların bulunduğu araştırılacaktır.

Maddi hukuk açısından mutuum akdinin mahiyeti ele alınırken etimolojik kökeni, klasik ve modern kaynaklarda terimsel olarak nasıl tanımlandığı, sözleşmeler sisteminde nerede durduğu, akdin yapılış amacı ve akdi meydana getiren unsurların tahlili ele alınacaktır. Bu kapsamda taraflar arasındaki karşılıklı rızanın irade beyanıyla uyumu, mülkiyetin devredilmesinde maddi teslim şartının nasıl algılandığı ve önemi, fiil ehliyeti açısından akdin taraflarında aranan şartlar ve ödünç konusunun tüketilebilen misli mal kategorisinden olmasına dair şartın nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durulacaktır. Roma hukukunda mutuum akdinin öne çıkan özellikleri arasında tek tarafa borç yüklemesi ve karşılık beklentisi olmaksızın gerçekleştirilen bir akit olması açıklanacak, vadeye

bağlanamaması ve faizin sadece akitle şart koşulamamasının akdin gayesiyle bağlantısı araştırılacaktır. Özel birtakım şartlar ihtiva etmesi bakımından aile evlatlarına verilen ödünçler ele alınacak, nexum ve fœnus nauticum gibi işlemlerin mutuum ile ilişkisi araştırılacaktır. Ayrıca usul hukuku bakımından mutuum akdi kapsamındaki hakları korumaya ve yükümlölükleri garanti altına almaya yarayan hukukî himaye vasıtalarına değinilecektir.

İslam hukukunda ise hicrî altıncı asra kadar Hanefî mezhebi klasik fıkıh kaynaklarındaki anlatı üzerinden karzın mahiyeti ve amacı tespit edilmeye çalışılacak ve konu farklı açılardan incelenecek, bir akit türü olarak karzın temel unsurları ve hükmünün nasıl ele alındığı ve bu husustaki görüş ayrılıkları beyan edilmeye çalışılacaktır. Diğer taraftan genel olarak İslam hukuku zaviyesinden hukuka bakışı anlamak için fıkıhın tanımına yer verilecek, bu vesileyle Roma hukuku ile arasındaki fark anlaşılmaya çalışılacaktır. Ayrıca Roma hukukundaki obligatio (borç ilişkisi) ve borç kavramları ile karşılaştırmak maksadıyla fıkıhtaki müdâylene ve deyn terimlerinin nasıl tanımlandığı ve ele alındığı incelenecek, fıkıhtaki borcun kaynaklarına temas edilecek, akdin tanımı ve akitlerin tasnifi üzerinde durulacaktır. Karzın mahiyetini daha iyi anlayabilmek amacıyla sözlük anlamı ve kökeni araştırılacak, İslam öncesi Arap toplumunda nasıl algılandığına bakılacak ve ilk dönem Hanefî mezhebi temel eserlerinden Şeybânî'nin *el-Asl* adlı kitabında, karza ilişkin alt bölüm içerisinde zikredilen naklî deliller değerlendirilecek ve bir fıkıh terimi olarak nasıl tanımlandığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Ayrıca fıkıhtaki akit sistemi içerisinde karzın nerede durduğunu netleştirmek maksadıyla, karz akdinin gayesi ve ayrı bir akit türü olarak varlık nedeni, klasik fıkıh kaynaklarında geçen farklı meseleler üzerinden belirlenecektir. Bu meseleler seçilirken özellikle, Hanefî mezhep literatürünün sonraki dönemlerinde karz akdine dair dikkat çekici bir gerekçe olarak zikredilen “ibtidâen teberru, intihâen muâvaza” şeklindeki söylemin geçtiği yerler tespit edilip bunun arka planında neyin olduğu araştırılacaktır. Fıkıhta karzın temel unsurları olarak nitelendirilen irade beyanı, taraflar ve akdin konusu mal hakkında kaynaklarda geçen bilgiler özetlenmeye çalışılacaktır. İrade beyanı özelinde maddi teslimin irade beyanı ile ilişkisi üzerinde durulacak, akdin farklı lafızlarla ifade edilmesi ele alınacaktır. Son olarak karzda vade konusuyla çalışma bitirilecektir.

B. Kaynaklar

Roma hukukuna ilişkin bölümü hazırlarken kullandığımız ve daha fazla müracaat ettiğimiz eserlerin başında, Ali Selkor Atak tarafından esasen 2015

yılında doktora tezi olan hazırlanan ve 2022 yılında basılan *Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)* adlı eseri gelmektedir. Roma hukukunda mutuuma dair geniş ve detaylıca bilgi veren, kaynak yelpazesıyla büyüleyen ve bir tür monografi olarak kaleme alınmış olan bu eserin anlatım tarzından genel olarak yararlanılmış ve ulaşabildiğimiz kadarıyla gittiği kaynaklar kontrol edilerek gerektiğinde birtakım değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Fakat eserde verilen bilgiler, diğer Roma hukuku literatürüyle karşılaştırılmış ve farklı tercihler de yapılmıştır. İlgili meselelerin daha iyi anlaşılması için, Atak'ın çoğunlukla takip ettiği eserlerden biri olarak Reinhard Zimmermann'ın *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* adlı eserine müracaat edilmiştir.

Genel manada Roma hukuku tarihini ve terminolojisini anlamak maksadıyla, Ziya Umur'un *Roma Hukuku Ders Notları* ve *Roma Hukuku Lügatı* adlı eserlerine müracaat edilmiştir. Borçlar hukuku alanında Türkan Rado'nun *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku* çalışması ile Bülent Tahiroğlu'nun *Roma Borçlar Hukuku* kitabına müracaat edilmiş, eşya hukuku alanında ise Belgin Erdoğan'ın *Roma Eşya Hukuku* adlı eserine bakılmıştır. Klasik Roma hukuku meseleleri için, Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan'ın birlikte hazırladıkları *Roma Hukuku Dersleri* ve *Roma Hukuku Meseleleri* adlı eser faydalı bir kaynak olmuştur. Ayrıca *Corpus Iuris Civilis*'ten aktarılan metinler, Alan Watson'ın *The Digest of Justinian* adlı eseri üzerinden kontrol edilmiştir. Yine *Institutiones Gai*'den nakledilen parçalar, Edward Poste'un *Gai Institutiones: with a Translation and Commentary* adlı çeviri ve şerhinden, *Institutiones Iustiniani* kaynaklı metinler ise Thomas Collet Sanders'in *The Institutes of Justinian: with English Introduction, Translation and Notes* adlı açıklamalı tercümesinden yararlanılmıştır. Meşruyet kaynağı, tasnif sistemi ve özellikle usul hukuku açısından İslam hukukundan farklı bir sistem olan Roma hukuku, bu vesileyle incelenmiş, aradaki benzerlikler ve farklılıklar üzerinden fıkıh mesailinin daha iyi anlaşılmasına çalışılmıştır.

Fıkha dair bölümler yazılırken öncelikle altıncı yüzyıla kadarki Hanefi mezhebinin başat fıkıh kaynakları esas alınmıştır. Başta Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eseri ve Serahsî'nin ve İsbîcâbî'nin *el-Mebsût*'u olmak üzere karz konusunun müstakil bir başlık altında ele alındığı eserler incelenmiş ve karza ilişkin meseleleri nasıl ele aldıklarına bakılmıştır. Sadece karz başlığının bulunduğu kısa alt bölümle yetinilmeyerek diğer konularda karza ilişkin meseleler, alakasına göre ele alınmış ve aralarındaki tutarlılık test edilmiştir. Bu çalışmada en çok üzerine durduğumuz ve cevabını aradığımız problem, karz akdinin fıkıhtaki akit sistemi içerisinde nerede durduğunun tespitidir. Bu kapsamda Hanefi mezhebi

kaynaklarındaki meselelerden hareketle, karz akdinin temlik amacı güden akitlerden teberru, muâvaza veya ara bir kategoride mi olduğunun netleştirilmesi hedeflenmektedir. Dolayısıyla karz başlığı altında yer almayan meselelere gidilirken başta bu problemi açıklamaya hizmet edecek meselelere öncelik verilmiştir. Yine bu bakış açısıyla altıncı asra kadarki Hanefî mezhebi kaynakları içerisinde biraz daha detaylı ve gerekçeli anlatıya sahip kaynaklar seçilerek, belirli meselelerin nasıl ele alındığı ve gerekçelendirmeleri takip edilmiştir. Bu kapsamda Kudûrî'nin *Şerhu Muhatasari'l-Kerhî* ve *et-Tecrîd* adlı eserleri, Debûsî'nin *el-Esrâr* adlı eseri, Kâsânî'nin *Bedâ'i'u's-sanâ'i* adlı kitabı temel müracaat kaynaklarımız olmuştur. Özellikle de Kâsânî'nin *Bedâ'i* adlı eseri, karzın diğer belli başlı akitler gibi müstakil bir ana başlık altında ele alındığı ve meselelerin belirli bir düzen içerisinde getirilmiş olması açısından önemlidir. Çoğunlukla bu eserlere referans verilmekle birlikte gerektiğini düşündüğümüzde mezhebin farklı kaynaklarına da gidilmiştir.

C. Literatür

Modern dönemde konuyla alakalı birçok çalışma bulunmakla birlikte bunlar arasında öne çıkanlar, Alâeddin Harûfe'nin *'Akdü'l-karz fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'i'*¹ adlı eseri ile Nezîh Hammâd'ın *'Akdü'l-karz fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye'*² adlı eseridir. Konuyla ilgili Türkiye'de yapılan çalışmalar arasında ise Beşir Gözübenli'nin *İslâm Borçlar Hukukunda Karz Akdi ve Faiz* adlı doçentlik tezi,³ Mehmet Nerkiz'in *İslâm Fıkhiında Borç/Karz Akdi ve Yükümlülükleri* adlı yüksek lisans tezi,⁴ Ayşe Karaçam'ın *İslâm Hukukunda Karz Akdi ve Bazı Güncel Uygulamalar* adlı yüksek lisans tezi⁵ sayılabilir. Bu çalışmalarda özellikle Hanefî mezhebinin 6. Asra kadarki bakış açısı derinlemesine ele alınmamış, bu açıdan görüşler detaylıca incelenmemiş, özellikle karzın amacı üzerinde yeterince durulmamıştır. Ayrıca karz akdinin Roma hukukundaki karşılığı olan mutuum akdi detaylıca incelenmemiş ve mukayese yapılmamıştır.

¹ Beyrut: Müessesetü Nevfel, 1982.

² Dimaşk: Dâru'l-kalem, 1411/1991.

³ Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1988.

⁴ Uşak: Uşak Üniversitesi SBE, 2019.

⁵ Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2020.

Birinci Bölüm

ROMA HUKUKUNDA MUTUUM

GİRİŞ

A. Roma’da Hukukun Tanımı

Roma hukukunun⁶ klasik kaynaklarına bakıldığında, öncelikle hukukun tanımına ve tasnifine verilen önem ile hukuk çalışmasına kendini adayanların ilk

⁶ İleride konu anlatılırken bir kısım dönemlere atıf yapılacağı için, Roma’nın siyasi ve hukuki dönemlerini kısaca zikretmekte fayda olacağı düşünülmüştür. Roma siyasi tarihi, Roma şehrinin kurulduğu söylenen MÖ 753 yılından başlayıp o zamanki adı Costantinopolis olan şimdiki İstanbul’un Osmanlı padişahlarından II. Mehmet tarafından MS 1453 yılında fethedilmesine kadar uzanan iki bin iki yüz altı yıllık zaman dilimini kapsamakta ve başlıca dört dönemde incelenmektedir: **1. Dönem:** Regnum (Krallık Dönemi): MÖ 753-509; **2. Dönem:** Res Publica (Cumhuriyet Dönemi): MÖ 509-27; **3. Dönem:** Principatus (İlk İmparatorluk Dönemi): MÖ 27-MS 284; **4. Dönem:** Dominatus (Son İmparatorluk Dönemi): 284-1453. Her ne kadar hukukçular Dominatus devrini *Corpus Iuris Civilis* adlı eseri yazdıran Iustinianus’un ölüm tarihi olan 565 yılında sona erdirmiyorlarsa da gerçekte Roma İmparatorluğunun siyasi tarihi 1453’te bitmiştir. Bk. Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 2. bs., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1990, s. 5; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, 14. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2020, s. 1, 2, 37. Roma’nın kuruluş tarihi olarak kabul edilen MÖ 753 yılından MS 565 senesine kadar geçen süredeki yürürlükteki hukukun tamamına romanist hukukçular tarafından “Roma hukuku” denilir. Doktrindeki yaygın kanaate göre, özel hukuk açısından Roma hukuk tarihi başlıca üç döneme ayrılır: **1. Dönem:** Eski Hukuk Dönemi/Quirites/Ius Civile Dönemi (MÖ 753-150): Teamül hukukunun hâkim olduğu bu dönemde XII Levha Kanunu (Lex Duodecim Tabularum) ve diğer halk meclisi (comitia) kanunları (leges) çıkmış olup bu kanunların tefsiri (interpretatio) rahip hukukçular tarafından yapılmaktaydı. **2. Dönem:** Klasik Hukuk Dönemi (MÖ 150-MS 284): Res Publica döneminin takriben son bir buçuk yüzyılı ile Principatus dönemindeki Roma hukukuna denir. Kanunların (leges) dışında kaynakları arasında imparator emirnameleri (constitutio principis), senatus kararları (senatus consulta), magistra ve praetorum beyannameleri (edicta), hukuk mektepleri ve hukukçular tarafından meydana getirilen içtihat ve kuralları vardı. Eski hukuktan farklı olabilen ve genellikle “edictum”larla oluşturulan bu hukuka “ius honorarium” veya “ius praetorium” denilmekteydi. Özellikle Roma vatandaşı olmayanlara uygulanan hukuk anlamına gelen “ius gentium”un karşısı olarak hem özel anlamda “ius civile” hem de “ius honorarium”u içine alan hukuka genel anlamda “ius civile” de denilmekteydi. **3. Dönem:** Postklasik/Klasik Sonrası Hukuk Dönemi (284-565): Dominatus devrinin başlangıcından Iustinianus’un ölüm yılı olan 565’e kadar geçen süredeki Roma hukuku dönemidir. Iustinianus’tan önceki ve sonraki dönem olarak iki dönemde ele alınır. Iustinianus’tan önceki dönemde kullanılan hukuk kaynakları “leges” ve “iura” idi. Dönemin hukuk malzemesi “leges” şeklinde adlandırılan imparator emirnameleri ile “iura vetus” (eski hukuk) veya “ius civile” şeklinde zikredilen ve kısaca “iura” denilen eski hukuk ilmidir. İmparator emirnameleri anlamındaki leges, bu dönemde hukukun diğer kaynaklarına baskın çıkmaktadır. İura kapsamına giren düzenlemelerin ilk örnekleri olarak İmparator Augustus (ö. MS 14) zamanında bazı hukukçulara “ius publice respondendi” (imparator adına cevap verme imtiyazı) tanınmışsa da 426 tarihinde ise II. Theodosius’un “Lex Citationis” adlı emirnamesiyle klasik devrin sonlarında yaşamış olan Gaius (ö. MS II. yy.), Papinianus (ö. 212), Ulpianus (ö. 228), Paulus (ö. MS III. yy.) ve Modestinus’tan (ö. MS III. yy.) oluşan beş hukukçunun eserlerindeki görüşlerinin kanun kuvvetinde olduğu beyan edilmiştir. Iustinianus devri ise, Iustinianus’un Doğu Roma imparatoru olduğu 527-565 yılları arasındaki süreci ifade etmektedir. Bu devirdeki kaynak ise Iustinianus’un kaleme aldığı *Institutiones*, *Digesta*, *Codex* ve *Novellae* adlarında dört bölümden oluşan *Corpus Iuris Civilis* adlı kanunname derlemesidir. Iustinianus’un ölümünden (565) sonraki Roma hukuku araştırmaları ise dört dönemde incelenmektedir: **1. Dönem:** Iustinianus’un ölümünden sonra başlayıp Bologna Üniversitesi’nin 1088’de kurulmasına kadar geçen dönem (565-1088). Bu döneme bir tür gerileme dönemi olarak bakılır. Bu dönemde, Germen kavimlerinden Lombardların ve Vizigotların kodifikasyon çalışmaları ile Katolik Kilisesi’nin hukuk sisteminin adı olan “Kanon hukuku” öne çıkmaktadır. **2. Dönem:** Skolastik Doktrin. XI. yy.’dan takriben Rönesans dönemine denk gelen XV. yy.’a kadarki dönem

olarak hukuk kelimesinin kökenini bilmeleri gerektiğine dair yapılan vurgu göze çarpmaktadır. Nitekim Roma hukuku klasik kaynaklarından *Digesta* adlı eserde⁷ Klasik Dönem Roma hukukçusu olan Ulpianus'tan (ö. 228)⁸ aktarıldığına göre, adını adalet anlamındaki “iustitia”dan aldığı söylenen “ius” (hukuk), neyin adil ve doğru olduğunu bilme sanatı olup bu açıdan görünüşte (simulata) değil gerçek (veram) anlamda bir felsefe (philosophiam) olduğu ifade edilmiştir.⁹ Adalet, eşitlik ve hakkaniyet gibi kavramlar hukukun konusundan çok gerçekleştirmeyi hedeflediği gayeler olması bakımından bu açıklama, hukuku amacı açısından izah ettiği gibi hukukun pratik bir bilim olduğuna da işaret etmektedir. Yine hukuk anlamında kullanılan “ius” kelimesinin, Latince emretmek anlamındaki “iubere” mastarından türetilen “iussum” (emredilen) kelimesinden geldiği de iddia edilmiştir. Bu iddia, hukukun temeline ilişkin

kastedilmektedir. Bu dönemde özellikle *Digesta* üzerine çalışma yapan “glassator”lar (haşiyeciler) “commentator”lar (şarihler) ön plana çıkmıştır. **3. Dönem:** Hümanist Doktrin. XV. yy.'da Batı Avrupa ülkelerinde ortaya çıkan Roma hukukunun iktibasından XIX. yy.'daki kanunlaştırma hareketlerine kadarki döneme söylenmektedir. **4. Dönem:** XIX. yy.'daki Modern Pandekt Hukuku ve Tarihi Doktrin. En önemli simaları arasında Friedrich Carl von Savigny (ö. 1861), Rudolf von Jhering (ö. 1892), Bernhard Windscheid (ö. 1892) Theodor Mommsen (ö. 1903) sayılabilir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 71, 73, 75-82, 89, 93, 121-122, 128; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 100, 104, 116; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 42-43, 56-57, 77, 82; Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 4 (Aralık 2007), s. 112-115; Oğuzhan Bekir Keskin, “Modern Hukuki Sistemin Temelleri Üzerine Bir Giriş Çalışması: Geç Ortaçağ'da *Corpus Iuris Civilis*'in Keşfi ve Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1 (Haziran 2014), s. 610.

⁷ *Digesta / Pandectae Iustiniani: Corpus Iuris Civilis* adlı kanunname derlemesinin ikinci kısmı olan kitap, quaestor sacri palatii (istişare heyeti başkanı/saray nâzırı) Tribonianus'un (ö. MS 547) başkanlığında ikisi Constantinople (İstanbul) hukuk mektebinden ve ikisi Berytus (Beirut) mektebinden olmak üzere dört profesör, on bir hukukçu ve bir memurdan oluşan toplam on yedi kişilik bir heyet tarafından hazırlanmış ve Doğu Roma İmparatoru Iustinianus tarafından 30 Aralık 529 senesinde yürürlüğe konulmuştur. İçerik olarak genelde imparator adına cevap verme imtiyazına (ius publice respondendi) sahip klasik devir hukukçularının eserlerinden alınmış parçalardan (fragmentum) oluşan kitap hem ius civile'i hem de praetor hukukunu içermektedir. Parçaların başında ise “inscriptio” denilen, o parçanın hangi hukukçunun hangi eserine ait olduğunu gösteren bir not bulunmaktadır. Eser elli kitaptan/ana bölümden (liber) oluşmakta, her kitap fasıllara (titulus), her fasıl ise parçalara (fragmentum) ayrılmakta olup *Corpus Iuris Civilis* derlemesinin en uzun kitabıdır. Uzun parçalar paragraflara ayrılmakta, bunlara aynen Iustinianus'un *Institutiones*'inde olduğu gibi “§” simgesiyle işaret edilmekte ve numaralandırılmaktadır. Bu esere yapılacak atıflarda önce kitabın adının kısaltması olarak “D.” getirilir, sonra da sırasıyla kitap, fasıl, parça ve paragraf numaraları belirtilir. Ancak birinci paragraf “pr.” (principium) kısaltmasıyla gösterilir. Bazen sadece parça paragrafa ayrılmamış da olabilir. Örnek: “D. 44, 7, 3, pr.”. *Corpus Iuris Civilis* derlemesinin ilk kitabı bir tür hukuka giriş kitabı olan *Institutiones*, üçüncü ve dördüncü kitapları ise önceki imparator emirnamelerini toparlayan *Codex* ile sadece Iustinianus'un emirnamelerini ihtiva eden *Novellae* adlı eserlerdir. *Corpus Iuris Civilis*'ten önce ve sonra *Institutiones*, *Digesta* ve *Codex* adıyla kaleme alınmış farklı yazarlara ait eserler de mevcuttur. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 110-111; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 37-38, 50, 58-59, 89, 142, 176.

⁸ Domitius Ulpianus, Filistin asıllı olup Papinianus ve Paulus'un yardımcılığını yapmıştır. Paulus'la birlikte Klasik Dönem'in en büyük hukukçularından biri olarak kabul edilir. *Digesta*'nın üçte birinin onun eserlerinden derlendiği söylenmektedir. İmparator II. Theodosius'un 426 tarihli Lex Citationis adlı emirnamesiyle eserlerindeki görüşlerinin kanun kuvvetinde olduğu beyan edilen beş Klasik dönem hukukçusundan biridir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 116, 217.

⁹ Ulpianus burada hukukun nazarı değil, amelî felsefenin bir alt türü olduğunu söylemeye çalışmış olabilir.

teorilerden kişisel irade kuramı ile hukuk kuralının unsurları arasında sayılan irade ve emri akla getirmektedir. Son tahlilde hukuk kuralı, kanun koyucunun iradesi doğrultusunda olumlu veya olumsuz biçimdeki emridir.¹⁰

Hukukun (ius) en temel ilkeleri şerefli yaşamak, başkalarına zarar vermemek ve hak sahibine hakkını vermek şeklinde özetlenmiştir.¹¹ İlahî ve beşerî meselelerin bilgisi olarak da nitelenen hukuk (ius), muhtemelen paganizmin hâkim olduğu dönemlerden kalan ifade tarzıyla ilahî kaynaklı olup tanrılar ile insanlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuka “ius divinum” ve bu hukuk kapsamındaki din kaidesine “fas”; beşer tarafından vazedilip insanlar arasındaki ilişkileri tanzim eden kurallar bütününe “ius humanum” ve pozitif hukuk kuralına “ius” denilmekteydi. Quirites Hukuku/Eski Hukuk Dönemi’nde MÖ III. yüzyıla kadar din işlerinin yanında hukuk işlerine de “pontifex” adındaki rahipler bakmakta, çıkan kanunları “interpretatio” hukuku kapsamında tefsir etmekteydiler. Yine mâmelek hukukunda “res extra patrimonio” denilen ve üzerinde aynî hak kurulamayan “res divini iuris” (ilahî hukuka tabi mallar) vardı. Bunlara rağmen Roma hukukunun diğer eski hukuklardan farklı olarak, hukuku her zaman insan faaliyetinin eseri olarak kabul ettiği ve pozitif hukuk kuralı ile din kaidesini ayırmaya özen gösterdiği öne sürülmüştür.¹²

Ulpianus’un anlatımına göre Roma devletinin yönetimiyle ilişkili olan kamu hukuku (ius publicum) daha çok kutsal törenler, din adamları ve devlet görevlilerine ilişkin hükümlerden oluşan bir hukuktu. Roma’da özel hukuk (ius privatum) ise doğal hukuk (ius naturale), milletlerarası/uluslararası hukuk (ius gentium) ve medeni hukuk/vatandaşlar hukuku (ius civile) kurallarından türetilen üç yönlü bir hukuktu.¹³ Roma’da hukukun yazılı ve yazısız formları vardı.

¹⁰ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğatı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1983, s. 96, 106; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 35. bs., Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 19, 183-186.

¹¹ I. 1, 1, 3; Thomas Collet Sanders, *The Institutes of Justinian: With English Introduction, Translation and Notes*, 7. bs., London: Longmans, Green and Co., 1903, s. 6; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141.

¹² I. 1, 1, 3; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 6; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 80-82, 139-140, 405; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 71, 101, 102.

¹³ D. 1, 1, pr.-2; Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Philadelphia: University of Pennsylvania, 1998, 1/1. Digesta’da atfı yapılan yerin devamında Ulpianus, doğal hukukun (ius naturale) insana özel olmayıp doğanın tüm canlılara öğrettiği kurallar bütünü olduğunu, erkek ve dişinin birleşmesi anlamına gelen evliliğin ve çocukların doğup yetiştirilmesi gibi vahşi hayvanların bile aşına olduğu doğal durumların hep bu yasadaki kaynaklandığını belirtmiş, devamında ise milletlerarası hukukun (ius gentium) insan ırkı tarafından kullanılıp sadece insan ilişkilerine odaklanan bir hukuk türü olduğuna dikkat çekmiştir. Bu hukukun insanlık tarihinde ilk olarak savaşlar sonucunda ırkların ayrılması ve ayrı krallıkların kurulmasıyla başladığı, mülkiyet hakkının, toprak sınırlarının, ticaretin, alım satım ile fiyatın, kiralama ile rantın, ortaklığın, saklama ve ödünç ilişkilerinin, kölelik ve azat etmenin hep bu ius gentium ile ortaya çıktığı, bunların dışında kalanların ise özel hukuk (ius civile) ile getirildiği ifade edilmiştir. Yine milletlerarası hukukun (ius gentium), tüm insanlık tarafından eşit olarak uygulanan ve ortak aklın ürünü olan kurallar bütünü olduğu söylenmiştir. Ius civile ise bu iki hukuktan yararlınsa da onlardan farklı olduğu noktaları da olabilen, Yunan hukukunda olduğu gibi yazısız veya yazılı formları bulunabilen, halkın kendisi için

Hukukun örf ve geleneklere dayanan yazısız biçimi, daha çok Eski Hukuk Dönemi'nin XII Levha Kanunu (MÖ V. yy.) öncesinde uygulanmaktaydı. Roma halkının yazılı medeni hukuku (ius civile) ise kanunlardan (leges), halk oylamaları (plebiscita), senato kararlarından (senatus consulta), emirnamelerden (consistiones/principum decreta), beyannamelerden (magistratum edicta) ve hukukçuların cevaplarından (responsa prudentium) oluşmaktaydı.¹⁴ Kamu yararı düşüncesiyle belirli bir toplum içerisindeki bireylerin eylemlerine sınırlama getiren, devlet tarafından yaptırımlarla koruma altına alınan ve amacı vatandaşların adalet ve eşitliğini sağlamak olan yürürlükteki kuralların tamamına da hukuk (ius) denirdi. Roma vatandaşlarına ait yürürlükteki pozitif medeni hukuk anlamında da kullanılan “ius civile” veya “ius civitatis”, amacı adalet ve hakkaniyeti sağlamak olsa da her zaman bunu sağlayamayabiliyordu. Hâkimin takdir yetkisine dayalı hukuk şeklinde de izah edilebilecek olan praetor hukuku (ius praetorium), bu gibi durumlarda hakkaniyet ve nasfet (aequitas) gayesini gerçekleştirmek için devreye girmektedir.¹⁵ Sonuçta Roma hukukunun en temel niteliği, hukukun kaynağını beşerî iradenin oluşturması ve bu kuralların devlet tarafından oluşturulduktan sonra zorlayıcı bir otoriteyle uygulanması ve hakların himayesinin detaylı biçimde ele alınmış olmasıdır.¹⁶

Roma hukukunda “ius” kelimesi, hem objektif açıdan hukuk (norma agendi)¹⁷ hem de sübjektif olarak hak (facultas agendi)¹⁸ anlamına gelmekteydi.¹⁹ Vatandaşların hukuk kurallarına (norma agendi) uyup uymadıklarının denetimini devletin bizzat kendisi takip edebileceği gibi bazen de kontrol yetkisini bireye verip hukuk kuralının yaptırım mekanizmasını harekete geçirmeyi onun iradesine bırakabilirdi. Hukukî müeyyidenin işleme geçirilmesi hususundaki bireye

koyduğu ve belirli bir devlete özel olan hukuk türüdür. Bk. D. 1, 1, 3-4; D. 1,1, 4-9; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/1-2.

¹⁴ Gai. 1, 1, 2; Edward Poste, *Gai Institutiones: With a Translation and Commentary*, Oxford: The Clarendon Press, 1854, s. 1; I. 1, 2, 3; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 9; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141. Hukuk (ius) denildiğinde bu yazılı biçimlerin kastedilmesi garip değildir. Zira bunlar, egemen kanun koyucunun emirleri anlamına gelmekteydi ki hukuk zaten kanun koyucunun emri demektir.

¹⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 142; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğati*, s. 20, 99-100, 103.

¹⁶ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141.

¹⁷ Norma agendi: Söz konusu olduğu ilişkide vatandaşın eylemine sınır koyan ve uyulması gereken, uyulmadığı takdirde de devlet tarafından yaptırımlarla koruma altına alınması aslolan objektif kural; hukuk. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 99, 142. Roma hukukuna göre hukuk kurallarını devlet koyar ve onları zorlayıcı bir kuvvetle uygular. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141.

¹⁸ Facultas agendi: İlgili kişiden belirli bir davranışta bulunmasını talep edebilmek için, devlet tarafından bireye tanınan ve koruma altına alınan sübjektif anlamdaki yetki; hak. Bu yetki bir maldan istifadeye engel olunmamasına yönelik ise “aynî hak”, bir kişiden belirli bir davranışta bulunmasına yönelik ise de “şahsî hak” olarak tezahür eder. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 71, 99; a.mlf., *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 147.

¹⁹ Andreas B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, Türkan Rado (çev.), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1945, s. 215-217; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 149.

tanınmış olan bu yetkiye hak (talep hakkı/facultas agendi) denilmektedir.²⁰ Bununla birlikte özel hukukun ağırlık merkezini oluşturan hak (ius) kavramı, Roma hukukunda doğrudan doğruya bu adla değil, onu himaye altına alan “actio” (dava/talep hakkı) bakımından incelenmekte, aynı ve şahsî haklar da “actio in rem” (aynî dava) ve “actio in personam” (şahsî dava) şeklinde tasnif edilmektedir.²¹

B. Roma Özel Hukukunun (Ius Privatum) Tasnifi

Roma özel hukukunu öğrenmek isteyenler için hukuka giriş kitabı mahiyetinde kaleme alınan²² hem Gaius’un (ö. MS II. yy.) hem de Iustinianus’un (ö. 565) *Institutiones*²³ adlı eserlerinde, Roma’da faydalanan bütün hukukun (özel hukukun)²⁴ ya kişilere (personas) veya eşyaya/mallara (res) ya da davalara (actiones) ilişkin olduğu ifade edilmektedir.²⁵ Bu tasnife bakıldığında, “ius privatum”un gayesi doğrultusunda koruma altına aldığı sübjektif haklar ile onları koruma aracı olan dava hakkı göze çarpmaktadır. Eşyaya (res)²⁶ ilişkin hukuk

²⁰ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 146-149. Hukuk kuralınca uyulması istenen eyleme de yükümlülük/boyun borcu/ödev/vecibe denilebilir.

²¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 149.

²² Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 89.

²³ *Institutiones Gaii*: MS II. yy.’ın ikinci yarısında Romalı hukukçu Gaius tarafından kaleme alınmıştır. Başlıca dört ana bölümden (commentarius) oluşan kitap, Roma özel hukukuna giriş mahiyetindeki bir ders kitabıdır. Ayrıca Iustinianus’un *Institutiones*’ine model olmuştur. Roma özel hukukuna dair günümüze ulaşan en eski eserlerdendir. Kitaba atıf yapılacağına kitabın adı yerine yazarın adının kısaltması olan “Gai.” yazılır ve kitap ile paragraf numarası yazılır. Örnek: “Gai. 1, 8”. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 79, 89.

Institutiones Iustiniani: MS 533 yılında Doğu Roma İmparatoru Iustinianus’un emriyle Tribonianus’un (ö. MS 547) nezaretinde Constantinople hukuk mektebinden Theophilus (ö. MS VI. yy.) ile Berytus mektebinden Dorotheus’a (ö. MS VI. yy.) hazırlatılan kitap, Gaius’un *Institutiones*’ini örnek almıştır. Hukukun temel ilkelerini içeren bir ders kitabı olmasının ötesinde bu kitap Gaius’ununkinden farklı olarak aynı zamanda bir kanun mesabesindedir. Zira Iustinianus tarafından MS 533 yılında yürürlüğe giren *Corpus Iuris Civilis* adlı kanunname derlemesinin birinci kısmıdır. Kitaba yapılan atıflar kitabın adını belirten “I.” kısaltmasından sonra sırasıyla kitap (liber), fasıl (titulus) ve paragraf numaralarıyla belirtilir. Ancak birinci paragraf “pr.” (principium) kısaltmasıyla gösterilir. Örnek: “I. 1, 2, 12”. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 89; a.mlf., *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 110-111.

²⁴ Her iki kitap da ius privatum (özel hukuk) alanında birer giriş kitabı olarak yazıldığı için burada özel hukuk kastedilmiş olmalıdır. Bk. Küçük, “Pandekt Hukuku”, s. 120.

²⁵ Gai. 1, 8; I. 1, 2, 12; D. 1, 5, 1; Poste, *Gai Institutiones*, s. 13; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 13. Romalıların kişilere ilişkin hukukunda bugünkü kişiler hukuku ve aile hukuku; eşyaya alakalı hukukunda (diğer tabirle mamelek/malvarlığı hukukunda) bugünkü miras hukuku, eşya hukuku ve borçlar hukuku, davayla ilgili hukukunda ise bugünkü medeni usul hukuku ile icra ve iflas hukuku işlenmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 72, 401-402.

²⁶ Buradaki “eşya” (res) sadece maddî malları ifade etmemekte, alacak hakkı gibi gayrimaddî olanlar için de kullanılmaktadır. Nitekim Gaius, Roma hukukunda mücessem bir varlığı olup olmaması bakımından eşyanın (res) “res corporales” (maddî mal) ve “res incorporales” (gayrimaddî mal) olmak üzere ikiye ayırdığını bildirmektedir. Bu ayırma göre sınırlı aynî hak olan intifa hakkı (ius utendi et fruendi/ususfructus), mirasa/terekeye ilişkin hak (ius successionis) ve alacak hakkı (ius obligationis) konusu itibarıyla cismanî değil sadece hukukî bir varlığa sahip olmaları bakımından “res incorporales”

kapsamındaki ilişkiler, hükmünü ifade etme zamanı bakımından ikiye ayrılmaktaydı: 1. Ölüm sebebiyle (mortis causa) ortaya çıkarlar. Bu tür münasebetlerin başında miras (hereditas) gelmekteydi. 2. Yaşayanlar arasında (inter vivos) cereyan edenler. Bu tür hukuki ilişkilerde hak herkese karşı ileri sürülebilme ihtimali olup davada hasım taraf önceden belirli değilse bu hakka “ius in rem” (aynî hak),²⁷ davaya da “actio in rem” (aynî dava) denilmekteydi.²⁸

Aynî hakkın biri olumlu, diğeri olumsuz olan iki yönü vardır. Örneğin, kanunî hükümleri ve üçüncü şahısların haklarını ihlal etmediği sürece hak sahibinin kullanmak (usus), semeresinden faydalanmak (fructus) ve tüketmek (abusus) gibi doğrudan doğruya malla olan ilişkisi, aynî hak olan mülkiyetin (dominium/proprietas) olumlu anlamdaki yönünü ortaya koyar. Fakat bu açıdan bakıldığında aynî hakta, yaşayanlar arasındaki (inter vivos) bir hukuki ilişki anlamına rastlanmamaktadır. Bundan dolayı aynî hakkın bu taksime girmesi, muhtemelen onun olumsuz yönü sebebiyle olmalıdır. Zira hak sahibi kişinin üçüncü şahıslardan aynî hakkının bulunduğu bir maldan yararlanmasına engel olmamasını isteme (talep) hakkı, aynî hakkın olumsuz yönünü göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında aynî hak, ancak yaşayanlar arasında söz konusu olabilecek bir hukuki ilişkiyi gerektirmektedir.²⁹ Yaşayanlar arasındaki hukuki ilişkiden kazanılan hak sadece söz konusu ilişkinin borçlusuna karşı ileri sürülebiliyorsa, dolayısıyla da davada hasım olacak taraf önceden belirli ise bu hakka “ius in personam” (şahsî/kişisel hak), davaya da “actio in personam” (şahsî dava) denilmekteydi.³⁰

kapsamında değerlendirilmektedir. Alacak hakkı doğrudan bir kişiye yönelmiş olması itibarıyla şahsî ise de sonuçta çoğunlukla maddî bir mala dönüştüğü için gayrimaddî mal olarak değerlendirilmiş olabilir. Buna mukabil sonuçta bir hak olması açısından mülkiyet hakkı res incorporales altına girmesi beklenirken, en mükemmel aynî hak olduğu için ilişkili olduğu malla katıştırılarak Roma hukukunda res corporales çerçevesinde değerlendirilmiş olmalıdır. Bk. Gai. 2, 12-14; D. 1, 8, 1, 1; Poste, *Gai Institutiones*, s. 123-124; Mişon Ventura, *Roma Hukuku*, İstanbul: Kanaat Matbaası, 1332/1916, s. 121-122, 126-127; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 105. Iustinianus zamanında da bu ayrımın devam ettiği anlaşılmaktadır. Bk. I. 2, 2, pr.-3; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 116-118. Koschaker gibi hukukçulara göre bu taksim, hukuki değeri bulunmayan Bizanslılara özel ayrım olup “res” sadece maddî eşyayı ifade etmelidir. Bk. Paul Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Kudret Ayiter (çev.), Ankara: Sevinç Matbaası, 1977, s. 103-104; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, 8. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2020, s. 2.

²⁷ Burada ifade edilen aynî hak (ius in rem) “mutlak hak”, şahsî hak (ius in personam) ise “nisbî hak” olarak değerlendirilebilir. Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 131-134.

²⁸ Gai. 4, 2; Poste, *Gai Institutiones*, s. 442, 446; I. 4, 6, 1; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. xlviii-xlix, 430; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*, 16. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 6; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 401-402. Günümüzde aynî hakkı konu edinen hukukun alt bilim dalına “eşya hukuku” denilmektedir.

²⁹ Ayrıca bk. Gai. 4, 2; Poste, *Gai Institutiones*, s. 442; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 6; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 148.

³⁰ Gai. 4, 2; Poste, *Gai Institutiones*, s. 442, 446; I. 4, 6, 1; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. xlviii-xlix, 430; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 192, 295, 402-403.

C. Borç İlişkisinin (Obligatio) Tanımı

Roma hukukunun takriben bugünkü borçlar hukukuna tekabül eden kısmı “obligationes” olarak ifade edilmiş, hak sahibine şahsi dava hakkı (actio in personam) veren hukuki ilişkiye de “obligatio” denilmiştir.³¹ Roma hukuku kaynaklarından Gaius’un *Institutiones* adlı eserinde obligatio tarif edilmemişse de “obligationes” bahsine borç kaynaklarının contractus (akit) ve delictum (haksız fiil) olmak üzere ikiye taksimiyle başlanmış,³² “actionum” (davalar) bahsinde ise “actio in personam”ı (şahsi dava) açıklarken âdetâ “obligatio”nun tanımı verilmiştir: “Actio in personam (şahsi dava), bir akitten veya haksız fiilden dolayı bize borçlu bulunan, yani bir şey vermek veya yapmak ya da verdiği zararı gidermek³³ ile mükellef olduğunu iddia ettiğimiz kimseye karşı açtığımız

³¹ Gai. 3, 88; Poste, *Gai Institutiones*, s. 315; I. 4, 6, 1; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 319; D. 44, 6, 7, pr.; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 293. Esasen obligatio gibi ius da genel anlamda bir hukuki ilişkiyi gerektirmektedir. Fakat Romalıların hukuki muamele/işlem konusunda olduğu gibi hukuki münasebet/ilişki konusunda da genel bir öğretiyi açıkça dile getirmemişler, sadece meseleler arasında buna işarette bulunmakla yetinmişlerdir. Bu öğretinin Pandekt hukuku tarafından geniş bir şekilde ortaya konduğu ve 19. yy.’da doğduğu söylenmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 185; İpek Sevdâ Söğüt, “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2 (Aralık 2020), s. 765, 767. Gerek devlet ile birey gerekse de fertlerin kendi aralarında hukuki ilişkiler vardır ve bunlar genel manada bir hukuki münasebettir. Zira hakkın olduğu yerde bir ödevin de bulunması beklenir. Hak sahibi ile vecibe altında bulunan kimse arasındaki ilişkiye “hukuki münasebet/ilişki” denir. Roma’da bu ilişkileri düzenleyen devlettir ve spesifik her ilişki biriciktir. Hukuki ilişkiler biri aktif (hak sahibi), diğeri pasif (müstevcib/mükellef) olan en az iki taraftan oluşur. Hukukçu olmayanlar arasında hak “alacak”la, ödev de “borç”la karıştırılmaktadır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 148; Ventura, *Roma Hukuku*, s. 205. Diğer taraftan Iustinianus’un *Institutiones* adlı eserinde “obligatio”nun tanımında geçen (I. 3, 13, pr.) “iuris vinculum” (hukuki bağ) ifadesi hukuki ilişkiyi karşılamak için kullanılmış olması kuvvetle muhtemeldir.

³² Gai. 3, 88; Poste, *Gai Institutiones*, s. 315.

³³ Burada Gaius’un *Institutiones* adlı eserinde Latince olarak “praestare” kelimesi geçmektedir. Bk. Gai. 4, 2; Poste, *Gai Institutiones*, s. 442. Edward Poste’nin yaptığı İngilizce çeviri ve şerhte ise Gaius’un buradaki ifadesini ve Paulus’un *Digesta*’da geçen “praestandum” ifadesini “tazmin etmek, tazminat vermek” (to make restitution/compensation) şeklinde çevirmiş ve “praestare” kelimesinin muhtemelen haksız fiilden doğan sorumluluğun ödenmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Bk. Poste, *Gai Institutiones*, s. 316-317, 447. Paul Koschaker de Romalı hukukçular tarafından bu terimin özellikle tazminat için kullanıldığını söylemektedir. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 192. Zimmermann ise kelimenin çok açık olmayan bir biçimde belirli bir sonuca yönelik teminat verme ve tekeffül etme anlamına işaret ettiğini söylemektedir. Bk. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press, 1992, s. 6. Bu kelime Türkan Rado ve Ziya Umur tarafından “veya bir edimi ifaya.../veya eda etmek...” şeklinde tercüme edilmiştir. Yine Rado tarafından bu kelimenin manasının çok tartışmalı olduğu belirtildikten sonra kelimenin verme ve yapmanın her ikisini birden içine alan genel anlamına, bir de zarar ziyan ödemek mükellefiyeti altına girmek ve borcun ifasına dair teminat vermek şeklindeki dar anlamlarına işaret edilmiştir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 6, 12; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 261, 295, 298. Kelimenin yükümlü olma ve tekeffül etme anlamını özellikle teciher eden yazarlar da vardır. Bk. Mustafa Demiray, *Hak Zail Olmaz: Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2009, s. 13 dn. 34. Borcun kaynaklarına göre tasnifi göz önüne alınırsa “dare” (vermek) ve “facere” (yapmak/yapmamak) kelimeleriyle akit ve benzerlerinden doğan yükümlülöklere, “praestare” ifadesiyle de haksız fiil ve benzerlerinden doğan sorumluluklara işaret edilmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Yapmama (non facere) borcu ise “facere” altında değerlendirilmektedir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s.11; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 298. Kimi yazarlarca “praestare” kelimesinin “yapmamak” şeklinde tercüme edilmesi söz konusu ise de bu çok uzak bir ihtimaldir. Bk.

davadır.”³⁴

Roma hukuku klasik kaynaklarında obligatio ile ilgili iki tanım öne çıkmaktadır. Bunlardan birincisi *Digesta*’da yer alan Paulus’un (ö. MS III. yy.) tanımıdır: “Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde mülkiyet veya irtifak hakkı sağlanmalarında değil, bilakis bir kimseyi bize bir şey vermeye, yapmaya ya da zararı tazmin etmeye mecbur edişlerinde görülür.”³⁵ Tarihsel açıdan ikinci tanım ise Iustinianus’un *Institutiones* adlı eserinde geçen şu tanımıdır: “Borç ilişkisi öyle bir hukuki bağıdır ki onunla devletimizde yürürlükte olan hukuk gereğince,³⁶ bir şeyi ifa etmek hususunda mecburi olarak bağlarız.”³⁷ Bu tarif, Paulus’un tanımına göre daha veciz ve edebi bir tarif olarak durmaktadır. Öncelikle bu tanımda mantıktaki beş tümelden cins mesabesinde sayılabilecek “iuris vinculum” (hukukî bağ) ifadesine yer verilmiştir. Bu genel olarak hak-ödev (ius) ilişkilerini ifade edebilir nitelikte bir tabir olarak gözükmektedir.³⁸ Böylece alacaklı ile borçlunun birbirine hukuken bağlandığına ve ilişkinin kişiselliğine işaret edilmektedir. İkinci olarak kendinden öncekilerin anlatımlarında geçen borç ilişkisinin konusu olan edim tipleri (dare, facere³⁹ ve praestare) burada kısaca “solvendae” (ifa etmek) olarak ifade

Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 13 dn. 34. Roma hukukundaki bu terimin fıkıhtaki karşılığı “damân” (ضمان) kelimesi olabilir. Nitekim her ikisinin de hem zararı giderme/tazminat hem de kefalet/tekeffül anlamına gelmesi bunu desteklemektedir. Bk. Necmeddin en-Nesefî, *Tilbetü’l-talebe fi’l-ıstılâhâtı’l-fikhiyye*, İstanbul: el-Matba’atü’l-âmirâ, 1311/1894, s. 375.

³⁴ Gai. 4, 2; Poste, *Gai Institutiones*, s. 442; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 6, 15; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 261.

³⁵ D. 44, 7, 3, pr.; Poste, *Gai Institutiones*, s. 316-317; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 5; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 294; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 11. Paulus’un tanımının Iustinianus’un *Institutiones* adlı eserinde geçen tanımdan sonra ortaya konulduğu söylene de bu tarihi gerçeklerle çelişir. Zira *Institutiones* adlı eser VI. yy.’da yazılmış olup Paulus ise III. yy.’da yaşamıştır. Bk. Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 11. Bu tanımın özellikleri arasında borç ilişkisinin hukuki niteliğinin aynı hakla karşılaştırmalı biçimde izah edilmesi ve borç ilişkisinin kaynakları olan akit ve haksız fiilden doğan edim tiplerinin detaylıca zikredilmesi sayılabilir. Ancak borç ilişkisinin tazyik unsuruna değinilmesi sadece bu tanıma özel olmayıp *Institutiones*’ta geçen tanımda da buna temas edilmiştir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 5; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 293; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 11.

³⁶ Bu tanımda hukuki tazyik ve cebri icranın, bir devlet içerisindeki cari hukuk kuralları çerçevesinde var olabileceğine dolaylı şekilde işaret edildiği düşünülmektedir. Tanımın Latincesinde devlet kelimesinin karşılığı olarak “civitatis” kelimesi geçmektedir. Roma’da ilk dönemlerde şehir hudutları içerisinde yaşayan özgür ve hukuken teşkilatlanmış insanlardan müteşekkil topluluğa “civitatis” (devlet), buradaki her bir vatandaşlık statüsüne sahip özgür bireye “civis Romanus” (Roma vatandaşı) denilmekteydi. Nitekim bir tür vatandaşların hukuku olan medeni hukuka “ius civile Romanorum” (Romalıların medeni hukuku) da denilmekteydi. Bk. I. 1, 2, 2; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 8; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 36-37.

³⁷ I. 3, 13, pr.; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 319; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 5; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 293; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 10.

³⁸ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 223. Iustinianus’un *Institutiones*’inden önce bu tabiri, Ulpianus’un talebesi ve *Lex Citationis*’teki imtiyazlı beş hukukçudan biri olan Herennius Modestinus (MS III yy.) adlı Klasik Dönem Roma hukukçusunun kullandığı düşünülmektedir. Bk. D. 45, 1, 54; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 137.

³⁹ Klasik Dönem Roma Hukukçusu Papinianus’tan (ö. 212) aktarıldığına göre “facere” (yapmak) terimi

edilmiştir. Böylelikle aslında bağlamak manasındaki “ligare”den geldiği söylenen obligatio kelimesi, düğümü çözmek anlamına gelen “solvere”den gelen “solutio” (ifa) sözcüğü ile karşılanmıştır.⁴⁰ Diğer taraftan Paulus’un tanımında olduğu gibi borç ilişkisinin tazyik unsuruna dikkat çekilmiş olsa da bu vurgu “obligatio civilis”i (medeni/tam borç ilişkisi) tarif içerisinde bırakmış ama “obligatio naturalis”i (tabii/eksik borç ilişkisi) dışlamıştır. Bunun arka planında, Roma hukukuna göre hukuk kurallarını (ius/norma agendi) devletin koyması ve onları zorlayıcı bir kuvvetle uygulaması olduğu düşünülmektedir.⁴¹

Bu açıklamalar doğrultusunda, Roma devletinde yürürlükte olan hukuk kurallarına göre bir kimseyi diğerine karşı bir eylem ifa etmekle yükümlü kılan hukukî bağ olarak tanımlanabilecek olan tam borç ilişkisinin (obligatio civilis) en önemli unsuru, bu ilişki sonucunda ortaya çıkan alacak hakkının, alacaklının talep etmesi durumunda dava (actio) yoluyla borçlunun ifaya sıkıştırılması, karar çıkması durumunda da icra yoluyla zorlanabilmesidir.⁴² Dolayısıyla devletin cebir yoluyla müdahil olamadığı ve dava ile takip edilemeyen eksik borç ilişkileri, başlangıcı itibarıyla devletin nazarında itibara alınması gereken bir borç ilişkisi türü olarak görülmemiştir. Fakat tabii borç ilişkisinde, ifada bulunmuş olan borçlunun yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşmeye binaen geri istemesi devlet tarafından himaye edilmez. Bu açıdan görünüşte borçlu oldukları ve tabii borç ilişkisinin hukuki sonuç doğurduğu söylenebilir.⁴³

Borç ilişkisi (obligatio) terimi esasen borçlu ve alacaklıdan oluşan iki tarafı eşit şekilde kapsarken, bu ilişkideki sadece pasif taraf olan “debitor”un (borçlunun) yükümlülüğünü belirtmek üzere borçlunun alacaklıya ifa etmeye mecbur olduğu edim yükümlülüğüne “debitum” (borç); yalnızca aktif taraf olan “creditor”un

vermek, ifa etmek ve saymak gibi eylem olarak değerlendirilebilecek tüm fiilleri içine almaktadır. Ayrıca yapma (facere) borcu yapmamayı da (non facere) içerir. Bk. D. 50, 16, 218; Watson, *The Digest of Justinian*, 4/466; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 11-12. Bu edim türlerinden “facere” ve “dare” borçlarının ayrı tutulmasının sebebi, muhtemelen ikisine ait ayrı hükümler olmasından kaynaklanmaktaydı. Yoksa vermek de bir yapma eylemidir.

⁴⁰ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 5. Rado, borç ilişkisinin zincire benzetilmesinde, Roma’nın eski devirlerindeki bir uygulama olan alacaklının borcunu ödemeyen borçlusunu zincire vurmasına bir işaret olabileceğini belirtmektedir. Bk. Rado, *age.*, s. 5. Obligatio (düğüm/borç ilişkisi) ve solutio (çözüm/ifa) kelimeleri, fıkıhtaki devlet başkanını seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan heyet anlamında kullanılan “أهل الحل والعقد” terimini hatırlatmaktadır. Nitekim Arapça’da “عقد” düğüm, “حل” çözüm anlamına gelmektedir. Bk. Cüveynî, İmâmü’l-Haremeyn, *Gıyasü’l-ümem fi’l-tiyâsi’z-zulem*, Katar: Mektebetü İmâmi’l-Haremeyn, 1401/1981, s. 59-75.

⁴¹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 15-21; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 141.

⁴² Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 15-16.

⁴³ “Tabii borçların özelliği dava edilememelerinde değil, ödenmiş paranın geri istenememesinde görülür. Gerçi tabii olarak borçlanmış olanların aslında borçlu olmadıkları söylenebilir, fakat görünüşte borçlu oldukları ve onlardan parayı alanların borçlarını aldıkları kabul edilir.” Bk. D. 46, 1, 16, 4; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 26. “Tabii borç, hukukî bağ (iuris vinculum) olarak düşünülme de bir hakkaniyet bağı (aequitatis vinculum) olarak kabul edilir.” Bk. Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 32.

(alacaklının) öznel hakkını belirtmek amacıyla alacaklının borçludan dava yoluyla isteme hakkının bulunduğu, yerine getirilmediği takdirde de cibrî icra işlemini başlatmaya yetkili olduğu eyleme creditum (alacak hakkı) denmekteydi.⁴⁴ Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin borç ilişkisinin kuruluşu sırasında objektif olarak imkânsız, yani maddeten veya hukuki olarak ifası imkânsız olan bir eylem olmaması; ayrıca talep edilen fiilin kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması ve edimin belirlenmiş olması gerekmektedir. Borç konusunun afet sebebiyle telef olması gibi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebepten dolayı ifası imkânsız hale gelmişse borçlu borcundan kurtulmaktaydı. Fakat bu durum özellikle “dare” (verme) borçlarındaki parça (species) borçlarıyla sınırlı kabul edilmekte, borcun konusunun cins borcu olması durumunda ifanın imkânsız hale gelemeyeceği düşünülmekteydi.⁴⁵ Roma Klasik Dönem muhakeme usulüne göre mahkûmiyet kararı sadece para cinsinden bir miktara dair olabileceği ve edimin aynen ifasına karar verilemeyeceği için, borcun para ile değerinin ölçülebilir olması gerekmektedir. Klasik Sonrası Dönem’de aynen ifa yolu açılmış olsa da borç konusunun maddi değerinin bulunması prensibinin devam ettiği ifade edilmiştir.⁴⁶

D. Borç İlişkilerinin Kaynakları (Causae Obligationum)

Ius civile tarafından actio tanınan ve tam borç ilişkisi (obligatio civilis) doğuran akit (contractus) ile haksız fiil (delictum/maleficium) Roma’da borç ilişkisinin temel kaynakları olarak kabul edilmekle birlikte, bunlardan herhangi birine doğrudan girmeyen başka sebeplerin de tam bir borç ilişkisi doğurabileceği düşünülerek önceleri “variae causarum figurae” (çeşitli diğer sebepler) şeklinde, sonra ise “quasi contractus” (akit benzeri) ve “quasi delictum/maleficium” (haksız fiil benzeri) biçiminde ifadelerle, sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş idaresi gibi durumlar bu tasnife eklenmiştir. Diğer taraftan ius civile tarafından bir actio ile koruma altına

⁴⁴ Creditum, güvenmek ve itimat etmek anlamındaki “credere”den, debitum ise zorunda olmak anlamındaki “debere”den gelmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 294; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 50, 54. Günümüzdeki kredi kelimesinin kökeni güven ve itimat anlamındaki Latince creditum kelimesi olup kelimenin Arapça karz kelimesinden türemesi ise oldukça uzak bir varsayımdır. Bk. James Murray, *A New English Dictionary on Historical Principles*, Oxford: Clarendon Press, 1893, 2/1155; Charlton Lewis ve Charles Short, *A Latin Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1933, s. 479.

⁴⁵ Nitekim bu düşünce “genus non perit” (cins telef olmaz) şeklinde kurallaştırılmıştı. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 12-13. Borçlar hukuku kapsamında herhangi bir verme borcunun parça veya cins borcu olması, tarafların iradesine bağlı olup bu hususta verilecek malın eşya hukuku kriterlerine göre misli veya gayrimisli oluşu esasen önem taşımamaktadır. Zira misli bir mal parça borcu olarak kararlaştırılabilirken gayrimisli bir malın da cins borcu olması hususunda uzlaşma sağlanabilir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 12-13; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 409-410.

⁴⁶ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 10-11.

alınmamış “pactum”⁴⁷ denilen anlaşmalar ve birkaç istisnası dışında tek taraflı vaatler (pollicitatio) Roma hukukunda borç kaynakları arasında sayılmamaktaydı.⁴⁸

E. Roma Hukukundaki Akit Türleri

Ius civile tarafından tanınan ve tam borç doğurduğu kabul edilen belirli tiplerden birine girmek şartıyla, tarafların aynı hukuki sebebe dayanarak ve birbirleriyle uyumlu biçimde, hukuk sisteminin onayladığı bir borç ilişkisi doğurmaya yönelik irade beyanlarına “contractus” (akit) denilmekteydi.⁴⁹ Roma’da akit sisteminin tarihsel gelişimine bakıldığında, Eski Hukuk Dönemi’nde MÖ III. yüzyıla kadar akitlerde şekilciliğin ön planda olup en dikkat çekenleri arasında mancipatio, nexum, sponsio ve stipulatio gibi çoğunlukla sözlü ve törensel şekilde icra edilen akitlerin yer aldığı, MÖ III. yüzyıldan sonra borç kaynaklarına sözlü akitlerin yanı sıra yazılı ve aynı akitlerin de eklendiği, MS I. yüzyıla kadar uzanan bir süreçte Akdeniz’de ticari ilişkilerin gelişmesi sonucunda sırf rızaya dayalı akitlerin kabul edildiği, Klasik Sonrası Dönem’de ise Roma’nın Beyrut hukuk okulu tarafından geliştirildiği düşünülen isimsiz akitlere (contractus innominati) dava hakkı tanınmasıyla aynı akitlerin alanının genişletildiği ve nihayet hem ius civile tarafından tanınan munzam anlaşmalar hem de genel olarak “pacta vestita” denilen ve imparator emirnameleri ile praetor beyannameleri tarafından dava (actio) ile koruma altına alınan anlaşmalarla rızaî akitlerin sahasının büyüldüğü görülmektedir.⁵⁰

Roma hukukunda actio ile koruma altına alınıp tam borç ilişkisi doğuran akitler sınırlı sayıda (numerus clausus) olup Gaius’un ve Iustinianus’un *Institutiones* adlı eserlerinde⁵¹ dört ana başlık altında incelenmektedir:

⁴⁷ Pactum: Ius civile tarafından borç doğurucu olarak kabul edilen belirli akit tipleri dışında kalan anlaşmalar için kullanılan terim. Bu gibi anlaşmaların bir kısmı sonraki dönemlerde imparatorlar veya praetorlar tarafından çeşitli yollarla himaye altına alınmışsalar da Roma hukuku, modern dönemdeki sözleşme özgürlüğü ve her anlaşmanın borçlandırabileceği ilkesine erişemediği kabul edilmektedir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 42-43; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 149-150.

⁴⁸ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 39-43.

⁴⁹ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 48 Roma hukukunda bir anlaşmanın contractus olabilmesi özellikle onun ius civile tarafından kabul edilen sözleşme türlerinden birine girmesiyle gerçekleştiği için, akit (contractus) denildiğinde bununla isimli akit (contractus nominatus) kastedilmekteydi. Diğer bir ifadeyle, contractus teriminin mahiyetinde “ius civile”de ismiyle geçmek ayrılmaz bir nitelik olduğu için, contractus ile ilgili ayrıca “nominati” niteliğinin getirilmediği, bu niteliğinin yalnızca isimsiz akitleri (contractus innominati) ifade için kullanıldığı düşünülmektedir.

⁵⁰ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 42-46, 121-133; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 188, 336-337, 374, 377; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğati*, s. 149; Bülent Tahiröğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2018, s. 111-121, 128-130.

⁵¹ Gai. 3, 89; Poste, *Gai Institutiones*, s. 315; I. 3, 13, 2; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 319.

1. *Verbis Contrahitur/Contractus Verbalis (Sözlü Akitler)*

Roma hukukunda şekil şartına tabi akitlerden olan sözlü akitlerin muteber biçimde kurulmuş sayılmaları için, tarafların irade beyanlarını belirli tip ve kalıptaki sözlerle ifade etmeleri gerekmektedir. Bu sözlü şekil şartına uyulmadığında akit geçersiz sayılırdı. Eski ve Klasik Dönem’de kapsamı ve uygulama alanı bakımından en geniş olan “stipulatio”⁵² akdi başta olmak üzere “dotis dictio” (çeyiz vaadi) ve “promissio iurata liberti” (azatlı kölenin efendisine hizmet edeceğine dair yemini) sözlü akitlere örnek verilebilir.⁵³

2. *Re Contrahitur/Contractus Realis (Aynî Akitler)*

Roma klasik kaynaklarında mal ile kurulan (re contrahitur) sözleşme şeklinde ifade edilen aynî akitlerde, akdin kurulabilmesi için birbiriyle uyumlu irade beyanının yanı sıra malın teslim edilmesi de gerekmektedir.⁵⁴ Sözlü ve yazılı akitler şekle tabi akitlerken aynı akitlerde rızanın yanında teslim şart koşulsa bile bu bir şekil olarak düşünülmüyor; aynı akit irade beyanından başka bir şeyin gerekmesi açısından sözlü ve yazılı akitlere benzese bile, şekle tabi olmamak hususunda rızâî akit gibiydi.⁵⁵ Esasen mal ile borçlanma (re obligari) durumları sadece akitlerle sınırlı olmayıp sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil ile de bir tür giderim (tazmin) borcu doğuyordu. Miktarı üzerinden belirlenen bir malın bir şekilde verilmesi veya el değiştirmesiyle oluşan, esas fikir olarak kastedilmeyen veya kastedilmemesi gereken maddi bir malın mümkünse bizzat kendisinin, değilse benzerinin geri verilmesinin talep edildiği borç ilişkilerinde borcun hukuki sebebinden çok talebin konusu önemliydi. Şayet ortada borcun hukuki sebebi olarak gösterilebilecek muteber bir irade beyanı varsa buradaki borç ilişkisinin kaynağının akit olduğu, hırsızlık gibi haksız bir eylem varsa dayanağın haksız fiil olduğu, ikisine de girmemekle birlikte daha çok akde benzetilen sebepsiz zenginleşme durumlarında ise borcun akit benzeri bir durumdan doğduğu özellikle davaların hâkim safhasında belirtilmesi yeterliydi. Bu tür borç ilişkilerinde malı verenin belirli şartların tahakkuk etmesi durumunda malvarlığı eksilmiş, malı alanın ise bir taraftan mülkiyetine geçirdiği malla malvarlığı artmış sayılıyor ve yaptığı tasarruflar geçerli kabul ediliyor, diğer taraftan bunu iade etmesi gerektiği için

⁵² Stipulatio akdinde sözler, önce müstakbel alacaklının “centum mihi dare spondes?” (bana yüz (denarius) vereceğini taahhüt ediyor musun?) gibi bir sorusu ve buna borçlunun “spondeo” (taahhüt ediyorum) şeklinde cevabıyla gerçekleşirdi. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 68.

⁵³ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 45; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 336-337.

⁵⁴ Bundan dolayı bu akitler “consensus + res” şeklinde formüle edilir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 44.

⁵⁵ Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 321-322.

aldığı miktar malvarlığının pasifine borç olarak yazılıyordu. Nitekim bu tür borç ilişkilerinde aynı değil şahsi bir dava hakkı söz konusu olmasına rağmen, klasik kaynaklarda alınan malın para olması durumunda buna başkasının bakırı/parası anlamında “aes alienum” denilmesi dikkat çekicidir.⁵⁶

En eski aynı akit olarak kabul edilen mutuum (tüketim öduncü/karz) akdinin muteber biçimde teşekkülü için malın teslim yoluyla mülkiyetinin devredilmesi gerekmektedir. Ius civile tarafından dava hakkı tanınan ve aynı akit olarak kabul edilen diğer akitler ise commodatum (âriyet), depositum (vedia) ve pignus (rehin) akitleridir. Commodatum ve depositum akitleri malın bir tür tabii zilyetliği olarak kabul edilen “detentio” (elde bulundurma) durumunun karşı tarafa aktarılmasıyla, pignus akdinde ise “possessio” (zilyetlik) devriyle akit kurulmuş sayılırdı. Mutuum akdi için tanınan dava çeşidi dar hukuk davası (iudicium stricti) iken diğer aynı akitler için tanınan davalar hüsnüniyet davası (iudicium bonae fidei) kapsamında değerlendiriliyordu. Klasik Sonrası Dönem’de özellikle Iustinianus hukukunda kendisine dava hakkı bahşedilen isimsiz akitler (contractus innominati) de aynı akitler kategorisinde kabul ediliyordu.⁵⁷

3. *Litteris Contrahitur/Contractus Litteralis (Yazılı Akitler)*

Hakkındaki bilgilerin sadece Gaius’un *Institutiones* adlı kitabındaki anlatısıyla⁵⁸ sınırlı olduğu söylenen yazılı akit sisteminin, II. Pön Savaşı (MÖ 218-201) sonrası ticaretin genişlemesi sonucunda ortaya çıktığı ve büyük olasılıkla da Roma’ya Yunanlılardan geldiği ileri sürülmektedir. Bu varsayıma göre stipulatio ve mutuum akitlerinin geçerli biçimde kurulabilmeleri için tarafların aynı yerde bulunmaları zorunluluğu özellikle denizaşırı ticaretle uğraşanları farklı bir alternatif aramaya itmiş, bunun sonucunda da borç isteyenin genellikle yazılı biçimdeki talebi üzerine kreditorün hesap defterindeki (adversaria) giderler (expensa) kısmına yapacağı bir girişle, sadece yazılı şekle dayalı biçimde ve farazi teslim dayalı tek taraflı bir borç oluşturma işlemi (nomen transscripticium/transscriptio/expensilatio) ortaya çıkmıştı.⁵⁹ Fakat Klasik Dönem’den sonra yazılı akit sisteminin uygulamasının terkedildiği aktarılmaktadır. Sui iuris ve genellikle aile reisi olan kişinin gelir-gider

⁵⁶ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 44-45; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 336; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 113-116.

⁵⁷ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 44-45; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 336. İsimsiz akitler, iki tarafın karşılıklı edimler üzerinde anlaşması ve taraflardan birinin edimini kendiliğinden yerine getirmesiyle teşekkül eden akitlerdi. En önemlileri arasında permutatio (trampa), daha çok gayrimenkul için kullanılan precarium (iğreti), aestimatum (satış için tevdi) ve transactio (sulh) akitleri yer almaktadır. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 122-125.

⁵⁸ Gai. 3, 128; Poste, *Gai Institutiones*, s. 361.

⁵⁹ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 32 dn. 178.

defterine kaydıyla oluşan borçların konusu ise çoğunlukla para olup hesap defterinde hukuki sebepleri gösterilmediği için bu borçlar soyut borç olarak kabul edilir ve mutuum gibi *condictio/actio certae creditae pecuniae* ile talep edilirdi.⁶⁰ Gaius'un açıklamalarına ve bu işlemi ayrı bir akit türü olarak ele almasına dayanarak, alacaklının kendi defterindeki gider kısmına belirli miktar parayı alacağı olarak yazıp hizasına borçlunun ismini yazmasıyla akdin kurulduğu ve borcun doğduğu söylenece de bu muamelenin, belgeleme amacıyla yazıya geçirilen farazi (*fictio*) teslim dayalı bir mutuum akdi olması uzak bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

4. *Consensu Contrahitur/Contractus Consensualis (Rızâî Akitler)*

Hukuka uygun biçimde kurulmuş sayılabilmesi için tarafların birbiriyle uyumlu irade beyanlarının yeterli olduğu, ayrıca muayyen şekil veya teslim ihtiyacı duymayan akit türüne rızâî akit deniliyordu. Sırf rızaya dayalı akit sisteminin, Pön savaşları (MÖ 264-146) sırasında *ius gentium* (milletlerarası hukuk) kapsamında doğup sonradan “*ius civile*”ye katıldıkları düşünülmektedir. Roma hukukunda rızâî sözleşmeler kapsamında öncelikle “*emptio venditio*” (alım satım), *locatio conductio rei* (kira), *locatio conductio operarum* (hizmet), *locatio conductio operis* (istisna), *mandatum* (vekalet) ve *societas* (şirket) akitleri ele alınmış, ilerleyen dönemlerde hem *ius civile* tarafından tanınan ek anlaşmalar (*pacta adiecta*) hem de genel olarak “*pacta vestita*” denilen ve gerek imparator emirnameleriyle (*pacta legitima*) gerekse praetor beyannameleriyle (*pacta praetoria*) dava (*actio*) hakkı tanınarak koruma altına alınan mukavelelerle rızâî akitlerin sayısı artmıştır.⁶¹

⁶⁰ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 45, 84-86; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 354-355; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 141. Ayrıca *transscriptio* terimi, bazen belirli bir sebepten oluşmuş olan borcun yenilenerek yazılı akitten doğmuş borca dönüştürülmesi (*transscriptio a re in personam*) veya belirli bir kimse üzerindeki borcun başka biri üzerine kaydedilmesi (*transscriptio a persona in personam*) için de kullanılmaktaydı. Bu gibi yerlerde bir “*novatio*” (borç yenileme) işleminin olduğu düşünülmektedir. Krş. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 84-85, 183-185; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 214.

⁶¹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46, 126-133; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 337; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 48, 148-149. Ek anlaşmalara müşterinin şart muhayyerliği olarak ifade edilebilecek olan “*pactum displicentiae*” örnek gösterilebilir. İmparator emirnamesiyle dava hakkına kavuşan anlaşmalar arasında “*compromissum*” (tahkim anlaşması), “*dotis dictio*” / “*pollicitatio dotis*” (çeyiz vaadi) ve “*pactum donationis*” (bağışlama vaadi) zikredilebilir. “*Donatio*” denilen bağışlama işlemi Iustinianus dönemine kadar özel bir akit olarak kabul edilmemişti. Muteber olabilmesi için ya elden bağışlama suretiyle ya da stipulatio şeklinde yapılması gerekirdi. Iustinianus döneminde 530 yılında çıkarılan bir emirnameyle stipulatio olmaksızın şekilsiz *pactum* yoluyla gerçekleştirilen bağışlama vaadi, borç doğuran bir akit olarak kabul edilmiştir. Praetor beyannamesiyle tanınan anlaşmalar arasında ise “*constitutum debiti*” (borç ödeme taahhüdü), “*receptum arbitrii*” (hakeme tevdi), “*receptum nautarum/cauponum/stabulariorum*” (gemicilere/hancılar/ahırcılara tevdi) ve “*receptum argentarii*” (bankerin, müşterisinin üçüncü şahıslara borcunu ödemeyi kabul etmesi) öne çıkmaktadır. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 127-133; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 377-381.

Roma hukukunda akitler, hükümleri açısından bundan başka tasniflere tabi tutulmuştur. En az iki tarafı bulunması gereken bir hukuki işlem olan akit terimi, tarafların her ikisinin ya da sadece birisinin borç altına girmesi bakımından “contractus bilaterales” (iki taraflı akit/iki tarafa borç yükleyen akit) ve “contractus unilaterales” (tek taraflı akit/tek tarafa borç yükleyen akit) olarak iki kısımda incelenmekteydi. Bu kapsamda daima veya bazı koşullarda karşılıklı olarak yükümlülük altına girilen rızaî akitler ile mutuum dışındaki aynî akitler iki taraflı akit olarak kabul edilirken, sözlü ve yazılı akitler ile mutuum tek taraflı akit olarak değerlendirilmekteydi.⁶² İki tarafa borç yükleyen akitler (contractus bilaterales) ise, taraflardan her birinin her durumda borçlu olduğu “contractus bilaterales aequales” (tam iki tarafa borç yükleyen akitler)⁶³ ve taraflardan birinin zorunlu olarak her zaman borçlu olduğu, diğerinin ise bazı durumlarda borçlu olduğu “contractus bilaterales inaequales” (eksik iki tarafa borç yükleyen akitler)⁶⁴ olmak üzere kendi arasında iki kısma ayrılmaktaydı. Mandatum (vekalet) akdi dışındaki rızaî akitler ile isimsiz akitlerden permutatio (trampa) sinallagmatik akit kabul edilirken, mutuum dışındaki aynî akitler ile rızaî akitlerden mandatum eksik iki tarafa borç yükleyen akitler olarak değerlendirilmekteydi.⁶⁵

Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerdeki gaye edimlerin değiş tokuş edilmesiyle, eksik iki tarafa borç yükleyen akitlerde böyle bir amaç yoktur. Bazı durumlarda borçlanan tarafın borcu akit gereğince yapılan karşı bir edim olmayıp, akdin konusunu gerektiği şekilde muhafaza etme maksadıyla yapılan masrafin veya malvarlığında eksilme şeklinde uğranılan zararın giderimi (tazmini) anlamı taşımaktadır. Örneğin, vekalette vekil ve ariyette, vediada ve rehinde malı alan kişi her zaman borçlu kabul edilmekte ve aldıkları malı sahibine devretme

⁶² Gaius *Institutiones* adlı eserinde iki taraflı sözleşmeyi “contractus bilateralis” şeklinde değil “alter alteri obligatur” (her biri diğerine yükümlü/borçlu) şeklinde, tek taraflı sözleşmeyi de “contractus unilateralis” şeklinde değil “alius obligatur” (sadece biri yükümlü/borçlu) şeklinde ifade etmiştir. Gai. 3, 137; Poste, *Gai Institutiones*, s. 366; I. 3, 22, pr.; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 322, 361-362. Contractus bilateralis ve unilateralis ayrımı muhtemelen Pandekt hukukuna aittir. Tek taraflı akitler dar hukuk davasıyla korunurken iki taraflı akitler hüsnüniyet davasıyla himaye görürler. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 338. Fakat faizli ödünç işleminin stipulatio şeklinde yapılması ve özellikle anapara ödemesinin stipulatio içerisine dahil edilmesi durumunda bu akdin tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir akit olacağı hususunda şüphe yoktur. Mutuum yanında faiz “stipulatio”su yapıldığında da sinallagmatik olduğu düşünülmektedir.

⁶³ Bu akitlere müşterek hukukta, kökeni Yunanca olan “synallagmatiques” (takas edilen akitler) tabiri kullanılmaktadır. Bu akitlere “müsavi iki taraflı akitler” de denilmektedir. Bk. Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cevat Edege (çev.), 2. bs., Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983, s. 140 dn. 38; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 47; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 338; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 207.

⁶⁴ Bu akitlere “gayrimüsavi iki taraflı akitler” de denilmektedir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 47; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 338.

⁶⁵ Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, s. 139-140; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 322; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46-47; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 338.

mecburiyetindedirler. Fakat müvekkil ile ariyette, vedia ve rehinde malı veren kişi, akit konusunun salimen muhafazası için zorunlu masraf çıkması ve vekil ile ariyet, vedia ve rehinde malı alan kişilerin bunu ödemesi durumunda, onların yaptıkları masrafları ödemek zorundadırlar ve alacaklı durumda olanlar ellerindeki malları alacak haklarına binaen ödeme yapılana dek alıkoyabilirler.⁶⁶

Akdin kuruluşuyla birlikte taraflardan her birinin diğerine karşı bir edimi yerine getirme borcu doğan sinallagmatik akitler, iki edimin birbirine karşılık (ivaz) olarak zorunlu biçimde değiştirilmesini içerdiği için ivazlı akit olarak anılır. Diğer bir ifadeyle ivazlı akitte taraflardan her biri akit kurulduğu andan itibaren bir edimi, diğer tarafın yapacağı edime karşılık yapmak zorundadır. Nitekim bir taraf üzerine düşen edimi yerine getirmesine rağmen karşı edim (ivaz) yerine getirilmemişse kişi verdiğini bağışlamış sayılmazdı ve verdiğini geri almak için *condictio causa data causa non secuta* adında sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya diğer tarafı karşı edimi yerine getirmesi için akde özel davayla taziyk edebilirdi.⁶⁷ Bu tür ivazlı akitlerde akdin kuruluşundan itibaren taraflardan her biri hem alacaklı hem de borçlu konumundadır. Kurulduğu esnada her iki tarafa borç yüklemeyen sözlü ve yazılı akitler ile *mutuum* gibi tek tarafa borç yükleyen akitler (*contractus unilaterales*) ve eksik iki tarafa borç yükleyen ariyet, vedia, rehin ve vekalet gibi akitler (*contractus bilaterales inaequales*) mahiyetleri itibariyle ivazsız akit kategorisinde yer almaktadır. Nitekim bu açıdan söz konusu akitlere “ücretsiz akit” denilmekte ve herhangi birinde ivaz ve bedel/ücret şart koşulması durumunda ise bunların doğrudan farklı akitlere dönüşeceği ifade edilmektedir.⁶⁸

⁶⁶ Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 139-140; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46-47; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 338.

⁶⁷ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 385-386.

⁶⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 192, 338-339. Vekalet, ariyet, vedia ve rehinde ücret şart koşulursa bunlar hizmet akdine (*locatio conductio operarum*) dönüşecekleri, karzda şart koşulması durumunda ise bunun alım satım işlemi (*emptio venditio*) veya trampa (*permutatio*) olacağı düşünülmektedir. Esasen fıkıhta da durum farklı değildir. Rado, masrafın ödenmesi ve tazmin borcu gibi yükümlülükleri göz önüne alarak eksik iki tarafa borç yükleyen akitleri ivazlı akit saymıştır. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46. Aynı şekilde ivaza ücret benzetmesi yapan Umur da kitabının farklı bir yerinde, bu tür akitlerde böyle borçların doğması durumunda akit ücretli olmamakla beraber alacaklıya mükellefiyet yüklendiği için akdin ivazlı hale geldiğini söylemiştir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 339. Tuhr ise eksik akitlerde söz konusu masrafların akit gereğince geri ödenmesinin gerekmediğine ve bunların karşı bir edim teşkil etmediğine dikkat çekmiş, bu türlü geri ödemelerin, başkası yararına gerçekleştirilen faydalandırıcı muamelenin sonucu olduğuna işaret ederek bunun arızı ve fer'i bir borç olduğunu söylemiştir. Bk. Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 140. Kanaatimizce eksik iki tarafa borç yükleyen akitlerde alınan mal için sahibi yararına teslim alan tarafından zorunlu masraflar yapılması durumunda bu masrafların geri ödenmesi zorunluluğu bu akitlerden doğmamaktadır. Bundan dolayı bu akitler ivazlı akit olarak nitelendirilmeleri hukuk sistematigi açısından mantıklı değildir.

I. ROMA BORÇLAR HUKUKUNDA MUTUUM AKDİNİN TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ VE TURLERİ

A. Mutuum Kelimesinin Kökeni, Terimsel Anlamı, Roma Sözleşmeler Sistemindeki Yeri ve Akdın Amacı

1. *Mutuum Kelimesinin Etimolojik Analizi*

Gaius’a göre “mutuum” terimi “meo-tuum”dan (yani “benimkinden seninkine”) türemiştir: “Bu tür bir borç ilişkisine “mutuum” denilir; zira benim bu şekilde sana verdiğim şey, benim olmaktan (ex meo) çıkıp senin (tuum) olur.” Paulus da benzer bir açıklamada bulunmuştur: “Bu türden bir borç ilişkisine “mutui datio” (ödünç verme) denir; çünkü benimki (de meo) senin (tuum) olur. Bu nedenle (benim olan) senin olmazsa (ödünçten doğan) borç ilişkisi meydana gelmez.” Fakat bu iştikak anlatımı dilsel açıdan gerçeklik taşımayan bir açıklama olarak değerlendirilmiştir. Roma hukuku Klasik Döneminin bu iki büyük hukukçusunu böyle sözde bir izaha sevk eden şeyin ne olduğuna dair farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Kimine göre akdın kurulabilmesi için ödünç konusunun mülkiyet devrinin gerektiğini vurgulamak için hatırlatıcı ipucu mahiyetinde böyle bir açıklama yapılmıştır. Fakat “mutuum”un Roma borçlar hukukundaki mülkiyet devrini gerektiren yegâne akit olmaması bakımından bu gerekçe eleştirilmiştir. Diğer bir görüşe göre günlük konuşma dilinde “mutuum” kelimesi “karşılıklı” anlamına da gelebildiği, bunun ise “mutuum”un tek tarafa borç yükleyen (ödünç alanın geri verme borcu) hukukî sonucuyla çelişik gibi görüldüğü için böyle sözde bir etimolojik açıklamayla bunun önüne geçilmiştir.

Latince sözlüklerde “mutuum” kelimesi, hem sıfat olan “mutuus” (ödünç alınan / verilen) kelimesiyle aynı anlama hem de cinsiyetsiz (neutrum) bir cins (genus) isim olarak “ödünç verme / ödünç verilen şey” anlamlarına geldiği geçmektedir. “Mutuus” gibi “mutuum” kelimesinin de “mübadele etmek, ticarete trampa yapmak, değiştirmek, geliştirmek” anlamlarına gelen “mutare” (muto+are) fiilinden türediği düşünülmektedir. Nitekim İngilizcedeki “mutual” (karşılıklı) sıfatının kökeninde de bu kelimenin olduğu düşünülmektedir. Sonuç olarak mutuum kelimesi isim olarak kullanıldığında borç verme işleminin veya ödünç olarak verilen şeyin cins ismi olarak kullanılırken, sıfat olarak kullanıldığında ödünç verilen misli eşyayı nitelemek için kullanılır.

2. Mutuum Kelimesinin Terimsel Anlamı

“Mutuum”un günümüze kadar ulaşan en eski tanımının, Klâsik Dönem hukukçularından Gaius (ö. MS II. yy.), Sextus Pomponius (ö. MS II. yy.) ve Paulus (ö. MS III. yy.) tarafından yapıldığı tespit edilmiştir.⁶⁹ Gaius *Institutiones* adlı eserinde “mutuum”u şu şekilde açıklamıştır:

“Real / aynî / bir şeyin teslimiyle oluşturulan borç ilişkisi (sözleşme), örneğin, karz vermekle (mutui datione) kurulabilir. Gerçek anlamda⁷⁰ karz verme nakit para, şarap, sıvı yağ, tahıl, bakır, gümüş ve altın gibi genellikle tartı, sayı veya ölçek⁷¹ ile belirlenen şeyler üzerinde olur. Bu şeyleri, alanın mülkiyetine geçsin ve bize aynı şeyler değil, fakat aynı cinsten benzer şeyler iade edilsin diye sayarak, ölçerek veya tartarak veririz.”⁷²

Paulus da benzer bir yorum getirerek “mutuum”un tartı, ölçek ve sayıyla belirlenen mallarla gerçekleştirilebileceğine değinmiş, böyle bir akitte alacaklı olabilmenin sadece cins borcuyla mümkün olduğuna dikkat çekmiştir.⁷³ Gaius’un mutuum hakkında benzer ifadelerle yaptığı diğer bir izahı *Digesta*’da geçmektedir⁷⁴ ki Iustinianus’un *Institutiones* adlı eserindeki mutuum ile ilgili açıklama buradakiyle neredeyse aynıdır.⁷⁵ Fakat bu son iki açıklamanın diğerlerinden farkı, iade edilecek eşyada ödünç verilenle aynı cinsten olmasının yanı sıra aynı nitelikte olmasını da şart koşmasıdır. Pomponius bu şartı vurgulayarak şöyle demiştir:

“Bir şeyi ödünç olarak (mutuum) verdiğimiz -iadenin aynı cins ve kalitede yapılacağı kararlaştırılmış olmasa da- (ifa günü

⁶⁹ Ali Selkor Atak, *Roma Hukukunda Tüketim Ödünçü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 8, 10.

⁷⁰ Bu ifadeden hareketle “mutuum”un (tıpkı dilimizdeki “ödünç” kelimesi gibi) karz ve ariyeti içine aldığı ileri sürülmüşse de genel kanaat Roma hukukunda “mutuum”un yalnızca karzı ifade ettiği yönündedir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 4 dn. 4; s. 8 dn. 20.

⁷¹ Bu kelime Latince aslında “mensura” (measure: ölçü; ölçmek) kelimesiyle ifade edilmektedir. İngilizce ve Türkçe tercümelerde bu kelimenin farklı bir anlamına rastlanmamıştır. Diğer taraftan Gaius’un ifadesinde ödünç verilebilecek şeyler arasında “frumentum” (grain: tahıl) geçmektedir. Bk. Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; Lewis ve Short, *A Latin Dictionary*, s. 785, 1133. Fıkıhta karzın sadece misli mallarda caiz olduğundan bahsedilirken genellikle sayı ve ağırlığın yanında kile/ölçek de zikredilir. Bk. Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012, 3/17-20. Hem buradan hem de verilen örnekteki tahıl gibi şeylerden hareketle buradaki “mensura”dan maksadın tahıl ölçümünde kullanılan kile / ölçek olduğu düşünülmektedir.

⁷² Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 48; Atak, *Mutuum*, s. 8.

⁷³ D. 12, 1, 2, 1; Atak, *Mutuum*, s. 11. Gaius’un açıklaması ile Paulus ve diğerlerinin izahlarının benzerliğinden hareketle “mutuum”un söz konusu tanımının hukuk eğitiminde nesilden nesile aktarılmış bir izah tarzı olabileceğine işaret edilmiştir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 11 dn. 28.

⁷⁴ D. 44, 7, 1, 2; Atak, *Mutuum*, s. 9.

⁷⁵ I. 3, 14, pr; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 327.

geldiğinde) borçlu aynı cinsten daha düşük kalitedeki bir şeyi geri veremez. Mesela, yıllanmış şarap yerine yeni şarap veremez. Çünkü bir sözleşme yapılırken gerçekte ne kastedildiyse o açıkça kararlaştırılmış sayılmalı ve ödünç verilmiş olanla aynı cins ve kalitedeki eşyanın iade edilmesi gerektiği anlaşılmalıdır.”⁷⁶

Roma hukukunun Klasik Dönem hukukçularının bu açıklamalarından hareketle “mutuum” hakkında şöyle bir tanım yapılabilir: Ödünç verenin tartarak, kileyle ölçerek veya sayarak belirlediği bir misli malın mülkiyetini ödünç alana, aldığıyla aynı cins, kalite ve miktardaki malı iade etmek üzere karşılıksız olarak devrettiği teslimli bir sözleşmedir.

Roma hukukunda “mutuum”un geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gereken unsurlar kısaca şu şekilde sıralanabilir:

a. Tarafların mutuum sözleşmesi yapmak hususunda iradelerinin birbirine uygun düşmesi⁷⁷ ve rızalarının mevcut olması.⁷⁸ Diğer bir ifadeyle tarafların temlik edilen malın mutuum kapsamında (tüketim öduncü olarak) verildiğinde hemfikir olmaları.⁷⁹

b. Ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç verene ait olması ve ödünç verenin o eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması.⁸⁰

c. Ödünç konusunun mülkiyetinin (dominium, proprietas) ödünç alana devredilmesi.⁸¹

d. Ödünç alanın ödünç konusunun mülkiyetini kazanması.⁸²

e. Ödünç konusunun misli eşya olması.⁸³

⁷⁶ D. 12, 1, 3; Atak, *Mutuum*, s. 10.

⁷⁷ Yani “conventio”. Conventio: “Mutabakat” anlamına gelen bu ifadeyle Roma hukukunda iki iradenin birbirine uygun olarak birleşmesi kastedilirdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 50.

⁷⁸ Yani “consensus”. Consensus: Karşılıklı rıza. Roma hukukunda her akdin temelinde “consensus”un bulunması gerekse de her türlü akdin hukuken var olabilmesi için tek başına yeterli değildir. Rızai akitlerde “consensus”un yanında başka bir şekli şarta gerek yok iken real (aynı / teslimli), sözlü ve yazılı akitlerin teşekkülü için tek başına bulunması yeterli değildir; yanına belirli eşyanın teslimi, belirli sözler veya belirli bir yazı gerekir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 46. Roma hukukunda rızai akde “consensu contrahitur” denilir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46.

⁷⁹ Nitekim Roma hukukçuları tarafından bu iki unsur (conventio ve consensus) içermeyen herhangi bir borç ilişkisinin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Bk. D. 2, 14, 1, 3; Atak, *Mutuum*, s. 10 dn. 32.

⁸⁰ Bu şart Roma hukukunda mülkiyetin devrine ilişkin Ulpianus’tan nakledilen: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.” (Hiç kimse, kendisinin sahip olduğu haktan fazlasını bir başkasına devredemez.) prensibine dayanmaktadır. Bk. D. 50, 17, 54; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 444.

⁸¹ Yani “datio”. Datio: “Bir malın mülkiyetinin başkasına devredilmesi veya bir kimseye başkasına ait bir mal üzerinde aynı bir hakkın tesis edilmesi. Borç yükleyen taahhütten farklı olarak bir malın mülkiyetinin derhal devredilmesi, bkz. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 54.

⁸² Hem Gaius hem de Paulus bu sözleşmenin mutuum olarak isimlendirilmesinin arka planını izah ederlerken, ödünç verene ait olan malın işlem sonucunda ödünç alana geçmezse böyle bir durumda “mutuum”dan doğan bir borç ilişkisinden bahsedilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Bk. Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; D. 12, 1, 2, 2; Atak, *Mutuum*, s. 10 dn. 39.

⁸³ Roma hukukundaki “res fungibiles” (misli eşya) ve “res nec fungibiles” (gayrimisli/kıymî eşya) terimlerinin Orta Çağ mekteplerinden geldiği, esasen “res fungibiles”i ifade etmek için Roma hukuku kaynaklarında “res quae pondere, numero, mensura constant” (tartılabilen, sayılabilen ve ölçülebilir)

3. Mutuum Akdinin Roma Sözleşmeler Sistemindeki Yeri

Roma hukukunda sözleşmeler genellikle belirli tipte ve sınırlı sayıda oldukları için bir sözleşmenin (contractus) dava hakkıyla (actio civilis) korunabilmesi, ius civile tarafından tanınıp kendisi için dava hakkı tanıyan sözleşme tiplerinden birine girmesiyle mümkündür. Diğer bir ifadeyle Roma sözleşmeler hukuku, her biri kendine ait davaya sahip akitlerden oluşan bir sistemdir.⁸⁴ Ayrıca Roma hukukunda dava hakkıyla korunan bir sözleşmenin hukuka uygun biçimde kurulabilmesi için, tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları çoğunlukla yeterli sayılmamış, ayrıca şekilci hukuk (sollemne ius) kapsamında sözlü veya yazılı biçimde icrası veya akit konusunun teslimi şart koşulmuştur.⁸⁵ Nitekim hem Gaius'un hem de Iustinianus'un *Institutiones* adlı eserinde, sözleşmeden doğan borç ilişkileri mal (res) ile oluşan akit, sözle (verbis) oluşan akit, yazıyla oluşan ve rıza (consensus) ile oluşan akit olarak dört gruba ayrılmıştır.⁸⁶ Buna göre rızaî akitlerde herhangi bir şekil şartı aranmazken sözlü ve yazılı akitlerde şekil şartı olarak belirli söz ve yazı kalıplarına

ölçülebilen eşya) şeklinde bir ifadenin kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu eşyanın mahiyeti açısından yapılmış nesnel bir niteleme olup bu malların bireysellikleriyle değil, altına girdikleri cins açısından hukuken değerlendirildiklerini, dolayısıyla da böyle bir malın diğerinin yerine ikame edilebileceğini ifade etmektedir. Bu ayırım, yine Roma hukukundaki "genus" (cins borcu) ve "species" (parça borcu) ayırımıyla benzerlik göstermektedir. Nitekim genellikle "res fungibiles" olanlar "genus" olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Mutuumda da durumun bu olduğu gözlemlenmektedir. Fakat bazen "res fungibiles"den olan bir mal parça borcu teşkil edebilir. Ayrıca "genus" ve "species" ayırımı hukuki işlem sırasında tarafların iradeleriyle oluşturulan öznel bir nitelemedir. Bk. Gai. 3, 90; D. 12, 1, 2, 1; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 409-410; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 79, 184, 185, 186, 200-201. Gaius'un metninde örnek olarak verdiği şarap, sıvı yağ, tahıl ve peşin para, Iustinianus'un *Institutiones* adlı eserinde kullanılarak fiilen tüketilen mallar (res quae ipso usu consumuntur) olarak zikredilir ve bu türden mallar üzerinde intifa hakkının (ususfructus) kurulamayacağı ifade edilir. İlk kullanımla tüketilen mal nitelemesi de misli malda olduğu gibi eşyanın mahiyeti açısından yapılmış nesnel bir niteleme olarak durmaktadır. İlk kullanımla gerçekten veya hükmen tüketilen mallar karşımıza genellikle misli mal kategorisinde çıksa da bunların misli olma zorunluluğu yoktur. Nitekim pişirilerek servis edilen bir yemek aslı itibarıyla misli olsa da bu haliyle kıyemidir ve ilk kullanımla tüketilebilen bir maldır. Misli olduğu halde ilk kullanımla tüketilmeyen mallar da vardır. Tabak, bardak, çekiç gibi şeyler misli olup ilk kullanımla tüketilmezler. Bk. I. 2, 4, 2; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâmi 'l-âmmi fi 'l-fikhi 'l-İslâmi*, Dumaşk: Dâru'l-kalem, 1999, s. 160; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 410; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 186; Belgin Erdoğmuş, *Roma Eşya Hukuku*, s. 10. Misli olup ilk kullanımla tüketilmeyen malları da içine alması açısından Roma hukukunda "mutuum"a konu olacak eşyanın misli olmasını şart koşup ilk kullanımla tüketilen mal olmasına dikkat çekmemek, bu sözleşmenin "commodatum"la karıştırılmasına sebep olabilir. Klasik Dönem Roma hukukçularının izahatına bakılırsa "mutuum"a konu eşyanın hem objektif olarak misli ve ilk kullanımla tüketilen mal olması hem de sübjektif olarak cins borcu teşkil etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 154. Misli olduğu halde ilk kullanımla tüketilmeyen bir malın mutuum'a konu olması şöyle mümkün olabilir: Parada olduğu gibi malın el değiştirmesi hükmen tüketim sayılacağından hareketle, ilk kullanımla tüketilmeyen misli bir malın ödünç verilmesi durumunda ödünç alan bu malı başka bir malla trampa ederse veya para karşılığında satarsa bu malı hükmen istihlak etmiş sayılır. Misli olup ilk kullanımla tüketilmeyen bir malın (dayanıklı eşya) karz olarak verilebileceği hususunda bk. Ekrem Kurt, *Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 75.

⁸⁴ Atak, *Mutuum*, s. 64, 66.

⁸⁵ Atak, *Mutuum*, s. 65-66.

⁸⁶ Gai. 3. 89; I. 3. 13. 2; Atak, *Mutuum*, s. 66.

uyulması, real akitlerde ise malın teslim edilmesi gerekliydi. Bu tasnife bakıldığında sırf rızaya dayanan akitler bir tarafta dururken, karşısında sözlü veya yazılı şekle tabi olan akitler ile aynî akitler yer almaktadır. Böylelikle esasen bir form olarak görülmeyen malın tesliminin şart koşulduğu real akitler, sözlü ve yazılı şekle tabi akitlerle birlikte sırf rızaya dayalı akitlerin karşısında ele alınmıştır.⁸⁷

Aralarında mutuumun da olduğu real sözleşmelerde borç ilişkisinin kurulup borçlunun borç altına girmesi için, sadece tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları yeterli olmayıp ayrıca sonradan geri verilecek akit konusu malın (res) mülkiyetinin (dominium/proprietas) ve zilyetliğinin (possessio) de borçluya devredilmesi gerekmektedir.⁸⁸ Roma hukukunun en eski aynî sözleşmesi olarak kabul edilen mutuum,⁸⁹ diğer real akitler için bir “model” ve genel olarak kredi işlemlerindeki aslî sözleşme örneği olarak kabul edilmektedir. Karzda akdin kurulabilmesi için teslimin şart koşulması sadece Roma hukukunda aranan bir şart olmayıp yakın bir coğrafyada hüküm sürmüş olan Antik Yunan hukukunda da buna rastlanmaktadır.⁹⁰ Roma hukukunda ileri tarihli bir ödünce dair taahhüt (pactum de mutuo dando) ve faiz anlaşması (pactum usurarum), şekle bağlı olmadıkları müddetçe devlet nazarında muteber bir borç doğurmayıp davayla koruma altına alınmazlardı. Fakat buradaki şekle bağlılık konusundaki tutum hem ödünç verecek kimsenin hem de ödünç alacak olanın riskli kredi işlemlerini düşünmeden yapmalarını engelleyen kullanışlı bir uyarı sistemi olarak da değerlendirilebilir.⁹¹

Roma hukukundaki isimli real akitler günümüz hukukunda rızâî sözleşme olarak değerlendirilseler de aynî niteliklerini tamamen kaybetmedikleri öne sürülmektedir. Nitekim tüketim ödünç sözleşmesinde alacaklı tarafından mülkiyetin iadesine dair talep hakkı, ancak mülkiyetin önceden devredilmiş olması halinde doğacaktır. Fakat bu bakış açısına göre kira akdinde kiralanan malın iade yükümlülüğünün malın teslim alınmasından sonra doğmasına rağmen, kira akdinin real akit olarak değerlendirilmemesi bu gerekçeyle çeliştiği düşünülmektedir.⁹²

Pandektistlerdeki genel eğilim, bir kazandırıcı işlem olan karzın hem içeriğinin hem de amacının iade üzerinde bir talep hakkı elde etmek olduğu yönündedir. Fakat bu görüş, söz konusu işlemdeki temel amacın ödünç alana iade borcunu yüklemek olmadığı, dolayısıyla da ödünç olarak verilen malın geri almak ve iade hakkı elde etmek amacıyla değil, bilakis karşı tarafın belli bir süre için kullanmasını sağlamak

⁸⁷ Thomas Collet Sandars, *The Institutes of Justinian with English Introduction*, London: Longmans, Green and Co, 1905, s. 322.

⁸⁸ Atak, *Mutuum*, s. 67. Bu durum, “consensus + res” şeklinde ifade edilmektedir.

⁸⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 87, 336.

⁹⁰ Atak, *Mutuum*, s. 68.

⁹¹ Atak, *Mutuum*, s. 69.

⁹² Atak, *Mutuum*, s. 69-70.

için verildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim karz akdindeki esas gaye ödünç verilen malın iadesine dair talep hakkı elde etmek olsaydı ödünç veren o malı başkasına vermek yerine bunu öncelikle kendisine saklamayı tercih ederdi.⁹³ Real sözleşme teorisinin zayıf noktasının sadece ödünç alanın iade yükümlülüğüne odaklanıp malın mülkiyetini geçici olarak devretmeye dair ödünç verenin borcunu dikkate almaması olduğu düşünülmekte, bu yüzden de modern hukukta aynı akitlerin yeniden ele alınıp rızaî nitelik taşıyacak şekilde düzenlendiği düşünülmektedir. Böylelikle aynı akitlerin, esasa ilişkin koşulları ve yan anlaşmaları ihtiva eden bir ön sözleşmeye gerek kalmaksızın yalnızca tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla kurulabileceği kabul edilmiştir.⁹⁴

4. *Mutuum Akdinin Amacı*

Mutuum akdinin asıl gayesi, ödünç isteyen malı bir süreliğine kullanmasını sağlamak ve böylece onun ihtiyacını gidermektir. Nitekim Romalı hukukçular da ödünç verilen eşyanın kullanılması için (uti/utereris) verildiğini söylerler. Fakat ödünç konusunun yalnızca tüketilerek kullanımı mümkün olan bir mal (res quae primo usu consumuntur) olması gerektiği için, ödünç verilen mal işlemin amacına uygun olarak ilk kullanımı sırasında fiilen veya hükmen geri dönülmez şekilde yok edilecek veya elden çıkarılacaktır. Ödünç veren baştan itibaren bunu bildiği için, ödünç alanın maldan yararlanmasına imkân vermek uğruna, ödünç konusunu teslim ettiği andan itibaren malın yok edilmesine veya el değiştirmesine göz yummakta ve adeta zımni olarak benzerini geri verme şartıyla buna izin vermektedir. Dolayısıyla mutuum akdinde geri verme borcu karşı edim (ivaz) teşkil etmeyip sadece işlemin amacını gerçekleştirmek için göze alınan fiilen veya hükmen tüketime bir sonucudur.⁹⁵ Mülkiyet devrinin de geçici kullanımın izin kapsamında gerçekleşebilmesi için zorunlu bir sonuç olduğu düşünülmektedir. Şayet ödünçün gerçek gayesi, benzer bir malın iadesi şeklinde bir alacak hakkı oluşturmak olsaydı birçok romanistin dediği gibi ödünç vermenin bir anlamı kalmaz ve ödünç veren malı vermeyip kendisine saklaması daha mantıklı bir davranış olurdu.⁹⁶ Öte yandan Klasik Dönem hukuk metinlerinde ödünç işlemi kapsamında malın verilisi nedeni

⁹³ Atak, *Mutuum*, s. 70-71; Tuhr s. 169; Zimmermann, s.164.

⁹⁴ Atak, *Mutuum*, s. 72-73. Alman Medenî Kanunu 2002 yılında ve Avusturya Medenî Kanunu 2010 yılında değiştirilmiş ve tüketim ödünçü rızaî bir sözleşme olarak yeniden düzenlenmiş olmasına rağmen karzın, bu hukuk düzenlerinde hâlâ real bir sözleşme olarak ele alındığı iddia edilmektedir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 74 dn. 276; Tahiroğlu, s. 154 dn. 69; Kurt, *Tüketim Ödünçü Sözleşmesi*, s. 20.

⁹⁵ Atak, *Mutuum*, s. 173-174. Ödünçteki mülkiyeti devir işleminin amacının, verilen malın benzerinin geri verilmesine yönelik talep hakkı kazanmak olduğu ileri sürülmüştür. Bk. Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, s. 196-198; Atak, *Mutuum*, s. 175 dn. 442.

⁹⁶ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 156; Atak, *Mutuum*, s. 175.

açıklanırken, ödünç alanın mülkiyetine geçmesi ve benzerini iade etmesi için verildiği geçmektedir.⁹⁷ Bu izah tarzının ödünç işleminin hikmet ve gayesini açıklamak için değil, işlemin görünüşteki işleyişinin hukuki tahlili olduğu düşünülmektedir. Zira kimse malının mülkiyetini başkasına devredip iade borcu elde etmeyi amaç edinmez; aksine mal canın yongası olduğu için başkasına vermeyi değil elinde tutmayı yeğler. Yine mal sahibinin durduk yere, peşinen elinde bulundurduğu malından vazgeçip sonuçta tehlikeli bir durum olan geri ödemeyi göze alması da akıl kârı gibi gözükmemektedir.

Asli kurgusu bakımından ticari bir işlemde ziyade adi bir işlem olan mutuum akdinde kâr veya karşılık elde etme hedeflenmemekteydi. Nitekim önceleri pagan, sonrasında İsevi olan Roma toplumunda ödünç vereni bir başkasının ihtiyacını görmesini sağlamayı düşündüren, bu niyetinin ardında durup kişiyle adeta alay edercesine verdiği anda veya çok kısa bir zaman dilimi içerisinde malını geri istememesini sağlayan ve onun zor zamanını atlatıp ödeyeceği zamanı bekleten arka plandaki toplumsal ahlak ve ilkelerden bahsedilmektedir. Bu kapsamda Romalı Stoacı filozof ve devlet adamı Cicero (ö. MÖ 43), insanın yaşantısını rahat biçimde sürdürmesini sağlayan ve hem cinsleriyle bir arada yaşamı için gerekli olduğunu düşündüğü erdemler arasında başta adaletin (iustitia) yanı sıra iyilikseverliği (benignitas) ve cömertliği (liberalitas) saymakta, adaletsizlik (iniustitia) ve servet (divitiae) hırsına kapılmanın birey ve toplum için kötü sonuçlar doğuracağını söylemekte ve iyilik ve cömertliğe en layık olanların ise aile, komşu ve dostlar olduğunu belirtmektedir.⁹⁸ İdeal olanın pozitif hukukun (ius civile) doğal hukukla (ius naturale) uyumlu olması ilkesine göre düşündüğümüzde⁹⁹ Cicero'nun saydığı erdemlerin, pozitif hukukun normlarıyla arka planda uyulmasını gözettiği ve insani zorunluluklar dışında kendisiyle uyumlu olduğu derecede ideal bir hukuk olmasını sağlayan ilkeler olduğu akla gelmektedir.¹⁰⁰ Bu zaviyeden bakıldığında Roma'da mamelek hukukunda ön plana çıkan kavramlar arasında hüsnüniyet ve dürüstlük (bona fides), verilen sözü yerine getirmek ve sadakat (fides), iyilik yapana karşı minnet ve vefa duygularını besleyerek makul neden olmaksızın ona zarar vermekten sakınma borcu (officium pietatis) karşımıza çıkmaktadır.¹⁰¹ Yine Cicero, Roma toplumunda üstlenilen görevler arasında vatandaşlığın (civitas) yanı sıra akrabalık

⁹⁷ Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; D. 12, 1, 2, pr.; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/357.

⁹⁸ Abrim Gürgen, "Cicero ve De Officiis Eserinde Romalı Erdemleri" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2016), s. 86-87.

⁹⁹ Esasen fıkıhta da böyle bir ilkedan bahsedilebileceği söylenebilir. Nitekim şer'î hükmün varlığını gerektiren zahiri sebep veya alamet olan illette asıl olanın hikmete münasip ve uygun olması ideal olandır.

¹⁰⁰ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 102, 106.

¹⁰¹ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 74, 146, 157.

(propinquitias) ve dostluğu (amicitia) da saymakta, topluma zarar vereceği düşünülen davranışlar arasında ise bencilliği (amor sui) zikretmektedir.¹⁰²

Roma toplumunu saran ve hukukunu etkileyen değerler sisteminde aile ve komşuluk gibi dostluk (amicitia) da bugünküne nazaran daha büyük bir toplumsal öneme sahipti. Dürüstlük ve iyi niyet üzerine kurulu bir ilişki olan ve birçok sıkı fakat yasal zorunluluğu bulunmayan içtimai yükümlülük doğuran dostluk, önemli bir sosyal görev olarak algılanıyordu. Bu nedenle bir taraftan dostluk gibi sosyal bağlar verilen söze itibarı güçlendirirken diğer yandan hüsnüniyet ve sadakat (fides Romana) ise alacaklı için riskleri büyük ölçüde hafifletirdi. Nitekim bir Roma vatandaşı için mükellefiyetini yerine getirmek ne kadar mühimse, dostu için verdiği bir sözü yerine getirmek de kişi için o denli önemliydi. Zira Cicero'nun da dediği gibi, dostluğun gereklerinden biri de zor durumda olana destek olmak ve elinden geleni yapmaktır.¹⁰³ Ancak faizsiz ödünç vermeye sevk eden gayriresmî ilişkiler ağı ile örülü olan Roma toplumunda ödünç işlemleri her zaman dostane nedenlerle yapılmayıp, bunun yanı sıra siyasi etki kazanmak, sadakat oluşturmak veya bağımlılık yaratmak için de kullanılabilirdi. Roma'da ortalama bir aile reisi, sermaye ihtiyacı olduğunda tefeciye gitmek yerine öncelikle dostuna başvurur, sonra da kısa vadeli borç vererek geçici nakit sorununu aşmasına yardımcı olan ve böylelikle dostluk görevini ifa eden arkadaşını karşı iyiliklerle ödüllendirirdi. Bununla birlikte toplumda bu tür karşı iyilik beklentisi yadırganmayıp aksine dostluk gereği kabul edilirdi. Diğer taraftan bu sosyal bağların Roma'da bankacılık sisteminin eksikliğini geniş çaplı telafi etmekte olduğu da söylenebilir.¹⁰⁴

Roma'da anaparanın geri ödeme tarihinin (dies ad quem) belirlenmesi, ödünç işlemine bir stipulatio akdinin eşlik etmediği veya mutuum akdi stipulatio yoluyla yenilenmediği sürece mümkün değildi. Zira sermayeyi geri ödeme borcu mülkiyet devriyle (datio) doğunca o andan itibaren alacaklının borçludan alacağını resmi yoldan (ius civile) talep etme hakkı yürürlüğe girmekte ve iade tarihinin ertelenmesine dair gayriresmî anlaşmalar mahkemece dikkate alınmamaktaydı. Fakat bu sonuç, görüldüğünden daha az rahatsız ediciydi. Çünkü mutuum daha çok akrabalar, komşular veya dostlar arasındaki kısa vadeli ve faizsiz adi ödünç işlemleri için kullanılıyordu ve bu sosyal bağlar, alacaklının condictio yoluyla alacağını hemen talep ederek hakkını kötüye kullanmasını önleyecek kadar güçlüydü. Ticari maksatlı

¹⁰² Gürgen, "Cicero ve De Officiis Eserinde Romalı Erdemleri", s. 83.

¹⁰³ Cicero, *De Amicitia*, Andrew Preston Peabody (çev.), Portland: The Mosher Press, 1823, s. 79, 83; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 115; Atak, *Mutuum*, s. 161.

¹⁰⁴ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 155 dn. 13; Atak, *Mutuum*, s. 161.

faizli ödünç işlemleri ise tarafların tüm özel düzenlemelerini içerebilen bir stipulatio akdi şeklinde uygulanıyordu.¹⁰⁵

Roma hukuku öğretisinde romanistlerin çoğunluğuna göre mutuum, karşılıklı güven duygusunun egemen olduğu akrabalar veya arkadaşlar arasındaki yakınlık veya hatıra dayalı, genellikle de kısa vadeler için uygulanan bir hukuki ilişkidir. Mutuumun kökenindeki karşılıklılık anlamının da bu karşılıklı dayanışma düşüncesini desteklediği belirtilmektedir. Örneğin Wolfgang Kunkel (ö.1981), Max Kaser (ö. 1997) ve David Daube (ö. 1999) gibi birtakım hukukçular kelimenin etimolojisindeki karşılıklılığın dayanışma ve iyilik yapmada aranması gerektiğini söylemektedir.¹⁰⁶ Hatta Geoffrey MacCormack gibi birtakım hukukçular mutuumu doğrudan bağışlamayla ilişkilendirmekten, Marie Theres Fögen (ö. 2008) gibi bir kısım hukukçular hem mutuumun hem de genel olarak Roma hukukundaki bütün real (teslimli) sözleşmelerin esasen karabet ve hatır ilişkilerine dayandığını savunmaktadır.¹⁰⁷ John Maurice Kelly (ö. 1991) ise mutuumun “permutatio”dan¹⁰⁸ doğduğunu ileri sürmekte; kelimenin kökenindeki karşılıklılığın yardımlaşmada aranmaması gerektiğini, bilakis malların trampası anlamında bir karşılıklılıkla yorumlanması gerektiğini söylemektedir.¹⁰⁹

Roma hukukunda actio (dava hakkı) ile hukukî koruma altında olmayan bir hak, himaye açısından eksik sayıldığı için yok hükmündeydi.¹¹⁰ Konusu belirli para olan mutuum için ilk dava hakkı MÖ 230-220 yılları arasında ısdar edildiği düşünülen Lex Silia ile, konusu diğer belirli misli eşya olan mutuum için ise ondan sonra çıkarılan Lex Calpurnia ile tanındığı aktarılmaktadır.¹¹¹ Buna göre Roma hukukunda en eski

¹⁰⁵ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 156; Atak, *Mutuum*, s. 163, 174.

¹⁰⁶ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Ephraim Fischhoff ve Diğerleri (çev.), Berkeley: University of California Press, 1978, s. 361; Kelly, “A Hypothesis on the Origin of Mutuum”, s. 157; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.156; Atak, *Mutuum*, s. 14-15, 23.

¹⁰⁷ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.156; Atak, *Mutuum*, s. 15 dn. 49.

¹⁰⁸ “Permutatio”: Bir malın diğeriyle peşin olarak ve mülkiyeti nakledilerek mübadelesini öngören isimsiz akit (contractus innominati); trampa akdi. Sabinianus mektebi bu muameleyi emptio venditio (alım satım akdi) kapsamında değerlendirirken Proculianus ekolü ise semen (pretium) ile mebi’ (merx) birbirinden ayırt edilemediği için bu işlemi ayrı bir akit türü olarak kabul etmişlerdir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 156.

¹⁰⁹ Kelly, “A Hypothesis on the Origin of Mutuum”, s. 158; Atak, *Mutuum*, s. 15 dn. 52.

¹¹⁰ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 219.

¹¹¹ “Lex Silia De Conditione”: Roma’da takriben MÖ 230-220 yılında Lex Calpurnia’dan önce çıkarıldığı düşünülen ve konusu belirli miktar para olan borçları takip için “legis actio per conditionem” dava şekliyle talep etme imkânı sağlayan kanun. Bk. Gai. 4, 19; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 124. “Lex Calpurnia De Conditione”: Lex Silia’dan sonra çıkarılmış olan ve konusu muayyen şey olan bütün anlaşmazlıkları “legis actio per conditionem” dava şekliyle talep etme imkânı sağlayan kanun. Bk. Gai. 4, 19; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 115. “Legis Actiones”: Roma’nın başlangıcından Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarına kadar “ordo iudiciorum privatum”un (özel mahkemeler sistemi) usul hukukuna hâkim olan ve her biri özel şekle sahip beş kanunî dava. Bunlar herhangi bir hakkı talep için açılacak davadaki şekilsel kalıpları belirliyorlardı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 112. “Legis Actio Per Conditionem”: MÖ 230-220 seneleri arasında ısdar edildiği düşünülen, özel mahkemeler sisteminin usul hukukuna ilişkin ve diğer legis actionese göre en yeni dava şekli. Önce Lex Silia ile konusu muayyen para olan borçlar (certa pecunia) için

ortaya çıkmış sözleşmelerinden biri olduğu düşünölen mutuumun, MÖ 230 civarında ısdar edilen Lex Silia'dan önce hukukî varlığından söz edilebilir miydi? Doktrinde çoğunluğun görüşüne göre mutuumda özel dava hakkı tanınmadan önce de bu sözleşme uygulanmaktaydı.¹¹² Peki uzun zaman boyunca tanınmamış olan bu dava hakkı niçin bu kanunlarla düzenlenmişti ve bu kanunlardan önce mutuumla sabit olan alacak hakkının talebi neye dayanıyordu?

Çoğunluğun görüşü doğrultusunda bakılacak olursa, önceleri ihtiyacı olan bir dosta hediye edilen para veya diğer misli eşyanın uygun bir zamanda karşı bir hediye olarak iade edilmesi beklenirdi. Bir zaman sonra mutuumu yasal olarak düzenlemeye ihtiyaç duyulması, başlangıcında bir şehir devleti olan Roma'nın nüfusunun artması ve ekonomik dengelerinin bozulmasının etkisiyle insanların dostlarından aldıkları borçları ödeyememelerinden, dolayısıyla da dostluk ilişkilerinin bozulmasından kaynaklanmış olabilir. Zira eski tarım toplumlarında hasattan sonra geri vermek üzere tahıl tohumu ödünç almak yaygın bir işlemdi. Bu şekilde ödünç alınan eşyanın geri verilmemesi durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların artması üzerine mutuumun yasal çerçevede düzenlenmesine ihtiyaç doğmuş olmalıdır. Fakat o dönemlerde böyle bir durumun önüne geçmek için mutuum yerine bir stipulatio¹¹³ sözleşmesi yapılmazdı. Çünkü dostane duygularla arkadaşına destek olan birinin, onunla resmî şekle bağlı bir sözleşme yapmayı istemesi ve işi kanunî boyuta taşıması ahlâken uygun görülmezdi.¹¹⁴

kabul edilmiş, sonra çıkarılan Lex Calpurnia ile konusu muayyen eşya olan (certa re) bütün borç ilişkilerini kapsamıştır. Anlaşmazlığı çözümlmek için derhal bir hâkimin tayin edilmesini ihtar eden, şekilcilği az ve mücerret (sine causa; sebebe dayalı olmayan) bir hukukî işlem olduğu düşünülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 237, 340; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 112. “Condictio”: Klasik Hukuk Dönemi'nde “formula”sında “demonstratio” (ihtilafın temeli sebep olay) kısmı bulunmasına gerek olmayan, sebepsiz bir “dare” (verme) borcuna ilişkin şahsî dar hukuk davası. Konusu “dare” borcu olan stipulatio, karz ve sebepsiz iktisap davalarını kapsamaktadır. Temelinde davacının kendine devredilmesi gereken bir şeyi davalının sahiplendiği iddiası yatmaktadır. Karz akdinde ödünç veren lehine doğan davaya “condictio ex mutuo” denir. Karzın konusu para ise “condictio certae creditae pecuniae”, diğer bir misli eşya ise “condictio certae rei” veya “condictio triticaria” da denilir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 255, 340; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 43; Atak, *Mutuum*, s. 20. Daube gibi bir kısım hukukçuya göre “Condictio”da davacının dava sebebini (causa) göstermek zorunda olmaması, o zamanlarda mutuumdan doğan borcun gerçek bir borç olarak görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 25.

¹¹² Alan Watson, *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 2001, s. 37; Atak, *Mutuum*, s. 21.

¹¹³ “Stipulatio”: Eski Hukuk zamanından beri sözlü şekle tabi tek taraflı olan ve dar hukuk davası doğuran sözleşme. Roma hukukunun borç doğurucu genel akit tipi olup bir tarafın belirli kelimelerle sorduğu soruya diğer tarafın aynı kelimelerle kayıtsız ve şartsız olarak onay vermesiyle gerçekleşen, akıtlar tasnifinde sözlü akit (verbis contrahitur) olarak kabul edilen hukukî işlem. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 202.

¹¹⁴ Ödünçün ticarî maksatla verildiği durumlarda ise faizi talep edebilmek için ayrıca bir stipulatio yapılabilirdi. Çünkü dostluk ilişkisine dayanan mutuumda ilişkin dava sadece ödünç konusu mala ilişkin olabilir ve faizi kapsayamazdı. Zira dostlar birbirlerinden faiz talep etmezler. Bk. Watson, *The Evolution*, s. 37-39; Atak, *Mutuum*, s. 21. Mutuum Iustinianus'a kadar kural olarak faizsiz olmalıydı. Iustinianus bu kuralı bankerlerle yapılan ödünç sözleşmelerinde esnetmiş, faiz talebini yasaya bağlayan belirli düzenlemeler getirerek adeta bu işlemi genel kuraldan istisna etmiştir. Daube'ye göre Roma'da genel kural olan mutuumda faiz talep edebilmek için ayrı bir stipulatio yapılması zorunluluğu, hediyeleşmede

Mutuum için ilk dava hakkının tahıl gibi belirli misli eşya öduncünü de kapsayacak şekilde değil de sadece belirli para öduncü için tanınması ise Daube'ye göre şöyle açıklanabilir: Roma'da mutuum bir tür karşılıklı hediyeleşme kapsamında kabul edilir ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklar mahkemeye götürülmezdi;¹¹⁵ ihtiyacı olana verilen öduncün uygun bir zamanda geri verilmesi veya verenin ihtiyacı olduğunda daha önce ödünç alanın bu kez ona ödünç vermesi beklenirdi. Roma'da mutuuma ilişkin bir dava hakkının tanınması, öncelikle hediyelerin değiş tokuşuna ve yardımseverliğe dayanan ekonomik anlayışın bozulduğunu göstermektedir. Diğer taraftan toplumdaki karşılıklı güven ve yardımseverlik ilişkilerinin getirdiği karşılıklı hediyeleşme anlayışı kapsamında olduğu kabul edilen birtakım işlemler, işin içine para girdiğinde cemiyetin daha katı ve yasal olan özelliklerini üstlenme eğilimindedirler.¹¹⁶ Diğer bir ifadeyle para öduncünün yardımseverlik konusu olmaktan çıkıp (muhtemelen faizli ödünçlerle) ticari alışveriş konusu olmaya doğru geçirdiği değişim misli eşya öduncünden daha önce gerçekleşmiştir.¹¹⁷

Tıpkı bağışlamada olduğu gibi ödünçte de tek taraflı olarak belirli miktarda bir şeyin temlikî söz konusudur. Fakat ödünçte verilen şey devamlı olarak alan tarafın

karşılıklılık ilkesine dayanan ekonomik sistemin kalıntılarındandır. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 25.

¹¹⁵ Bu kanunlardan önce şayet stipulatio veya nexum gibi bir muamele yapılmamışsa Roma'da öduncü geri almak için bir dava açma olanağı yoktu. Aldığını iade etmeyen kişiye karşı başvurulabilecek tek yol onun üzerinde toplumsal bir baskı oluşturmaktı. Antik çağlarda durum diğer ülkelerde de farklı değildi. Zamanında Çin ve Hindistan'da aldatılan alacaklı borçlusunu cezalandırmak için büyü yaptırabiliyordu. Yine Çin'de alacaklı, borcunu iade etmemesi durumunda borçlusunu intihar etmekle tehdit eder, bazen de öldükten sonra borçluyu ruhen takip edip ona huzur vermemek için gerçekten intihar ederdi. Hindistan'da alacaklı, borçlusunun evinin önüne oturup aklıktan ölmeyi bekler veya kendisini asıp intihar ederdi, ama burada bunu aile veya klanın borçludan intikam almasını ve eğer alacaklı Brahman sınıfına mensup ise borçlunun bir Brahman mensubunun ölümüne sebep olmaktan hâkim önüne çıkmasını sağlamak için yapardı. Bk. Weber, *Economy and Society*, s. 678; Atak, *Mutuum*, s. 24 dn. 100, 25 dn. 107. Konuya ilişkin olarak Atak, Ülkemizdeki düğünlerde takılan takıları örnek vermiş, düğün sahibinin kendisine verilen takıya en az eşdeğerdeki bir takıyı, önceki düğünde takı takmış olanların gelecekteki düğün merasimlerinde onlara takmasının beklendiğini söylemiş, bu toplumsal dayanışma uygulamasının arka planında karşılıklılık ilkesinin yattığına işaret etmiştir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 23.

¹¹⁶ Watson, *Evolution*, s. 38; Atak, *Mutuum*, s. 22-23.

¹¹⁷ Atak, *Mutuum*, s. 24. Günümüzde bile bulunabilen birçok iptidai toplulukta olduğu gibi Roma'nın ilk dönemlerinde de toplumsal yapıya sözleşmelerin ilkel hali sayılan karşılıklılık ilkesi (edimin anında karşı edimi veya iadeyi gerektirmesi) egemen olmalıydı. Antropolojide Marcel Mauss tarafından ortaya atılmış olan hediye değiş tokuşuna ilişkin karşılıklılık (reciprocité) kuramı, özellikle ekonomisi gelişmemiş toplumlarda hediye ve ziyafet verme, bunu kabul etme ve en az misliyle geri verme olarak hukuk teorisinde gönüllü, gerçekteyse zorunlu bir toplumsal dayanışmaya katılma yükümlülüğünü ifade eder. Germen ve Lombart hukukunda, bir kısım Doğu Afrika ve Avustralya kabilelerinde ve dünyanın farklı yerlerindeki iptidai topluluklarda, belki de karşılıksız hukukî işlemlerin bilinmemesinden ötürü yapılan bağışa karşı en az ona denk bir şeyin geri verilmesi zorunluluğunun bulunduğu ve bunun hukukî olarak Roma'daki "obligatio naturalis"i (eksik borç) hatırlattığı söylenebilir. Kuzey Avrupa edebiyatında "Hediye, daima karşılık bekler." şeklinde tezahür eden bu karşılıklılık yükümlülüğü, Türkçemizde de şu atasözüyle ifade edilmiştir: "Komşu ekmeği komşuya borçtur." Bk. Marcel Mauss, *Armağan Üzerine Deneme*, Nihan Özyıldırım (çev.), İstanbul: Alfa Yayınevi, 2018, s. 72-74, 156, 192-208; Atak, *Mutuum*, s. 37 dn. 107, s. 38-39.

mülkiyetinde kalmamalı, hukuk gereğince geri verilmelidir. Nitekim Roma hukukunda ödünç verilen parayı da kapsayacak şekilde, bir şahsın malvarlığının pasifini temsil edip ödemekle yükümlü olduğu borçların toplamına “aes alienum” (başkasının bakırı/bronz) ¹¹⁸ denilmekteydi. Büyük olasılıkla bu adlandırılma, borcun geri verilmesi gereken bir şey olduğunu ifade etmek için olmalıdır. ¹¹⁹

¹¹⁸ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 20. Borçların toplamına “aes alienum” denilirken, borç ilişkisindeki yalnızca pasif tarafın yükümlülüğünü belirten bir tek borca “debitum” denilmekteydi. Creditum ise borç ilişkisindeki yalnızca aktif tarafın alacak hakkını belirten bir tek edime denir. Obligatio ise debitum ve creditumu kapsayan borç ilişkisinin bütünüdür. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 20, 54. Bu açıklamalardan ve Roma’daki kullanımdan hareketle, bir şahsın malvarlığının aktifinde yer alan ve talep yetkisine sahip olduğu alacaklarının toplamına “aes suum” (kendi bakırı/bronz) denildiği söylenebilir.

¹¹⁹ “Ödünç” kelimesinin Eski Türkçedeki aslı “ötünç” olup kelime, aslı “ötemek” olan “ödemek” fiilinden gelmektedir. “Ötemek” fiilinin kökünü oluşturan “öte” ve “öteki” “başka” anlamına da gelmektedir. Bk. Yaşar Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük*, İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2007, s. 3669, 3670, 3720-21; İlhan Ayverdi, *Kubbealtı Lugatı: Asırlar Boyu Tarihi Seyri İçinde Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, 3. bs., İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2008, s. 2447, 2448, 2467. Atak, “ödünç” kelimesinin kökeninde “başkasına vermek” şeklinde bir “başkalık” anlamı olduğunu iddia etmekte ve Roma hukuk kitaplarında geçen “aes alienum” ifadesiyle bunun bağlantısını kurmaktadır. (“Aes alienum” est quod nos aliis debemus; ‘aes suum’ est quod alii nobis debent.” Yani: “Aes alienum” (başkasının bakırı / bronz) bizim başkalarına olan borçlarımızdır. “Aes suum” (kendimizin bakırı / bronz) ise başkalarının bize borçlu olduğu şeylerdir. Bk. D. 50, 16, 213, 1.) Nasıl ki Latince “borç” anlamını ifade etmek için kullanılan bu terkte “başkalık” anlamını içeren bir kelime (alienum) kullanıldıysa aynı şekilde ödünç kelimesinde de bu anlam mevcuttur. Bk. Atak, *Mutumum*, s. 14 dn. 48, s. 27.

B. Mutuum Akdinin Unsurlarının Tahlili

1. Taraflar Arasındaki Birbirine Uygun Karşılıklı Rıza ve Mutabakat (Conventio et Consensus)

Mutuum akdinin hukuken muteber biçimde varlığından söz edilebilmesi için öncelikle, tarafların mutuum sözleşmesi yapmak hususunda karşılıklı rızalarının (consensus/conventio) mevcut olması ve irade (voluntas)¹²⁰ ve niyetlerinin (animus/affectio)¹²¹ birbirine uyması gereklidir.¹²² Diğer bir ifadeyle fiil ehliyetine sahip tarafların yaptıkları hukuki işlemin mahiyetinde görüş birliği içinde olup temlik edilen malın mutuum olarak verildiğinde hemfikir olmaları gerekir. Tarafların ortaya koydukları irade beyanlarının hukuki sebep (iusta causa) olarak geçerli sayılabilmesi için bilerek veya bilmeyerek bir bozukluk içermemesi ve birbirine uygun olup aralarında çelişki olmaması gerekir. Nitekim bir kimse diğerine hibe olarak para verse, fakat alan bunu karz zannederek alsa akdin temeli olan rıza ve irade uyuşması bulunmadığı için her iki muamele de hukuk nazarında geçersiz sayılır. Bu gibi durumların Roma hukukunda “error in negotio” (hukuki işlemdeki hata) başlığı altında incelendiği görülmektedir.¹²³

Hukuki sebep taraflar arasındaki irade uyuşmazlığından (dissensus) ötürü geçersiz olduğunda, eğer akit konusu mülkiyeti devir maksadıyla teslim edilmişse mülkiyet alana geçmeli midir? Bu hususta Klasik Hukuk Dönemi Roma

¹²⁰ Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 225.

¹²¹ Bu kelime daha çok Iustinianus döneminde kullanılmıştır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 24; Atak, *Mutuum*, s. 76 dn. 6. Klasik Dönem hukukçularına göre hangi sözleşmenin yapılmak istendiği açıkça ifade edilmemişse sözleşme tipi tarafların iradelerine göre değil yazılı olmayan örf ve âdet kurallarıyla ayırt edilir. Klasik Sonrası Döneme göre ise bir malın bağış (donatio) mı yoksa ödünç (mutuum) olarak mı verildiğinin tespitinde niyetten yararlanılır. Atak, *Mutuum*, s. 77.

¹²² Yani “consensus” veya “conventio”. Roma hukukunda bu iki terimle taraf iradelerinin birbirine uygun olarak birleşmesi, yani karşılıklı rıza kastedilirdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 50, 54. Nitekim Roma hukukçuları tarafından bu iki unsur (consensus ve conventio) içermeyen herhangi bir borç ilişkisinin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Bk. D. 2, 14, 1, 3; Atak, *Mutuum*, s. 18 dn. 29, 30. Roma hukukunda her akdin temelinde “consensus” ve “conventio”nun bulunması gerekse de her türlü akdin hukuken var olabilmesi için tek başına yeterli değildir. Rızai akitlerde “consensus”un yanında başka bir şekli şarta gerek yok iken real (aynı / teslimli), sözlü ve yazılı akitlerin teşekkülü için tek başına bulunması yeterli değildir; yanına belirli eşyanın teslimi, belirli sözler veya belirli bir yazı gerekir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 46. Roma hukukunda rızai akde “consensu contrahitur” denilir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 46. Perozzi ve von Lübtow gibi bir kısım Roma hukukçusuna göre, Roma hukukundaki real sözleşmelerde karşılıklı irade uyuşması kurucu unsur olmayıp sadece tamamlayıcı bir unsurdur. Dolayısıyla mutuumda tarafların anlaşması müstakil olarak akdin manevi bir unsuru olmayıp teslim (traditio) işleminin ayrılmaz bir parçası ve mütemmim cüzüdür. Nitekim iade borcu, sadece tarafların geri verme hususundaki anlaşmalarıyla doğmamakta, bununla birlikte ödünç konusu malın verilmesi gerekmektedir. Atak, *Mutuum*, s. 77.

¹²³ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 205-206; Halil İbrahim Yüksel, “Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020), s. 117.

hukukçuları arasında görüş ayrılığı olduğu anlaşılmaktadır. Iulianus’a (ö. MS II. yy.)¹²⁴ göre taraflar akit kapsamında teslim edilecek malın maddesi (corpus) üzerinde fikir birliğini sağlamışlar ama hukukî sebep (iusta causa) üzerinde anlaşamıyorlarsa ve akit konusu teslim edilmişse sırf bu anlaşmazlık yüzünden teslim yoluyla (traditio) mülkiyet devri (datio) geçersiz sayılmamalıdır. Örneğin, bir kimse diğerine hibe olarak bir miktar para verse, fakat alan bunu karz zannederek alsa kabul sebeplerinin farklı olmasına bakılmaksızın teslim alınan paranın mülkiyetinin alana geçmesi gerekir.¹²⁵ Zira her ne kadar iradelerde uyuşma bulunmadığından hareketle hibe ve karz hukuki sebep olarak geçerli sayılmamışsa da mülkiyetin devri hususunda taraflar arasında fikir birliği bulunduğu için aynî bir akdin varlığı söz konusudur. Bu görüşe göre malını devreden kişi mülkiyet hakkını kaybettiği için karşı tarafa aynî bir dava olan istihkak davası (rei vindicatio) açma hakkını da kaybetmiş sayılır. Fakat örnek olaydaki teslim illetten soyut olup ondan farklı olarak hukuki bir sonuç doğurabilmişse de öncesinde muteber bir hukuki sebep (causa) bulunmadığı için buradaki mülkiyetin sebepsiz ve haksız olarak elde edildiği kabul edilmektedir. Bu yüzden malı veren kişiye bunun yerine şahsî bir dava olan sebepsiz zenginleşme davalarından (condictio sine causa) borç olmayan şeyin ifası davasını (condictio solutio indebiti) açma hakkı tanınır.¹²⁶

Konuyu ele alan literatür incelendiğinde Iulianus’un bu görüşünün karşısında, Klasik Dönem hukukçularından Paulus’tan (ö. MS III. yy.)¹²⁷ aktarılan: “Sırf teslimle mülkiyet hiçbir zaman karşı tarafa intikal etmez. Şayet teslim alım-satım

¹²⁴ Salvius Iulianus, Afrika kökenli olup Klasik Hukuk Dönemi’ndeki Sabiniani mektebi hukukçularının önde gelenlerindendi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 97, 189.

¹²⁵ D. 41, 1, 36; Bülent Tahiröğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, 5. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2010, s. 239. Hukuki sebebin geçersiz olmasına rağmen mülkiyet devredilebildiği için bu gibi teslimlere illette ve hukuki sebebin geçerliliğine bağlı olmaması hasebiyle “mücerret/soyut hukukî işlem” denilmektedir. Yukarıdaki örnekten hareketle Iulianus’un teslim yoluyla mülkiyet devrini (traditio) mücerret bir hukukî işlem olarak kabul ettiği öne sürülmüştür. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 144; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 446.

¹²⁶ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 143-144; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 384-385; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 44. Fakat burada şöyle bir sorun akla gelmektedir: Borç olmayan şeyin ifasından ötürü sebepsiz zenginleşme davası (condictio indebiti) dermeyer edilebilmesi için malı veren kimsenin borçlu olmadığını bilmemesi, diğer bir ifadeyle kendini borçlu zannederek ifade bulunması gerekir. Şayet borçlu olmadığını bilerek malı vermişse bu davayla talepte bulunamazdı. Zira bu kişi hibede bulunmuş sayılırdı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 385. Bundan dolayı literatürde buna borç olmayan şeyin ifasından (solutio indebiti) ötürü sebepsiz zenginleşme davası (condictio sine causa) açma hakkı tanındığı ifade edilmişse de buradaki sebepsiz zenginleşmeye dair dar hukuk davasının malı haksız olarak elinde bulundurduğu gerekçesiyle esasen hırsızlara veya mirasçılara karşı açılan condictio furtiva olabileceği düşünülmektedir.

¹²⁷ Quintus Cervidius Scaevola’nın talebesi olan ve Klasik Dönem’in en büyük hukukçularından biri olarak kabul edilen Iulius Paulus, ayrıca Aemilius Papinianus’un da yardımcılığını yapmıştır. Digesta’nın altında birinin onun kitaplarından yapılan nakillerden oluştuğu söylenmektedir. İmparator II. Theodosius’un 426 tarihli Lex Citationis adlı emirnamesiyle eserlerindeki görüşlerinin kanun kuvvetinde olduğu beyan edilen beş Klasik dönem hukukçusundan biridir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 116, 153.

gibi bir hukuki sebebin peşine yapılmışsa mülkiyet o zaman intikal eder.” şeklindeki bir meseleye bazen yer verildiği görülmektedir.¹²⁸ Nitekim bu meseleden hareketle Paulus’a göre teslimin illî olduğu ifade edilmiştir.¹²⁹ Halbuki diğer bir kısım kaynakta konuyla daha fazla ilişkili olduğunu düşündüğümüz başka bir mesele Paulus’tan aktarılmaktadır. Ondan aktarıldığına göre, karz kaynaklı bir borcun¹³⁰ doğması için sadece malın verene ait olması ve alanın mülkiyetine geçmesi yeterli olmayıp ayrıca malın borç doğurmak niyetiyle verilmiş ve kabul edilmiş olması gerekir. Bu yüzden bir kimse diğerine bağış yapma niyetiyle para verse, fakat alan bunu karz olarak alsa o para alanın mülkiyetine geçer ama aralarında karz kaynaklı bir borç ilişkisi doğmaz. Zira taraflar aralarında bir borç ilişkisi kurmayı kararlaştırmamışlardır.¹³¹ Bu meselede de Iulianus’tan aktarılan meselede olduğu gibi malı veren hibe niyetiyle verirken alan bunu karz niyetiyle almakta ve aralarındaki irade uyumsuzluğundan ötürü karz kaynaklı bir borç ilişkisi doğmamaktadır. Fakat borç ilişkisi doğmamış olmasına rağmen Paulus, paranın mülkiyetinin verenden alana geçtiğini beyan etmiştir. Buradan hareketle ise Paulus’a göre teslimin illetten mücerret olduğu düşünülmektedir.¹³²

Aynı meselede Ulpianus (ö. 228), Iulianus’tan söz konusu bağışın kesinlikle gerçekleşmeyeceğine, ödücün ise gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerektiğine dair görüş aktarmış, fakat ondan farklı olarak örnek olayda hibe gibi karz akdinin de geçersiz sayılması gerektiğini ve teslim yoluyla mülkiyet devrinin gerçekleşmeyeceğini kesin biçimde ifade etmiştir. Örnek olaydaki paranın harcanması durumunda ise teslim alana karşı sebepsiz zenginleşme (condictio)¹³³ davası açılabileceğini, dava açılması durumunda da para verenin iradesine uygun biçimde tüketildiği için davalı taraf olan teslim

¹²⁸ D. 41, 1, 31, pr.; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 445; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 233 dn. 9.

¹²⁹ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 233.

¹³⁰ Paulus’tan nakledilen bu meseledeki borcun özellikle mutuum kaynaklı olduğunu belirtenler mevcuttur. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 78 dn. 11.

¹³¹ D. 44, 7, 3, 1; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.156-157; Atak, *Mutuum*, s. 78.

¹³² İrade uyumsuzluğu olduğu yerde hiçbir borç ilişkisi kurulamayacağından dolayı buradaki teslimin verenin niyetine uygun olarak hibe vaaatine istinat ettiği de söylenemez diye düşünülmektedir. Fakat burada akla şu soru gelmektedir: Hem Iulianus hem de Paulus’un örneğindeki kişi aynı bir işlem olarak elden bağış yapmış olarak kabul edilip (Elden bağış için bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 131; Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio’nun Sebebe Bağlılığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 1 (1998), s. 70) o dönemde böyle bir teslimin ius civile mülkiyetini nakletmiyorsa da praetor mülkiyetini naklettiği söylenemez mi? Acaba Iulianus ve Paulus böyle bir mülkiyetten mi bahsediyor?

¹³³ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 44, 200.

alanın hile defî (exceptio doli)¹³⁴ şeklinde karşı bir davayla mukabele edebileceğini söylemiştir.¹³⁵

Aktarılanlardan anlaşıldığına göre Ulpianus karz akdinin geçerli olup olmadığı hususunda Iulianus gibi tereddütte kalmamış, Paulus gibi örnek olaydaki karz akdine dayalı borç ilişkisinin irade uyumsuzluğu sebebiyle geçersiz sayılması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Diğer taraftan taraflar arasındaki mülkiyetin devrine dair fikir birliğine itibar etmemiş, her ikisinin dedikinden farklı olarak paranın mülkiyetinin karşı tarafa geçmeyeceğini açıkça beyan etmiştir. Buradan hareketle Ulpianus, Iulianus'un karşısındaki teslimin (traditio) illî ve sebebe bağlı olduğunu savunan görüşün sahibi olarak konumlandırılmış ve teslimin muteber olması için geçerli bir hukuki sebebe (iusta causa) dayanması gerektiğini söylediği öne sürülmüştür.¹³⁶ Bu görüşe göre ortada aynî nitelikte bir akit mevcut değildir. Parayı hibe olarak veren kişi mülkiyet hakkını henüz kaybetmediği için onu elinde bulunduran karşı tarafa aynî bir dava olan istihkak davası (rei vindicatio) açma hakkı vardır. Aynî bir hak olan mülkiyet hakkı aynî bir dava ile talep edilebilir.¹³⁷ Fakat Ulpianus'tan aktarılan meseleye bakıldığında, paranın harcanmış olması durumunda şahsî bir dava olan sebepsiz zenginleşme (condictio) davası açılabilmesi ifade edilmektedir. Çünkü Roma eşya hukukunda, mülkiyet konusu malın hakikaten veya hükmen telef olmasıyla veya tüketilmesiyle mülkiyet sona erer.¹³⁸ Bu yüzden parayı verenin para üzerindeki aynî hakkı paranın harcanmasıyla ve el değiştirmesiyle sona erip şahsî bir hakka dönüşür ki o da sebepsiz zenginleşme davasıyla (condictio sine causa) koruma altına alınır. Fakat borç olmayan şeyin ifasından ötürü sebepsiz zenginleşme davasının (condictio indebiti) açılabilmesi için kendini borçlu zannederek ifade bulunması gerekir. Borçlu olmadığını bilerek malı veren kimse ise hibede bulunmuş sayılacağı için karşı tarafa bu davayla bir talepte bulunamaması gerekir.¹³⁹ Bundan dolayı meselede geçen sebepsiz iktisap davasıyla (condictione) malı haksız olarak elinde bulunduranlara karşı açılan “condictio furtiva” adındaki tazminat davasının kastedildiği, bu yüzden de davalı olan karşı tarafa böyle bir davanın ağır mahkûmiyet sonuçlarından kurtulabilmesi

¹³⁴ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 67.

¹³⁵ D. 12, 1, 18, pr.; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 446; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 239; Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı”, s. 73; Yüksel, “Hükümsüzlük Sistemi”, s. 117-118.

¹³⁶ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 446; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 233-234; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 67.

¹³⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 143-144; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 384-385.

¹³⁸ Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 91.

¹³⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 385.

için hile defi (doli exceptione) ile mukabele edebilme hakkı tanınmıştır. Zira para, verenin iradesine uygun olarak tüketilmiştir.¹⁴⁰ Nitekim Ulpianus, paranın vedia (depositum) veya ariyet (commodatum) olarak verilip karz zannıyla alınması durumunda her iki sözleşmenin hükümsüz olacağını belirtmiş, fakat bu örnekte paranın harcanması durumunda parayı veren tarafından alana karşı sebepsiz iktisap davası (condictione) açılabilceğini ama karşı tarafın hile defi (doli exceptione) dermeyan edemeyeceğini açıkça ifade etmiştir.¹⁴¹ Bu ise paraya verenin iradesine uygun biçimde bir işlem yapılmamış olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Diğer taraftan bu iki akdin ius civile tarafından davayla korunan birer aynî akit olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu meselede dikkati çeken birkaç husus daha vardır. Şöyle ki, hibe ve karz akitlerinin her ikisi de malın mülkiyetini devretme sonucunu doğurur. Bununla birlikte hibede kişi verdiği malın kendine geri dönmesini beklemeyiz ama karzda o malın benzerinin kendine verilmesi şartıyla işlemi yapar. Genellikle karşılık elde etme beklentisiyle yapılmayan bu iki akitte zarara uğraması ve dava açması muhtemel kişi malı veren olduğu için onun açısından örnekteki olaya bakıldığında, malı verirken bağış yaptığını düşünmekte, dolayısıyla karza göre malvarlığı açısından daha büyük bir zarara yol açacak olan bir akde rıza gösterdiğini beyan etmektedir. Diğer taraftan malı teslim alan kişi ise aldığı malı karz olarak aldığını beyan ederek malı veren kişi açısından daha az bir mahrumiyete sebep olacak bir akdi iddia etmektedir. Zira karzda hibeden farklı olarak malın benzerinin iade edilmesi gerekmekte, dolayısıyla veren açısından malından yoksun kalma durumu bir süreliğinedir. Dolayısıyla benzer şekilde Iulianus, Paulus ve Ulpianus'tan aktarılan bu örnek üzerinde düşünüldüğünde malını hibe ettiğini düşünerek zaten onu gözden çıkarmış birinin karz olarak teslim aldığını düşünen birine dava açması uzak gözükmektedir. Zira bu örneğe göre karşı taraf onun için daha az zarara yol açacak bir akdi iddia etmektedir.

Diğer taraftan bu hukukçuların yaşadığı Klasik Dönem Roma hukukunda, stipulatio şeklinde yapılmamışsa hibe (donatio) vaadi özel bir akit olarak kabul edilmemekte ve hukuk nazarında muteber bir davayla korunmuş borç (obligatio civilis) doğurmamakta, sadece taraflar arasındaki şekilsiz bir anlaşma (pactum donationis) olarak değerlendirilip praetor tarafından malı elinde bulundurana bir exceptio (defi hakkı) tanınırdı. Pactum yoluyla yapılan hibe vaaadinin hukuk nazarında muteber bir borç doğuracağı Iustinianus'un 530 tarihli bir

¹⁴⁰ Ulpianus'tan nakledilen meselede yer alana bu ifadeden hareketle, hibe akdi geçersiz olsa ve mülkiyetin intikali sonucu doğurmasa bile, verenin iradesinin ne şekilde olduğunu tespit açısından bir hüküm olduğunu söyleyebiliriz. Muhtemelen bu hüküm ius honorarium açısındanandır.

¹⁴¹ D. 12, 1, 18, 1; Yüksel, "Hükümsüzlük Sistemi", s. 118.

emirnamesiyle kabul edilene dek durum böyleydi.¹⁴² Karz (mutuum) ise ius civile tarafından bir dava (actio) ile yaptırıma tabi bir akit (contractus) olup ödünç alana mülkiyetini devraldığı andan itibaren aldığı malın benzerini iade borcunu yüklemektedir.¹⁴³ Bu bilgiler ışığında yukarıdaki örnek yeniden incelendiğinde, hibe anlaşmasını (pactum) yapmasına ve malı elden teslim (traditio) etmesine rağmen ius civile mülkiyetini nakletmediği gerekçesiyle malını geri almak için karşı tarafa istihkak davası (rei vindicatio) açtığı düşünülürse varsayılan olayın kurgusu daha anlamlı hale gelmektedir. Bu durumda zilyet olan davalının “exceptio rei donatae et traditae” adındaki defî hakkını ileri sürebileceği ifade edilmiştir.¹⁴⁴

İrade beyanındaki hata akit konusunun miktarına ilişkin ise (error in quantitate) işlem tamamen geçersiz olmayıp tereddütsüz miktar muteber kalır.¹⁴⁵ Şöyle ki Proculus (ö. MS I. yy)¹⁴⁶ ve Ulpianus’a göre bir kimse diğerine karz olarak belirli miktar para vermek üzere anlaşır sonra ona belirlediklerinden fazlasını teslim ederse o takdirde anlaşma (conventio) itibara alınır ve sadece akit sırasında belirlenen miktar karz kapsamında değerlendirilir. (Örneğin, dokuz altın üzerinde anlaşma sağlanıp on altın verilmesi.)¹⁴⁷ Şayet karz olarak anlaşma sağlanan miktar teslim edilenden az ise bu durumda teslim edilen (traditio) miktar dikkate alınıp sadece verilen kadarda akdin kurulduğu kabul edilir. (Örneğin, on bir altın üzerinde anlaşma sağlanıp on altın verilmesi.)¹⁴⁸ Her iki meselede de tereddütsüz miktar itibara alınmış ve sözleşmenin iki önemli unsuru olan birbirine uygun karşılıklı rıza (conventio) ve mülkiyeti devir için yapılan teslimin (traditio) birlikte bulunduğu kısımda akit geçerli sayılmıştır. Sözleşme veya teslimdeki

¹⁴² Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 126-127, 131.

¹⁴³ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 48-49.

¹⁴⁴ Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 68.

¹⁴⁵ Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 207.

¹⁴⁶ Sempronius Proculus, Klasik Hukuk Dönemi’nde ortaya çıkan iki hukuk okulundan kurucusunun Marcus Antistius Labeo olduğu “Proculiani” mektebinin adını kendisinden aldığı hukukçudur. Bu mektebin karşısında “Sabiniani” mektebi yer alır. Bk. Umur, *Roma Hukuk Dersleri*, s. 98; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 107, 171.

¹⁴⁷ Bu mesele, teslim alınan miktardaki malın iade edilmesi şeklindeki mutuum kuralının bir istisnası olarak kabul edilebilir. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 158. Fazla verilen miktar (örnekteki onuncu altın) yanlışlıkla verilmişse sebepsiz zenginleşme davasıyla (condictio sine causa) iadesi talep edilebilir. Bilerek verilmişse bunun bağış olarak değerlendirileceği söylenmişse de kişinin bu miktarı yanında bozuk olmadığı için vermiş olabileceğinden hareketle henüz geri verilmemiş olan onuncu altının yine sebepsiz zenginleşme davasıyla iadesinin talep edilebileceği belirtilmiştir. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 144; Atak, *Mutuum*, s. 83.

¹⁴⁸ D. 2, 14, 17; D. 12, 1, 11, 1; Atak, *Mutuum*, s. 81-82. Eksik verilen ama üzerinde mutabakat sağlanmış olan kısımda (örnekteki on birinci altın), real akitlerdeki teslim şartına uyulmadığı için akit hükümsüz sayılır ve verilenin üzerinde bir miktar hukuken talep edilemez. Şayet on altın teslim edilip on bir altının iadesi isteniyorsa ya on bir altının tamamı için ya da verilmediği halde istenilen sadece bir altın için ayrıca bir stipulatio yapılması gerekir. Atak, *Mutuum*, s. 83-84. Roma hukukunda faizin talep edilebilmesi için mutuum akdiyle birlikte ayrı bir stipulatio istenmesi buradan kaynaklanabilir.

daha az miktarın itibara alınmasının temelinde rızanın bulunduğu kısımla ilgili bir kesinlik arayışı bulunduğu düşünülmektedir.¹⁴⁹

İrade beyanındaki bozukluk hukuki işlemin muhatabında da (error in persona) olabilir. Hukuki işlemde taraflardan biri diğerinin kimliği hususunda yanıldığında işlemdeki tarafın kim olacağı hususunda bir irade uyuşmazlığı söz konusu olabilir. Fakat şahısta yanılma, daima esasa ilişkin bir bozukluk olarak değerlendirilmez. Hukuki işlemin yapılması kişiden kişiye farklılık arz ediyor ve işlemi tercihte işlemin yapılacağı şahıs önemli ise bu konudaki yapılacak olan hata esaslı bir bozukluk olarak değerlendirilir ve sözleşme hükümsüz olur. Örneğin, karz verilen kişi kredibilite ve alacağın tahsil edilebilirliği açısından önemli iken sadaka verilen şahsa pek ehemmiyet verilmez.¹⁵⁰ Malın maddesi üzerindeki yapılan hatanın (error in corpore) hukuki işlemi her zaman bâtil ve geçersiz kılacağı belirtilmişse de¹⁵¹ mutuumda durumun farklı olabileceği düşünülmektedir. Zira mutuumda ödünç verilen mal misli mallardan (res fungibiles) olduğu ve bu mallar da türü, kalitesi ve miktarı aynı olduğu müddetçe birbirinin yerini tutabildiği için parça borcu (species) yapılmadığı sürece bu malların maddesinde yapılacak hatanın işleme zarar vermeyeceği düşünülmektedir.¹⁵² Fakat ödünç verilecek malın türünde yapılacak bir hata akdi geçersiz kılmalıdır. Örneğin, para ödünçü verecekken arpa üzerinde anlaşılrsa bu işlemi geçersiz kılmalıdır. Bu arada hukuki işlemin ne tür bir hükümle sonuçlanacağı Roma hukukunun dönemlerine göre farklılık arz edebilir. Eski Hukuk Dönemi'nde şekilci anlayış daha ön planda olduğu için iç iradeler uyuşmasa bile şekil şartlarına uygun gerçekleştirilen irade beyanı hata sebebiyle hükümsüz sayılmazdı. Fakat Klasik Hukuk Dönemi'nde irade beyanı daha çok irade ve niyeti ortaya koymaya yönelik bir araç olarak telakki edildiği için irade uyuşması (consensus/conventio) ön planda tutulmuştur.¹⁵³

¹⁴⁹ Roma hukukunda bu kural “çok içinde azı da barındırır.” (in maiore minus inest) şeklinde ifade edilmiş olup akdin bir kısmındaki hükümsüzlükten geri kalan kısmının etkilenmeyeceği (utile per inutile non vitiatur) şeklinde bir anlayış mevcuttur. Kısmî butlan nazariyesinin temelinde bu anlayış yatmaktadır. Bk. D. 32, 1, 29, 1; D. 45, 1, 1, 5; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 158; Atak, *Mutuum*, s. 83 dn. 41. Bu kural fıkıhtaki “yakîn şek ile zail olmaz.” (اليقين لا يزول بالشك) ve “az olanı almak” (الأخذ بالمتيقن) şeklindeki ifadeleri akla getirmektedir.

¹⁵⁰ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 206.

¹⁵¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 206-207.

¹⁵² Belgin Erdoğmuş, *Roma Eşya Hukuku*, s. 9.

¹⁵³ Yüksel, “Hükümsüzlük Sistemi”, s. 120.

2. Ödünç Konusunun Mülkiyetinin Ödünç Alana Devredilmesi (Datio) ve Teslim (Traditio) Şartı

Roma hukukunda borçlandırıcı işlemten farklı olarak doğrudan mülkiyet hakkının devredilmesini veya başkasının malı üzerinde aynî hak kurulmasını sağlayan tasarruf işlemine “datio” denir.¹⁵⁴ Mutuumda akdin kurulmuş sayılması ve hukuk nazarında varlığının kabulü için sadece tarafların karşılıklı irade beyanları yeterli görülmemiş, bunun yanı sıra ödünç konusu malın mülkiyetinin taraflar arasında doğrudan devredilmesi de zarurî görülmüştür.¹⁵⁵ Mutuuma konu olabilecek olan mallar dikkate alındığında, Roma hukukunun bütün dönemlerinde bunların “res nec Mancipi”¹⁵⁶ olarak nitelendirilen mal türüne dahil olan misli (res fungibiles) ve tüketilebilen mallar (res quae usu consumuntur) olduğu görülecektir. Roma hukukunun bütün dönemlerinde bu tür menkul mallara (res mobiles) dair mülkiyet devrinin ise esasen teslimle (traditio) yapıldığı bildirilmektedir.¹⁵⁷ Zilyetliğin devri olarak da ifade edilebilecek olan traditio, “bir mal üzerindeki mülkiyet hakkından başkası lehine feragat etmek isteyen bir kimsenin, o malın mülkiyetini elde etmek isteyen kimseye bir hukuki sebebe dayanarak terk etmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁵⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere teslim yoluyla mülkiyet devrinin hukuken geçerli sayılabilmesinin birtakım şartları vardır. Bu kapsamda malı devreden malın maliki (dominus/proprietaryus) olması, fiil ehliyetine (facultas agendi) sahip olup mal üzerinde tasarruf yetkisine (ius abutendi) sahip olması, malı devreden devralana malı maddi olarak terk etmesi (traditio corpolaris), hukuk nazarında muteber olup teslimin dayanağı olan ve kendisi sebebiyle devreden ile devralan arasındaki mülkiyet intikalinin gerçekleştiği varsayılan bir hukukî sebebin (iusta causa traditionis) bulunması ve son olarak tarafların mülkiyet devri hususunda

¹⁵⁴ Roma hukukunun ilk dönemlerinde genel anlamda mülkiyet nakline “translatio rei”, MS III. yüzyıldan itibaren ise “translatio domini” denilmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 54, 213. Roma hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki fark teorik olarak açıkça ortaya konulmamışsa da köken itibarıyla bu hukuka dayanan Kara Avrupası hukuk öğretisi, Roma hukukunun konuya ilişkin pratik meselelerinden ve dağınık kurallarından yararlanarak medeni hukukun temeli olarak bu ayrımı ortaya koymuştur. Borçlandırıcı işlemler daha çok borçlar hukukunda, tasarruf işlemleri ise genellikle eşya hukukunda incelenir. Bk. Tahirioğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 184 dn. 117.

¹⁵⁵ Atak, *Mutuum*, s. 87.

¹⁵⁶ Res nec Mancipi: Roma hukukunun ilk dönemlerinde tarım toplumu için iktisadi açıdan önemli sayılan İtalya’daki araziler, arsalar, binalar, köleler, fil ve deve hariç büyük baş yük ve çeki hayvanları ile irtifak haklarına “res Mancipi”, bunlardan birine girmeyen mallara ise “res nec Mancipi” denilirdi. Bu dönemde res Mancipi olan malların mülkiyet devri Mancipatio ve in iure cessio ile, res nec Mancipi olan malların ise traditio (teslim) ile yapılırdı. Bu ayrım Post Klasik Dönemde önemini kaybetmiş, Iustinianus devrinde ise tamamen ortadan kaldırılarak bütün malların mülkiyet devri traditio ile yapılır hale getirilmiştir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 185.

¹⁵⁷ Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 6-7, 9, 10.

¹⁵⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 443.

iradelerinin uyuşması (consensus in animus tradendi et acquirendi) gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁹ Bu şartlardan son ikisine ilişkin bir kısım meseleler bir önceki başlık altında incelenmişti. Bu başlık altında ise mülkiyet devri sırasında malın maddi olarak (corpus) ödünç alana terk edilmesine dair şart tetkik edilecektir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde mülkiyetin devri (datio) koşuluna o denli ehemmiyet verilmiştir ki mutuuum kelimesinin etimolojik olarak “meo tuum”dan (benim olan senin) geldiği öne sürülmüş ve kelimenin kökeninde bulunan bu anlam gerçekleşmediği ve mülkiyet devri sağlanmadığı sürece mutuuum akdinin hukuken varlığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁶⁰ Mutuuumun kuruluşu için öngörülen mülkiyetin devri zorunluluğu, esasen sağlam bir dilsel temele dayanmayan bu sözde etimolojik açıklamadan kaynaklanmamaktadır. Bilakis insanlar arasındaki münasebetlerde varlığını sürdüren bu davranış biçimini hukuk bilimi ele alarak düzenlemiştir. Yani hukukçular, insanlar arasında mutuuum olarak nitelendirilen ilişkinin sadece ilk kullanma ile tüketilen mallarda gerçekleştirildiğini ve böyle bir malın karşı tarafa ondan yararlanması için verildiğini görmüş, bunun üzerine mülkiyet hakkının tazammun ettiği tüketerek kullanma hakkının (ius abutendi) hukuka uygun biçimde sadece malik tarafından kullanılabilceği ve tüketerek kullanımda bulunacak olan ödünç alanın mal üzerinde yapacağı eylemin bu yönden haksız olabileceği akla gelmiş, dolayısıyla da sadece tüketilerek yararlanılabilen bir malın karşı tarafa faydalanması için verilmesi durumunda, kişinin o maldan hukuka uygun biçimde ihtiyacını karşılayabilmesi için mülkiyet devrinin zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer taraftan malını bağışlamayıp sadece karşı tarafın ihtiyacını görme niyetinde olan ödünç verenin mülkiyet hakkı da tamamen göz ardı edilmemiş ve onu korumak amacıyla ödünç alan aldığıyla aynı cins, kalite ve miktardaki malı geri vermekle hukuk nazarında yükümlü tutulmuştur. Diğer taraftan ödünç vaadi olarak da ifade edilebilecek olan ileride ödünç vermeye dair yapılan anlaşma (pactum de mutuo dando)¹⁶¹ Roma hukukuna göre sadece bir ön sözleşme niteliğinde olup stipulatio¹⁶² yoluyla gerçekleştirilmediği sürece dava yoluyla talep edilebilecek bir borç oluşturmaz. Bu yüzden mutuuumda tarafların sadece

¹⁵⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 442-445; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 61, 71, 99, 173, 212; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 64-66.

¹⁶⁰ Atak, *Mutuuum*, s. 88.

¹⁶¹ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 150.

¹⁶² Stipulatio: Dar hukuk davalarıyla koruma altına alınan tek taraflı bir borç doğuran, Roma hukukunun ilk dönemlerinde sözlü, Iustinianus döneminden itibaren bir tür yazılı şekle tabi akit. Akitlerin tasnifinde sözlü akit (verbis contrahitur) başlığı altında incelenen en önemli borçlandırıcı işlem. Borç doğurma noktasında Roma hukukunun genel akit tipi olarak da nitelendirilir. Dava hakkıyla korunmuş bir borç (obligatio civilis) doğurabilmesi için vadin stipulatio şekline sokulması gerekirdi. Zira mücerret vadin (nuda promissio) borç doğurmayacağı kabul ediliyordu. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 172, 202.

irade beyanlarıyla değil, bunun yanı sıra bir de mülkiyetin devredilmesiyle mutuum akdi kurulmuş ve ödünç alanı iade borcu altına sokmuş sayılırdı.¹⁶³

Roma hukukunun en eski dönemlerinden itibaren mutuumda aranan ödünç konusunun doğrudan ve maddi olarak teslim şartı, belki de devlet sınırlarının genişlemesi ve ticari hayatın gelişmesiyle anlamsız bir kuralcılık olarak değerlendirilerek, genelde traditionun da geçerlilik şartlarından biri olmasına rağmen birtakım durumlara özel olarak esnetildi. Daha Klasik Hukuk Dönemi'nde malın maddi olarak teslimine gerek kalmadan sadece niyet unsuruyla mülkiyet devrinin gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmiş; farazî bir teslim (traditio ficta) olmasına ve fiilen intikal bulunmamasına rağmen teslim edenin mülkiyetten vazgeçtiğini belirtmesi ve alanın ise edinmek niyetinde olduğunu göstermesi ödünç konusunun mülkiyet devri için yeterli görülmüştür.¹⁶⁴ Mutuumla sınırlı olarak düşünüldüğünde bu istisnaî durumlar arasında saklama (vedia) sözleşmesi (depositum), vekaletsiz iş görme (negotiorum gestio), ikraz vekaleti/kredi emri (mandatum pecuniae credendae), havale (delegatio), mutabakat ödöncü, kıymet belirtme yoluyla ödünç ve contractus mohatrae sayılmıştır.

Mülkiyet devrinde şart koşulan teslim (traditio) sıradan bir elden ele vermekten ibaret olmayıp onu ayrıcalıklı kılan hususların başında zilyetliğin nakli gelmektedir. Roma hukukunda zilyetlik hakka ilişkin değil vakıaya ilişkin görölmüş, mülkiyetin (dominium/proprietas) eşya üzerinde kullanma, semerelerinden istifade etme ve tüketme veya onda tasarrufta bulunma yetkisi sağlayan bir hak ve hukukî bir egemenlik olduğu, zilyetliğin (possessio/usus) ise mal üzerindeki bir hak olmayıp sadece fiili bir hakimiyet durumu olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁵ Bu fiili hakimiyetin hukuki anlamda varlığını sağlayan ise biri zilyetlik niyeti (animus possidendi) olarak ifade edilen öznel ve manevî, diğeri ise maddî zilyetlik veya fiili hakimiyet (possessio corpore/tenere/corpus) olarak söylenen nesnel ve maddî olmak üzere toplam iki başat unsurdur. Bu iki unsurdan âdeta vazgeçilmez olanı zilyetlik niyeti olup¹⁶⁶ fiili hakimiyet ise bu niyetin bulunduğunu gösteren bir karine olarak değerlendirilmiş, farazi teslim gibi birtakım durumlarda yumuşatılabilmiştir. Bununla birlikte her zilyetlik, yani mala kendisi için sahip olma iradesi (animus rem sibi habendi/animus possidendi)

¹⁶³ Atak, *Mutuum*, s. 89-90.

¹⁶⁴ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 447-449; Atak, *Mutuum*, s. 91-92.

¹⁶⁵ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 122, 141; Belgin Erdoğmuş, *Roma Eşya Hukuku*, s. 15.

¹⁶⁶ Görünüşte zilyetlik niyeti bulunmamasına rağmen Roma hukukunda iğreti akdi (precarium), rehin (pignus), yediimine tevdi (sequestratio) ve uzun vadeli kira (emphyteusis) gibi birtakım işlemlerde zilyetliğin var olduğu söylenmiştir. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 125; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 462-463; Belgin Erdoğmuş, *Roma Eşya Hukuku*, s. 19-20.

mülkiyeti gerektirmezdi. Örneğin kötü niyetli zilyet olan hırsız (fur) malik olamayacağını bildiğini halde ona sahip olma arzusundan ötürü kendi adına zilyet sayılmıştır. Mülkiyet için ayrıca malik olma niyeti (animus domini) ve tabii ki haklı sebep gerekir. Diğer taraftan mal üzerindeki her fiili hakimiyet de zilyetlik olarak değerlendirilmemiş, zilyetliğin niyet (animus possidendi) şartı bulunmadığı için bir malı başkası (maliki) adına elinde bulundurmak niyetiyle (animus rem alteri habendi/animus tenedi) fiili egemenliği sağlamaya elde bulundurma (detentio/possessio naturalis), elinde bulundurana da vâzi‘u‘l-yed (detentor) denilmiştir. Kiracı (conductor), hizmet ve istisna akitlerinde iş gören (locator ve conductor), ariyet alan (commodatarius), vedia alan (depositarius), vekil (mandatarius/procurator) ve vekaletsiz iş görenin (negotiorum gestor/falsus procurator) mal üzerindeki fiili hakimiyeti bu kapsamda değerlendirilmiştir. Elde bulundurmada malın sahibi malik (dominus/proprietaryus) ve zilyet (possessor) olarak kalır ve zilyetliğini malı elinde bulunduran aracılığıyla kullanır.¹⁶⁷ Bir kimsenin elde bulunduran veya zilyet vasfının değişmesi veya bu sıfatı alması için sadece kendi iç iradesi ve fiili hakimiyeti yeterli olmayıp ayrıca bunun haklı bir hukukî sebebe dayanması gerekmekte, var olan durumu sırf iç irade ve niyetiyle değiştiremeyeceği kuralı mevcuttur.¹⁶⁸

Roma hukukunun daha Klasik Hukuk Dönemi’nde teslim (traditio) ve zilyetliğin devrinde şart koşulan maddî unsur gevşetilmiş ve bazı durumlarda malın maddi olarak yeniden verilmesine gerek kalmadan sadece niyet unsuruyla zilyetlik, dolayısıyla da mülkiyet devrinin gerçekleştirilebileceğine dair görüşler beyan edilmiştir. Bunlardan biri de kısa elden teslim (traditio brevi manu) durumudur. Zilyetliği devralacak kimse malı zaten elinde detentor sıfatıyla bulunduruyorsa malın malikinin rızasına dayalı muteber bir hukuki sebeple ve kendisinde oluşan zilyet olma iradesiyle o mal üzerindeki zilyetliği elde etmiş sayılıyordu. Esasen burada maddî unsur olan fiili hakimiyet başka niyetle olsa da önceden meydana geldiği için buna itibar edilip yok sayılmamış, sonradan oluşan zilyetlik iradesi buna eklenmiştir.¹⁶⁹

Konumuzla sınırlı olarak düşünersek yukarıdaki detentor grubundan karza konu olabilecek nitelikte bir malı zilyet olmayıp sadece elinde bulundurabilecek kimseler vedia alan (depositarius), vekil (mandatarius) ve vekaletsiz iş gören

¹⁶⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 124-125; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 458-461; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 18, 21-26.

¹⁶⁸ “Kimse zilyetliğinin hukuki sebebini kendisi değiştiremez.” (Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.) Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 129; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 22.

¹⁶⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 447-448; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 25-26.

(negotiorum gestor) olarak gözükmektedir. Böyle bir kimse elinde bulundurduğu miktarda bir para veya tüketilebilen bir misli malı mal sahibinden ödünç almak isteyip o da bunu kabul ettiğinde bu iki kişi aralarında gerçekleştirmek istedikleri mutuum akdinde mülkiyet devri için ne yapmalıdırlar? Mal sahibi ödünç isteyenin zaten elinde emanet olarak bulundurduğu malını ona ödünç vermek isterse, ödünç verilen malın mülkiyetinin maddeten devredilmesi şartından dolayı karşılıklı olarak teslim ve yeniden teslim (traditio ve retraditio) işlemlerine ihtiyaç var mıdır, yoksa kısa elden teslim yeterli sayılacağından dolayı böyle sureta bir el değiştirmeye ihtiyaç yok mudur? Iulianus, Africanus (ö. MS II. yy.)¹⁷⁰ ve Ulpianus gibi Klasik Dönem hukukçularına göre hem malı elinde bulunduranın elindeki malı ödünç olarak sahiplenme niyeti hem de bu hususta karşılıklı rızayla kurdukları ödünç sözleşmesiyle artık malı elinde bulunduran zilyet olmuş sayılır; bu yüzden karşılıklı bir teslim ve yeniden teslim işlemine gerek yoktur. Konuya dair bu hukukçulardan Digesta'da aktarılan metinlerde örnek olay vedia olarak saklanan para özelinde kurgulanmış olup bu amaçla elinde bir miktar para bulunduran kimsenin elindeki malı mal sahibinden ödünç almak istemesi ve mal sahibiyle ödünç sözleşmesi yapması durumunda mutuum akdinin kurulmuş sayılacağı, zilyetlik niyeti bulunduğu için elindeki paraların mülkiyetinin yeni bir teslim ihtiyacı olmaksızın ödünç isteyene geçeceği, mutuum davası olarak condictio açma hakkının ve hasar sorumluluğunun da ona ait olacağı ifade edilmiştir.¹⁷¹

İfada asıl olan borçlu tarafından yapılmasıdır. Bununla birlikte ifa, borçlu namına üçüncü bir şahıs tarafından da gerçekleştirilebilir ve bağış niyetiyle yapılmamışsa hibe olarak değerlendirilemez. Borçlunun haberi varken ödeme yapılmışsa burada bir vekaletin söz konusu olduğu kabul edilir. Şayet borçlunun haberi olmadan onun namına (yapılan masrafin sonradan iş sahibinden almak niyetiyle) bir ödeme yapılmışsa burada Roma hukukuna göre akit benzeri (quasi contractus) olarak vekaletsiz iş idaresi (negotiorum gestio) mevcut demektir. Burada tek taraflı bir işlem olmasına rağmen ilgili iki tarafı birbirine borçlandıran

¹⁷⁰ MS II. yüzyılda yaşamış olup Iulianus'un talebeliğini yapmış bir Roma Klasik Dönem hukukçusudur. Aynı yüzyılın sonlarına doğru öldüğü düşünülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 21; Atak, *Mutuum*, s. 99 dn. 119.

¹⁷¹ D. 12, 1, 9, 9; D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 97-100. Buna göre kişinin belirli bir miktar para verip muayyen bir malı satın alması için vekalet verdiği kimse, henüz bu işlemi gerçekleştirmeden elindekiyle aynı miktarda bir parayı müvekkilinden ödünç ister, müvekkili de vekaletten vazgeçip ona bu borcu vermeye rıza gösterirse burada da vedia olduğu gibi kısa elden teslimin muteber olup yeniden paranın teslimine ihtiyaç duyulmaması gerekir. Fakat müvekkile ait bir malı satması sonucunda vekil satış bedeli olarak elde ettiği paraların mülkiyeti dolaylı temsil kuralına göre öncelikle vekile geçeceğinden vekil bu paraların zilyedi ve maliki sayılmalıdır. Burada vekil müvekkile devretmek üzere elinde bulundurduğu bu paraları müvekkilden ödünç olarak almak isterse bu durumda kısa elden teslimin geçerli olup olmadığı araştırılmalıdır.

bir borç ilişkisi oluşur. Vekaletsiz iş gören ilgili işi salimen sona erdirmekle yükümlü olup lehine iş yapılan ise ona karşı yaptığı ödemeleri ve oluşan masrafları tazmin etme borcu altına girer.¹⁷² Şayet bir kimse kendi parasını üçüncü bir şahıs namına haberi olmaksızın başka birine ödünç verirse Klasik Hukuk Dönemi'nde Aristo (ö. MS II. yy.),¹⁷³ Iulianus ve Ulpianus gibi hukukçular tarafından burada bir mutuumun kurulduğu ve lehine iş görülen tarafından bir mutuum davası (condictio ex mutuo/condictio certae pecuniae/actio certae creditae pecuniae) açma hakkı doğacağı belirtilmiştir.¹⁷⁴ Burada da fiilen akde taraf olmamasına rağmen üçüncü kişiye, yani iş sahibine dava hakkı tanınmıştır. Roma hukukundaki borç ilişkisine taraf olmayanlar üzerinde doğrudan borç ve alacak hakkı doğmaması yönündeki prensip burada da işletilmemiş gözükmektedir. Zira bu prensibe uyulsaydı iş sahibi için sadece iş görene karşı bir dava (actio negotiorum gestorum directa)¹⁷⁵ açma hakkından bahsedilebilirdi. Şayet bu metinlerde bir interpolatio¹⁷⁶ yoksa akde taraf olmayan, hatta akit yaptığından haberi bile olmayan, dolayısıyla akit sırasında iradesi, rızası ve bu yönde beyanı bulunmayan birinin borç ilişkisine taraf yapıp alacak ve dava hakkının ona tanınması birçok açıdan akit sisteminin bir istisnası gibi gözükmektedir. Muhtemelen bu gibi yerlerde “icazet vekalet demektir” (ratihabitio mandato comparatur)¹⁷⁷ kuralı uyarınca iş sahibi haberdar olduktan sonradan işleme onay vermişse bunun o işlemi vekaletle dönüştürdüğü ve rızanın akdin başından itibaren bulunduğu düşünülmektedir.

Roma hukukunda kişinin kendi namına üçüncü bir şahsa karz vermesi için bir başkasına vekalet vermesine “mandatum pecuniae credendae” deniliyordu. Normal adı bir vekalet sözleşmesinde akit müvekkilin yararınayken bu vekalet türünde yarar ödünç alan üçüncü şahsa (mandatum aliena gratia) aittir. Hem bu yüzden hem de karzın aynı bir akit olmasından dolayı bu tür bir vekalette vekil, vekaleti yerine getirip ödünç vermek mecburiyetinde değildir. Bu sebeple müvekkil tarafından şahsına karşı “actio mandati directa” davası açılmaz.¹⁷⁸ Vekilin ödünç vereceği mal müvekkile ait olabileceği gibi vekilin kendisine de

¹⁷² Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 323-324, 381-383; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 133-135.

¹⁷³ Titius Aristo: İmparator Traianus zamanında (98-117) yaşamış olan Klasik Hukuk Dönemi hukukçularından. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 26.

¹⁷⁴ D. 12, 1, 9, 8; Atak, *Mutuum*, s. 95-96. Digesta'da bu parçanın sonunda Iulianus şöyle demiştir: “Borçlumuz olmasını istediğimiz kişilere bizim adımıza başkalarınca ödünç verilmesini her gün isteriz.”

¹⁷⁵ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 10; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 134.

¹⁷⁶ Interpolatio: Klasik Roma hukukunu zamanın hukuk anlayışına uydurmak amacıyla yazılı bir Roma hukuk metni üzerinde yapılan değişiklik. Digesta'nın yarısına yakın bir kısmının interpolatio yoluyla değiştirildiği iddia edilmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 95.

¹⁷⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 258; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 179.

¹⁷⁸ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 245-246.

ait olabilir. Vekilin ifayı kendi malından yapması ve karzı alan üçüncü şahsın aldığını iade etmemesi durumunda vekil öncelikle karzı alana mutuum davası olan “actio/condictio certae creditae pecuniae” davasını açar, şayet bu davaya rağmen alacağını elde edemezse bu sefer aradaki vekalet akdine binaen müvekkiline “actio mandati contraria” davasını açarak verdiğini geri isteyebilirdi.¹⁷⁹ Bu vekalet türü, şekle bağlı olmayıp hazır bulunmayanlar arasında da gerçekleştirilebilirdi. Farklı bir bakış açısıyla üçüncü şahsın borcunu teminat altına almak ve kefaletin (fideiussio) birtakım yükümlülük ve mahzurlarından kaçınmak amacıyla yapıldığı da söylenebilir. Bunula birlikte görünüşte kefalet işlevi gören bir akit olarak değerlendirilebilecek olan kredi emri ile kefalet akdi arasında birtakım farklar vardır. Kefalet akdi stipulatio yoluyla sözlü şekle tabi iken itibar emri şekle bağlı olmayan rızai bir akitir. Yine kefalet akdi var olan bir borç ilişkisi üzerine yapılırken kredi emri henüz doğmamış olan bir borcu konu edinir.¹⁸⁰

Ius civilede her borç ilişkisi kişisel bir bağ anlamı taşıdığı ve irade beyanını ortaya koyan taraflarla var sayıldığı için dolaylı temsil kabul edilmekte, dolayısıyla borç ilişkisinin borcu meydana getiren muamelelere bizzat katılmamış olan üçüncü şahıslar hakkında sonuç doğurması düşünülememekteydi. Bu yüzden hukuki işlemlerde herkesin kendi namına beyanda bulunması gerekmekteydi. Diğer bir ifadeyle akitten doğacak hak ve yükümlülükler doğrudan akdi yapan kimseyi ilgilendiriyordu. Akdin üçüncü bir şahıs hakkında hüküm ifade edebilmesi için akdi yapanın kendi üzerinde doğmuş olan alacak ve borçları özel bir işlemle temsil ettiği kimseye devretmesi gerekirdi.¹⁸¹ Bir vekalet, dolayısıyla temsil türü olan kredi emrinde de dolaylı temsil söz konusu olup talimata dayanarak vekil üçüncü bir şahsa ödünç verdiğinde iki borç ilişkisi ve akdin ortaya çıkacağı; vekil ile ödünç alan arasında bir karz akdi, vekil ile müvekkil arasında ise bir vekalet akdi söz konusu olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla karz akdinden doğan borç ilişkisindeki tarafın müvekkil değil doğrudan karzı veren vekil olacağı, alacağın ve dava hakkının

¹⁷⁹ Görüldüğü gibi dava hakkı her iki durumda da akde taraf olan vekile tanınmıştır.

¹⁸⁰ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 246; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 132; a.mlf., *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 319; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 120-121. Orta Çağ'da bu akde “mandatum qualificatum” da denilmektedir. Günümüz borçlar hukukunda ise buna “itibar/kredi emri” denilmektedir. Bk. TBK md. 515; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 132.

¹⁸¹ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 68; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 373; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 118; 160-161; Atak, *Mutuum*, s. 94. Üçüncü kişiler aracılığıyla hak kazanılamayacağı ve borç altına girilemeyeceğine dair Klasik Dönem hukukçuların sözleri için bk.: Gai. 2, 95 (Gaius); Sententiae Pauli, 5, 2, 2 (Paulus) D. 45, 1, 38, 17 (Ulpianus). Buna mukabil doğrudan ve vasitasız temsil ise praetor hukuku olarak bilinen ius honorarium ve ius gentiumda kabul edilmekteydi. Son olarak doğrudan temsil Pandekt hukuku ile genel şekilde kabul edilmiş olup ilgili modern görüşler Pandekt hukukuna dayanır. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 68-69.

onun üzerinde doğacağı, ödünç alanın da doğrudan vekile karşı yükümlü olacağı belirtilmiştir.¹⁸² Bu açıdan bakıldığında kredi emri kapsamında gerçekleştirilen ve ödünç verilen paranın vekile ait olduğu mutuum akdinde doğrudan ve maddi olarak teslim (traditio) şartının yerine geldiği düşünülmektedir. Fakat özellikle Pandekt hukukunda genel kabul gören doğrudan temsil ilkesi çerçevesinde aynı durum ele alınırsa, akdin bizzat tarafı olarak kabul edilen ve sonucunda alacak ve dava hakları kazanan ödünç veren müvekkilde teslim şartının aranmadığı söylenebilir.

Kredi emrine ilişkin Paulus'tan şu cümleler aktarılmıştır: “Benim onayımla [bir başkasına] ödünç para verirken, verdiğin paralar bana ait olmasa da dava açma hakkı bana aittir.”¹⁸³ “Eğer özgür bir insan, kendi parasından veya bizim paramızdan, bize ödenmek (geri verilmek) üzere bizim namımıza [bir başkasına] ödünç verirse ödünç verilen paradan doğan alacak hakkını bize kazandırmış olur.”¹⁸⁴ Birinci olayda kendini müvekkil olarak varsayan Paulus, kredi emri kapsamında vekilin üçüncü şahsa belirli bir miktar para vermesi durumunda, verilen paralar müvekkile ait olmayıp vekile ait olsa da, müvekkilin alacak hakkı, dolayısıyla da dava (actio)¹⁸⁵ yoluyla alacağını talep hakkı kazandığını ifade etmiştir.¹⁸⁶ İkinci meselede de kendisini müvekkil konumunda tasarlayan Paulus, özgür olup başkasının otoritesi altında olmayan kişinin üçüncü bir şahsa müvekkili adına ödünç vermesi durumunda, ödemeyi kendi parasından bile yapsa müvekkilin alacak hakkı kazanacağını belirtmiştir. Yine konuya ilişkin Ulpianus'tan şöyle dediği nakledilmiştir: “Şayet kendi paramı senden onay alarak senin adına [bir başkasına] veririm sen bir alacak hakkı kazanırsın.”¹⁸⁷ Bu meselede kendini vekil olarak farz eden Ulpianus, vekilin kendi parasını üçüncü bir şahsa müvekkili hesabına ödünç vermesi durumunda müvekkilin alacak hakkı kazanacağını bildirmiştir. Klasik Dönem hukukçularına ait bu açıklamalardan hareketle kredi emri vesilesiyle gerçekleştirilen mutuum akdinde dolaylı temsil ilkesine uyulmadığı, akde doğrudan taraf olmayan müvekkile alacak ve dava hakkı tanınarak âdeta doğrudan temsilin icra edildiği ve mutuum akdinin akde mübaşir olan veren ile alan arasında değil, namına verilen müvekkil ile ödünç

¹⁸² Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 319; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 118, 120.

¹⁸³ D. 12, 1, 2, 4; Atak, *Mutuum*, s. 95.

¹⁸⁴ D. 45, 1, 126, 2; Atak, *Mutuum*, s. 95.

¹⁸⁵ Buradaki “actio”dan maksat “actio certae creditae pecuniae” olmalıdır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 3.

¹⁸⁶ Fakat burada şöyle bir sorun vardır: Dolaylı temsil ilkesine göre dava açma hakkının karz akdine doğrudan taraf olmayan müvekkile değil vekile ait olması gerekir. Nitekim yukarıda da vekilin karz alan üçüncü şahsa karşı actio/condictio certae creditae pecuniae davası açabileceği belirtilmişti. Bu meselede ise dava hakkının müvekkile ait olduğu ifade edilmektedir.

¹⁸⁷ D. 12, 1, 9, 8; Atak, *Mutuum*, s. 95.

alan arasında kurulmuş sayıldığı iddia edilmiştir.¹⁸⁸

Roma hukukunda ifa esasen borçlu tarafından yapılabileceği gibi üçüncü bir şahıs tarafından da yapılabilir. Aynı şekilde kendisine ifade bulunulacak kişi borç ilişkisinin aslen tarafı olan alacaklı olabileceği gibi üçüncü bir şahıs da olabilir. Bu üçüncü şahıs, kanunî mümessil, vasi, vekil veya vekaletsiz iş gören olarak kendisiyle önceki borç ilişkisinin sona erdirilmediği bir kimse olabileceği gibi, kendisiyle stipulatio yoluyla yeni bir borç ilişkisinin kurulduğu havale ödeyicisi (delegatus) ve havale alıcısı (delegatarius) da olabilir. Roma hukukunda borç ilişkisinin (obligatio) kişisel bir bağ olma özelliği daha ön planda tutulduğu için, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi olarak aktif havale (delegatio crediti) ve pasif havale (delegatio debiti) işlemleri, eski borç ilişkisinin sonlandırılarak yerine yenisinin kurulması anlamındaki yenileme işlemi (novatio) yoluyla yapılabilmekteydi.¹⁸⁹ Böyle bir yenileme (novatio) işlemi için ise havale ödeyicisi (delegatus) ile havale alıcısı (delegatarius) arasında bir stipulatio (belirli sözlü şekilde yapılan taahhüt akdi) yapılması şart koşulurdu. Dolayısıyla Roma hukukunda havale işlemleri borcun yenilenebilmesi için ayrı bir stipulatio akdiyle yapılması gerekmekteydi.¹⁹⁰ Bu stipulatio ile aktif havalde havale alıcısı, havale

¹⁸⁸ Atak, *Mutuum*, s. 94. Müvekkilin, vekilde vedia (depositum) olarak bulunan kendi parasını üçüncü bir şahsa kendi namına ödünç vermesine dair kredi emri makul gözükmektedir. Vekil akde konu olan malı önceden maddi (corpus) olarak teslim almış ve o ana kadar vâziü'l-yed (detentor) olarak elinde bulundurmuştur. Bu vekaletten sonra ise vekil, zilyetliği ve tasarruf yetkisi müvekkile ait paraların mülkiyetini onun namına bir başkasına karz olarak teslim etmektedir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 105. (Burada vekilin bu vekaletten sonra vâzi'ü'l-yedliğinin (detentio) kısa elden teslimle zilyetliğe (possessio) dönüşmesi gerektiğine dair bir malumata rastlamadım. Şayet mutabakat ödünçünde olduğu gibi kendine ödünç almak isteseydi vedia da olduğu gibi burada da böyle bir dönüşümün kurgulanması gerektiği düşünülmektedir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 111.) Fakat vekaletsiz iş gören ile vekilin kendi mallarını iş sahibi ve müvekkilin adına üçüncü bir şahsa vermeleri, bunu da iş sahibi ve müvekkilin onaylaması durumunda ortaya şöyle bir durum çıkmaktadır: İş sahibi ve müvekkil, zilyetliği ve tasarruf yetkisi kendilerine ait olmayan bir mal üzerinde kendi namlarına işlem yaptırmış oluyolar. Halbuki bu durum: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.” (Hiç kimse, kendisinin sahip olduğu haktan fazlasını bir başkasına devredemez.) şeklindeki ilkeyle çelişik gibi durmaktadır. Özellikle alacak ve dava hakkının işlemin yapıldığı andan itibaren iş sahibi ve müvekkile ait olduğu söylendiğinde, görünüşte iş gören ve vekil kendi malını bir başkası adına üçüncü bir şahsa temlik etmiş, buradaki alacak hakkı iş sahibi ve müvekkile ait olduğu için de ödünç alan üçüncü şahıs tarafından iade de bunlara yapılacaktır. Burada şöyle sorular akla gelmektedir: İş gören ve vekilin başkasına ödünç verdiği para iş sahibi ve müvekkile iade edilecekse vekil malını hibe etmiş mi sayılacaktır, yoksa iş sahibi ve müvekkilden geri mi isteyecektir? Şayet ikinci şık seçilirse o zaman haklı olarak şöyle bir sual tevcih olunur: Gereksiz işlemleri azaltmak için kısa elden teslimi kabul eden Roma hukuku, sonuçta dolaylı olarak kendisine iade edilecek parayı, dolayısıyla da bununla ilgili alacak ve dava hakkını niçin ilk baştan iş gören ve vekile tanımamıştır? Acaba iş gören ve vekil iş sahibine ve müvekkiline önceden borçlu olup bu borçlarına mahsuben alacaklı olan iş sahibi ve müvekkil adına üçüncü bir şahsa karz vermeleri mi istenmektedir? Dolayısıyla burada havale (delegatio) mi söz konusudur?

¹⁸⁹ Roma hukukunda alacağın temlikli veya borcun üstlenilmesi mandatum agendi/procuratio in rem suam denilen dava vekaletiyle ve alacağın aile reisi veya bir başkası tarafından deftere kaydı demek olan transscriptio a persona in personam adındaki yazılı akitle de yapılabilirdi. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 275; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 320-321; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 56, 214; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 45.

¹⁹⁰ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 275, 290-293; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 320, 324; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 56, 142; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 170-173.

ödeyicisinin havale edene olan borcunu kendisine ödemeyi taahhüt etmesini havale ödeyicisinden istemekte ve havale ödeyicisi de bunu kabul etmektedir. Pasif havalede ise havale alıcısı, havale edenin kendisine olan borcunu havale ödeyicisinin üstlenmeyi taahhüt etmesini istemekte ve havale ödeyicisi de bunu kabul etmektedir.¹⁹¹ Her iki havale türünde havale alıcısının akit kapsamında (havale edenden aldığı ahzükabz (para tahsili yapma) yetkisi aracılığıyla) ifa edilen mala malik olacağına görüş birliği var iken bu mülkiyeti havale edenden mi yoksa fiilen teslimi gerçekleştiren havale ödeyicisinden mi devren aldığı hususu ihtilaflıdır. Doğrudan temsile benzer bir şekilde mülkiyetin doğrudan havale edenden havale alıcısına geçtiği görüş temelinde düşünülürse buradaki mülkiyet devrinin bizzat devreden tarafından maddi olarak gerçekleştirilmemesi durumu söz konusu olur. Zira havale eden, havale ödeyicisinin havale alıcısına fiilen verdiği malın ne zilyedi (possessor) ne de vâzi'ü'l-yedidir (detentor). Çünkü havale ödeyicisi ödemeyi kendi malından havale eden hesabına yapmakta, önceden elinde bulundurduğu havale edene ait bir mal ile ifayı gerçekleştirmemektedir.¹⁹²

Digesta'da Klasik Dönem hukukçularından Celsus,¹⁹³ Iulianus, Africanus ve Ulpianus'tan nakledilen parçalarda, kişinin havale (delegatio) sözleşmesi kapsamında üçüncü bir şahsa ödünç sağlaması için borçlusuna talimat vermesi ve buna istinaden de borçlunun üçüncü şahsa ödeme yapması ile mutuuum akdinin kurumuş sayılacağı ve üçüncü şahsın havale edene karşı borçlanacağı belirtilmiş, mülkiyet devrinin havale eden hesabına gerçekleştirildiğine ve alacak hakkının da ona ait olacağına işaret edilmiştir. Celsus'a atfedilen delegatio solvendi (ifa yoluyla havale) yorumuna göre, havale ödeyicisinin havale alıcısına yapacağı ödemenin iki hukukî sonucu vardır: Bu ödeme bir taraftan havale ödeyicisinin

¹⁹¹ Havale, eskiden var olan bir borç ilişkisindeki alacak hakkının üçüncü şahsa devri veya üçüncü şahıs tarafından borcun üstlenilmesi için yapılır. Yani havale akdinden önce alt bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Aktif havalede eskiden var olması gereken alt borç ilişkisinin tarafları alacaklı olan havale eden ile borçlu olan havale ödeyicisidir. Havale edenin, havale konusunu kazanmada havale alıcısını tercih etmesini gerektiren alt ilişki ise, havale edenin havale alıcısına olan eski bir borcunun ifası (causa solvendi) sebebiyle olabileceği gibi ona bağış yapmak (causa donandi) veya onu kendisine karşı borçlandırmak (casua credendi) maksadıyla da olabilir. Bu son olasılıkta mutuuum akdinden doğan bir borcun söz konusu olacağı düşünülmektedir. Pasif havalede ise eskiden var olması gereken alt borç ilişkisinin tarafları alacaklı olan havale alıcısı ile borçlu olan havale edendir. Havale edenin, havale ödeyicisinden ödeme yapmasını istemesinin sebebi olan alt ilişki ise, havale ödeyicisinin havale edene olan eski bir borcunun ifası (causa solvendi) olabileceği gibi ona bağış yapmak (causa donandi) veya onu kendisine karşı borçlandırmak (casua credendi) maksadıyla da olabilir. Yine bu son olasılıkta mutuuum akdinden doğan bir borcun söz konusu olacağı düşünülmektedir. Ayrıca bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 170-173.

¹⁹² Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 293; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 449; Atak, *Mutuuum*, s. 106.

¹⁹³ Publius Iuventius Celsus: İkinci yüzyılın birinci yarısında yaşamış olup Proculiani mektebinin önde gelen Klasik Hukuk Dönemi hukukçularından biriydi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 36; Atak, *Mutuuum*, s. 106 dn. 155.

havale edene olan eski borcunun bir tür ifası, diğer yandan ödünç veren statüsünde olan havale edenin ödünç almak isteyen havale alıcısına karşı başkasının eliyle yerine getirdiği, böylece onu iade borcu altına soktuğu bir ödemedir.¹⁹⁴ Iulianus ve Africanus da kişinin üçüncü bir şahsa ödünç olarak borçlusundan para alması için yetki vermesi durumunda mutuuum akdinin bu şekilde kurulabileceğini söylemişler ve bunun hoşgörü gereği böyle kabul edildiğine dikkat çekmişlerdir.¹⁹⁵ Ulpianus ise para ödünçüne ilişkin istisnâî hukuk kurallarından birinin de kişinin borçlusuna ödünç olarak belirli bir miktar parayı üçüncü bir şahsa verme talimatı olduğunu belirtmiş, bu kapsamda verilen paraların havale edenden alınmamış olsa da ona karşı borçlanılmış olacağını ifade etmiştir.¹⁹⁶

Peki ödünç verme havale gibi üç taraflı bir işlemde değil de sadece iki kişi arasındaki ödünç kurmaya elverişli bir malı verme borcunu ihtiva eden borç ilişkisinde gerçekleşirse Roma hukukuna göre aynı teslim şartı yerine getirilmeyen mutuuum akdi kurulmuş sayılır mı? Örneğin, birinin diğerine ödünç dışındaki bir sözleşmeden dolayı para verme borcu olsa, borçlu da alacaklısından bu borcunu ödünç olarak elinde tutmayı istese ve alacaklı bu isteği kabul etse Roma hukukunda bu kişiler arasında maddî teslim şartına uyulmamasına rağmen ikili datio kurgusuyla mutuuum akdi kurulmuş sayılabilir mi?¹⁹⁷ Klasik Dönem Roma hukukçuları arasında bu hususta fikir ayrılığı bulunduğu aktarılmaktadır. Bir vekil müvekkilinin borçlularından para tahsil ettikten sonra, vekalet gereği müvekkiline devretmesi gereken elindeki parayı ondan belirli bir miktar faiz

¹⁹⁴ D. 24, 1, 3, 9-13; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 159; Atak, *Mutuuum*, s. 106-107. Ulpianus'un buna benzer şekilde bir ikili datio kurgusu vardır. Bk. Atak, *Mutuuum*, s. 112. Celsus'un havaledeki ifayı iki aşamalı olarak anlatımı şöyle düşünülebilir: Havale alıcısı havale ödeyicisinin kendisine yapacağı ifayı öncelikle, havale edenden aldığı tahsil için temsil yetkisine dayanarak havale eden namına teslim alır. İkinci etapta havale eden namına teslim aldığı bu parayı ondan vekaleten yine kendisine ödünç verir. Fakat buradaki şöyle bir sorun vardır: Havale alıcısı tahsil için temsil yetkisine dayanarak kabul etmiş olduğu ifa sonucunda elinde bulunan parayı havale eden namına almış olsa da dolaylı temsil kuralı yüzünden bu paraların mülkiyetinin öncelikle kendi hesabına geçmesi gerekir. Dolayısıyla ikinci aşamada kendi mülkiyetinde olan bir parayı havale edenden vekaleten kendisine verebilmesi bu açıdan sıkıntılı durmaktadır. Bu meselenin çözümünde doğrudan temsil kuralı işletilir ve tahsil yetkisi kapsamında havale alıcısının kabul ettiği paraların mülkiyetinin doğrudan havale edene devredildiği kabul edilirse bu durumda havale alıcısının elindeki paralar emanet olacağından bunu havale edenden vekaleten kendisine vermesi daha tutarlı gözükmetedir. Bu durumda Celsus'un iki aşamalı ifa formülü dolaylı temsil kuralının bir tür istisnası olarak değerlendirilebilir.

¹⁹⁵ D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuuum*, s. 104-105, 114-116.

¹⁹⁶ D. 12, 1, 15; Atak, *Mutuuum*, s. 103-104.

¹⁹⁷ Alman borçlar hukukunda herhangi bir sözleşmeden doğan misli eşyaya ilişkin verme borcunun tüketim ödünç sözleşmesinden doğan bir geri verme borcuna dönüştürülmesi "vereinbarungsdarlehen" olarak adlandırılmakta ve bu bir tür borç yenileme (novatio) olarak kabul edilmektedir. Bk. Işık Önay, "Türk Borçlar Hukukunda Yenileme" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014), s. 39, 118. Bu ödünç türü Türkçe literatürde "mutabakat ödünçü" şeklinde isimlendirilmiştir. Bk. Atak, *Mutuuum*, s. 110.

karşılığında ödünç almak istediğini anlatan bir mektubu müvekkiline yollarsa Iulianus ve Africanus’a göre bu ödünç işleminin maddi teslim şartı bulunmadığı için kurulmamış sayılacağı, dolayısıyla mutuumdan doğan davayı açma hakkına sahip olmayacağı ve elindeki paraların hasar sorumluluğunun vekile ait olacağı,¹⁹⁸ fakat müvekkilin vekaletten doğan “actio mandati directa” adlı dava ile vekilden belirttiği miktar faizi talep edebileceği¹⁹⁹ aktarılmıştır. Bu olaya benzer şekilde maddi teslim şartının gerçekleşmemesine rağmen mutuum akdinin kurulmuş sayıldığı farklı örneklerle karşılaştırma yapan Africanus, vediada saklamak için bırakılan paraların ödünç sayılmasına, paraları elinde bulunduran (detentor) saklayanın kısa elden teslim yoluyla zilyet (possessor) olup paraların mülkiyetini devren elde ettiğini gerekçe göstermiştir. Diğer yandan havale edenin üçüncü bir şahsa borçlusundan kendi adına ödünç alması hususunda yetki vermesi (delegatio) ve üçüncü şahsın buna dayanarak borçludan ödünç alması durumunda ödünç akdinin kurulmuş sayılmasını ise yardımlaşma ilkesi gereği genel kuralın bir istisnası olarak değerlendirmiştir.²⁰⁰

Ulpianus ise meseleyi havaleye kıyas etmiş ve orada ödünç verenden başka iki kişi arasında kabul edilen bir hükmün tek ve aynı kişi için de kabul edilebileceğini ifade etmiştir.²⁰¹ Kişi kendisinden ödünç isteyen birini borçlusuna yollayıp kendisine olan borcunu bu kişiye ödemesini söyler ve bu yönde ona talimat verirse paralar bizzat ödünç verenden alınmamış olsa da mutuum akdi istisnaî olarak kurulmuş sayılır. Aynı şekilde vekalet hasebiyle müvekkili adına tahsilat yapıp ona para borçlanmış olan bir kimse de söz konusu miktardaki paranın kendisinde bir süreliğine ödünç kalması hususunda müvekkiliyle anlaşırsa para önce müvekkile verilmiş, sonra da vekile devredilmiş sayılarak²⁰² mutuum akdinin kurulduğu kabul edilmelidir.²⁰³

¹⁹⁸ Buradaki paraların hasar sorumluluğunun vekile ait sayılması muhtemelen, Roma hukukunda vekaletin dolaylı temsil olarak itibara alınması ve paraların mülkiyetinin öncelikle vekile geçtiğinin düşünülmesidir. “Casum sentit dominus” (Beklenmedik halin sonuçlarına malik katlanır.) veya “res perit suo domino” (mal, maliki namına telef olur.) Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 154; Atak, *Mutuum*, s. 150. Şayet paraların mülkiyeti vekile değil de müvekkile ait kabul edilseydi hem doğrudan temsil söz konusu olurdu hem de buna göre vekilin elindeki paralar müvekkile ait olduğundan buradaki olayın vediadakinden farklı olmaması gerekirdi. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 140-141.

¹⁹⁹ Ödünç sözleşmesi kurulmamış sayılmasına rağmen vekalet davasıyla faizin niçin talep edilebileceği tam olarak anlaşılammakla beraber, Roma’da mutuumun faizsiz bir akit olması ve faiz için ayrı bir anlaşma yapılması gerektiği için mutuum geçersiz sayılsa bile bu şart kapsamında faiz taahhüdünün geçerliliğini devam ettirdiği düşünülebilir.

²⁰⁰ D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 113-115.

²⁰¹ Havalede olay havale edeyicisi ile havale alıcısı olarak iki farklı kişi arasında cereyan ederken mutabakat ödünçünde müvekkile borçlu olan ve ondan ödünç almak isteyen aynı kişidir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 112.

²⁰² Burada Celsus’tan nakledilen delegatio solvendi (ifa yoluyla havale) ve ikili daito kurgusu akla gelmektedir.

²⁰³ D. 12, 1, 15; Atak, *Mutuum*, s. 111. Literatürde, Ulpianus’tan naklen Digesta’da yer alan bu görüşün eski Alman Medeni Kanunu’ndaki (BGB md. 607/II) “vereinbarungsdarlehen” (takas/mahsup/mutabakat

Görüldüğü gibi Iulianus ve Africanus'a göre, ödünç verilecek mal ödünç verecek kişinin mülkiyetinde ise *vediada* olduğu gibi *aynî* olarak teslim edilmese bile doğrudan ödünç isteyen mülkiyetine bir türlü devredilmesi, şayet mal ödünç verecek kimsenin mülkiyetinde değilse *havaledede* olduğu gibi talimatı doğrultusunda üçüncü biri tarafından ödünç veren hesabına olacak şekilde maddî olarak verilmesi gerekmektedir. *Vediada* malı elinde bulunduran malik sayılmadığı ve anlaşmayla elindeki malın mülkiyetini kısa elden teslimle devraldığı için, maddi teslim unsuru gevşetilmiş olsa da mülkiyet devri (*datio*) mal sahibi tarafından gerçekleştirilmiş ve bu açıdan genel kurala uygun hareket edilmiştir. Fakat *havaledede*, ödünç isteyen *havale* alıcısına yapılacak olan ifade verilecek olan malın maliki ödünç veren olmayıp ödünç verenin borçlusu konumunda olan *havale* ödeyicisidir. Burada hem maddî olarak teslim şartı esnetilmiş hem de bizzat ödünç veren tarafından mülkiyet devri gerçekleştirilmeyerek genel kurala uyulmamıştır. Africanus'a göre *havaledede* genel kurala uyumsuzluk daha fazla olmasına rağmen bunun göz ardı edilmesi ve bu şekilde bir *mutuum* akdinin kurulmuş sayılması iyilikseverlik ve yardımlaşma ilkesi gereği genel kuralın bir istisnasıdır.²⁰⁴

Iulianus ve Africanus'un verdiği örnekte ise buna aykırı bir kayıt vardır: Örnekte vekil, müvekkilinin borçlularından tahsilat yaptıktan sonra tahsil ettiği kadar parayı ondan belirli bir miktar faiz karşılığında ödünç almak istediğini mektupta belirtmiştir. Esasen yardımlaşma anlamı içeren *mutuum* akdinde faizin şart koşulmasıyla bu özellik yitirilmiş olup işlem tam olarak bir parasal ticarete dönüşmüştür. Iulianus ve talebesi Africanus, *havaledede* faizsiz ödünçte iyilikseverlik gereği bunu genel kuralın bir istisnası olarak görmüşlerse de bu anlamın bulunmadığı faizli ödünçte genel kuralı işletmeyi daha uygun görmüşlerdir. Nitekim bu görüşün aktarıldığı *Digesta* metninin devamında, kendisinden ödünç para istenilen birinin ödünç isteyene satması (ve satış sonucunda elde edeceği parayı ödünç olarak muhafaza etmesi) için gümüş külçesi vermesi şeklinde bir işlem Africanus tarafından delil olarak gösterilmiş ve burada olduğu gibi söz konusu meselede de *mutuum* akdinin kurulmuş sayılamayacağını ifade etmiştir.²⁰⁵ Bu işlem ise daha çok gizli bir tefecilik faaliyeti olarak görülmüştür.²⁰⁶ Ulpianus'tan nakledilen örneğe bakılacak olursa orada herhangi

ödünç) adlı borç yenileme türüyle ilgili hükmün temelini oluşturduğu öne sürülmüştür. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 112 dn. 178.

²⁰⁴ D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 113-115.

²⁰⁵ D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 115.

²⁰⁶ Atak, *Mutuum*, s. 131.

bir faizin şart koşulmadığı görülecektir.²⁰⁷ Birinde açıktan diğerinde gizli olmak üzere her iki işlemde de faizin söz konusu olmasından ötürü Africanus'un her iki meselede de olumsuz kanaat belirttiği ve havaledeki ödünçte olduğu gibi toplumsal yardımlaşmanın yaygınlaştırılması ilkesine binaen genel kuraldan yapılan istisnaya bu meselelerde itibar etmediği düşünülmektedir. Bu düşünceye göre esasen Iulianus ve Africanus ile Ulpianus arasında esasa dayalı bir görüş ayrılığı bulunmamakta, yardımlaşma maksadının bulunup faizin söz konusu olmadığı yerde herkese göre ikili datio kurgusuyla mesele çözümlenebilmektedir.

Aralarında önceden bir borç ilişkisi bulunmayan iki kişiden biri, kendisinden para ödünç isteyeneye para yerine misli veya gayrimisli bir malı verip geri ödemeyi belirledikleri bir fiyat üzerinden nakit para olarak yapmasını karşı tarafa şart koştuğunda, burada bir mutuum akdinden söz edilebilir mi? MS III. asırda yaşamış olan Klasik Dönem Roma hukukçusu Paulus'tan aktarıldığına göre, bir hukukî işlemin mutuum olabilmesi için verilen malın aynen değil fakat aynı cins, kalite ve miktardaki bir benzerinin verilmesi söz konusu olmalıdır. Şayet başka cinsten bir şeyin verilmesi kararlaştırılacak olursa, kararlaştırılan misli mal olsa bile burada mutuum akdinden bahsedilemez.²⁰⁸ Buna göre verilen ile ödeme konusu farklı cinsten olduğu için esasen bu meselede mutuum akdinden değil, satış (emptio venditio) sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir. Fakat Roma hukukunun Klasik Sonrası Dönemi'nde Doğu ve Batı Roma İmparatorluğu'nun müşterek hükümdarları olan Diocletianus (ö. 311) ve Maximianus'un (ö. 310) Codex'te yer alan emirnamesine (= lex) bakıldığında, yukarıdakine benzer bir durumda tarafların arasında belirtilen miktardaki paranın talep edilebileceğini söyleyerek bir bakıma böyle bir mutuum akdinin hukuken muteber olduğuna işaret edilmiştir.²⁰⁹ Nitekim o dönemde bu emirnameye göre alacaklı konumundaki kişinin, para yerine verdiği mala istinaden borçluya karşı ödünç iadesi için açılan muayyen para borcu davasını (actio certae creditae pecuniae) açabildiği ve verilen malın hasar sorumluluğunun alana ait olduğu aktarılmaktadır.²¹⁰ Bu da para yerine başka bir malın verilmesiyle mutuum akdinin kurulduğunu yaklaşık olarak göstermektedir.²¹¹ Fakat mesele

²⁰⁷ D. 12, 1, 15; Atak, *Mutuum*, s. 111.

²⁰⁸ D. 12, 1, 2, pr.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162; Atak, *Mutuum*, s. 153.

²⁰⁹ Codex 4 2, 8; Atak, *Mutuum*, 128.

²¹⁰ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162.

²¹¹ Bu emirnamede geçen meseleye dikkatlice bakıldığında, kişi kendisinden para ödünç isteyeneye bunun yerine misli veya gayrimisli bir malı verip ödemeyi aralarında belirledikleri bir fiyat üzerinden nakit para olarak yapmasını şart koştuğu gibi bunun yanı sıra stipulatio akdiyle yasal faiz oranının üzerinde bir faiz ödemeyi de taahhüt etmektedir. Emirname böyle bir durumda anapara ile sadece aylık yüzde bir olan yasal faiz oranının yasal yolla talep edilebileceğini bildirmektedir. Bk. Codex 4, 2, 8; *The Code of Justinian*, Samuel Parsons Scott (çev.), https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ4_Scott.htm#2

inceltildiğinde mutuum akdi aslında malın verilmesi esnasında değil, bir önceki meselede olduğu gibi mevcut bir borcun ödünç borcuna dönüştürüldüğü anda meydana geldiği ifade edilmiştir. Zira verilen mal ödünç konusunu oluştursun diye verilmemiş, ödünç konusunun oluşmasında araç olarak kullanılmıştır. Yani işlem aşamaları ayrıldığında önce para yerine belirlenen bir miktar karşılığında verilen mal ödünç isteyene satılmakta ve sonuçta satış bedeli borcu tahakkuk etmekte, sonra oluşan bu satış bedeli borcu tarafların rızasıyla ödünç borcuna dönüştürülmektedir.²¹²

Aynı mesele Klasik Dönem Roma hukukçularına göre değerlendirilirse bir kısım Roma hukuku araştırmacısına göre, bir önceki meselede olduğu gibi Iulianus ile Africanus bu şekilde bir ödünç kurulmuş saymayacak, Ulpianus ise buna olumlu yaklaşacaktır.²¹³ Fakat Friedrich Ludwig von Keller (ö. 1860) ve Philipp Eduard Huschke (ö. 1886) gibi diğer bir kısım romanist ise Ulpianus’a göre başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülebilmesi için alacaklıya ait paranın parça olarak borçlunun elinde fiilen bulunması gerektiğini, dolayısıyla onun da bu meselede diğerlerinden farklı düşünemeyeceğini öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre Ulpianus’u bir önceki meselede olumlu yönde görüş belirtmeye sevk eden unsur, müvekkil adına tahsil edilen paraların vekilin elinde bir tür

(19.05.2024). Buna göre örnekte para yerine verilen malın değerinin piyasadakine uygun biçimde belirlendiği anlaşılmaktadır. Zira eğer malın belirtilen değeri piyasadakinden fazla olsaydı alacaklı konumundaki kişi ayrıca bir stipulatio ile faiz taahhüdü alma külfetine girmezdi. İşte tam burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Meselede geçen işlemten doğan borç neden sadece satış işleminden (emptio venditio) doğan bir borç olarak değerlendirilmeyip ayrıca bunun bir de ödünç borcuna dönüştürüldüğü düşünülmektedir? Zaten malı veren kişi, malın değerini kuvvetle muhtemel piyasadakine eşit bir şekilde belirleyip bir de faiz isteyince, sonra da bu satış işleminden doğan alacağını böyle bırakmayıp ayrıca ödünç (mutuum) olarak yenileyince (novatio) bundan ne gibi bir fayda elde etmektedir? Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162; Atak, *Mutuum*, s. 127. Burada malı veren kişinin verme niyeti ve nedeni rol oynamış olabilir. Şöyle ki kişi kendisinden para ödünç istenilip bunun yerine mal verirken malı, takdir edilen miktarda parayı borç olarak doğursun diye (causa credendi) vermektedir. Nitekim böyle bir ödünç isteği olmasa o kişinin malını satma niyeti de söz konusu değildir. Muhtemelen bundan dolayı malı vermesindeki sebep ifa sebebi (causa solvendi) olamaz.

²¹² Literatürde Ulpianus’tan aktarılan ve aile evladına parasal ödemenin yapılmadığı bir hukuki işlemten alacaklı durumda olan kişinin alacağını stipulatio yoluyla ödünç kaynaklı bir alacağa dönüştürmesi şeklinde özetlenebilecek mesele, mutuum kapsamında ele alınmış olsa da kanaatimizce bu yerinde değildir. Zira aktarılan örnekteki para ödenmeyen bir hukuki işlemten doğan borç, stipulatio yoluyla taahhüt ettirilmesiyle artık mutuum değil stipulatio kaynaklı bir borca dönüşür. Dolayısıyla meselenin metninde her ne kadar “burada bir para ödünç olmasına rağmen...” geçse de bu teknik ve hukuki açıdan değil, vardığı sonuç itibarıyledir. Krş. D. 14, 6, 3, 3; Atak, *Mutuum*, s. 129.

²¹³ Ulpianus’un Nerva’dan aktardığı ve kendisinin de katıldığı, sonradan contractus mohatrae olarak adlandırılacak olan benzer bir meselede (D. 12, 1, 11, pr.) faiz belirlenmemiş ve kişinin malı satma düşüncesi yoksa hasar sorumluluğunun ödünç isteyene ait olması, faiz belirlenmişse veya malı satma düşüncesi önceden varsa hasarı ödünç verenin karşılaması gerektiği geçmekte ve Zimmermann da bunu Codex metnindeki meselenin çözümü olarak sunmaktadır. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162. Şayet mutuum para dışındaki malın verilip satış bedeli borcunun ödünce dönüştürülmesiyle kurulmuş sayılırsa o takdirde hasar sorumluluğu böyle bir ayırma gerek kalmaksızın ödünç isteyene geçmelidir. Zira Codex örneğinin kurgusuna göre ödünç satışa gerek kalmaksızın gerçekleşmiş ve mal artık ödünç isteyeninin olmuştur.

emanet (depositum=vedia) hükmünde olmasıdır. Bundan dolayı Ulpianus da diğerleri gibi, satıştan doğan semen borcu gibi borçlunun alacaklısına ödeyeceği parayı fiilen elinde bulundurmadağı bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesini kabul etmezdi. Zira Ulpianus kendisinden aktarılan örnek meselede, ödünç isteyen elinde bulundurduğu paranın -muhtemelen ahzükabz yetkisi sayesinde- önce alacaklıya devredildiğini, sonra ondan ödünç isteyene geçeceğini ifade etmiş ve meseleyi farazi bir ikili datio kurgusuyla çözmüştür. Bu da böyle bir işlemde mülkiyet devri yapılacak olan paranın elde maddi olarak bulundurulmasını gerektirir.²¹⁴ Diğer taraftan mülkiyetin konusunun esasen maddi mal (res) olması ve mülkiyetin devrinde malın maddi olarak (corpus) naklinin gerektiği göz önüne alınacak olursa sadece alacak hakkı üzerinden bir ödünç sözleşmesinin kurulamayacağı açıktır.²¹⁵ Yine mevcut bir borcun, miktarı ve/veya niteliğinin değiştirilmemesine rağmen doğasında faiz (usuruae)²¹⁶ ve infisahî vade (dies ad quem)²¹⁷ şartını bulundurmayan mutuuum akdinden²¹⁸ doğmuş bir borca dönüştürülmesinde ne gibi bir fayda olduğu da tam olarak anlaşılamamaktadır. Şayet faiz veya vade şartının eklenmesi için böyle bir işlem düşünülmüşse stipulatio veya başka bir yolla diğer borç türlerine de bunun eklenmesi mümkündür. Hatta alım satım akdi hüsnüniyet davası doğuran akitlerden olması hasebiyle, burada faizin talep hakkı doğuracak şekilde şart koşulabilmesi için ayrı bir stipulatio yapma külfetine girmeye lüzum olmayıp pactum ile de bu yapılabilirdi.²¹⁹ Ayrıca stipulatio ile yapılan yenilemeye anaparanın ödenmesi de katılacak olursa burada esasen bir mutuuum borcundan değil, sözlü şekle tabi olan stipulatio akdinden doğan bir borçtan bahsedilmesi gerekir.

Bilindiği gibi real bir kontrat olan mutuuum akdinin kurulabilmesi için verilen malın misli mallardan (res fungibiles) olması, ödünç vermek üzere mülkiyetini devretme niyetiyle verilmesi ve maddeten teslim edilmesi şartlarının yanı sıra verilen malla aynı cins, kalite ve miktardaki bir benzerinin iadesi edilmesi, verilenden başka türde bir malın geri ödenmesinin şart koşulmaması gerekmektedir.²²⁰ Fakat kişinin kendisinden para ödöncü isteyen birine, o anda yanında para bulunmaması gibi bir nedenle, üçüncü bir kimseye satıp elde edeceği satış bedelini ödünç olarak kullanması koşuluyla para yerine misli veya

²¹⁴ Atak, *Mutuuum*, s. 111, 123, 125.

²¹⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 444; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 50; Atak, *Mutuuum*, s. 136.

²¹⁶ Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 219.

²¹⁷ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 196; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 58.

²¹⁸ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 154; Atak, *Mutuuum*, s. 160, 174.

²¹⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 263.

²²⁰ D. 12, 1, 2, pr.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162; Atak, *Mutuuum*, s. 153.

gayrimisli bir mal verdiği örnek olayda mutuum akdinin varlığından söz edilip edilmeyeceği hususunun Romalı hukukçular arasında ihtilaflı olduğu aktarılmıştır. Klasik Dönem hukukçularından Iulianus ve Africanus'tan aktarılan örneğe göre, ödünç para vermek isteyen bir kimse karşı tarafa para yerine üçüncü bir şahsa satması ve elde edeceği satış bedelini ödünç olarak kullanması için gümüş kâse veya gümüş külçesi²²¹ verirse, bu şekilde mutuum akdi kurulmamış sayılacağı için söz konusu kişi gümüşü alana karşı ödünce özel davayı (actio certae creditae pecuniae) açamayacaktır. Fakat malın satılmasından elde edilen paranın zayi olması durumunda hasar sorumluluğu -ödünç sözleşmesi oluşmamış olsa bile- gümüşü verene değil gümüşü alan tarafa aittir.²²² Buradan hareketle²²³

²²¹ Africanus'tan aktarılan Latince metinde "argentum" yani "gümüş" kelimesi geçmektedir. Bk. D. 17, 1, 34, pr.; Codex 4, 2, 8; Atak, *Mutuum*, s. 114, 128. Bununla gümüş sikkenin kastedilmemesi gerekir. Zira örnekte ödünç olarak istenilen para (pecuniam) olup gümüş sikke de bir paradır. Burada bu kelimeyle muhtemelen ya gümüşten yapılmış gayrimisli bir eşya ya da gümüş külçesi kastedilmektedir. Nitekim Bülent Tahiröglü ve Belgin Erdoğan, Africanus'tan aktarılan bu metindeki "gümüş"ü "gümüş kâse" olarak açıklamışlardır ki Latince kelime bu anlama da gelmektedir. Bk.: Lewis and Short, *A Latin Dictionary*, s. 158; Tahiröglü ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133 dn. 5, s. 138. Örnekte kişinin istediği ödünçün para olduğu ve örneğin ise gümüş külçesinin doğrudan para olarak kullanılmadığı bir dönem için varsayılması gerektiği, dolayısıyla ödünç isteyeninin istediği dışında bir malın kendisine verildiği göz önüne alınsa bile, tartılarak kullanılan gümüş külçesinin misli mal olarak ödünce elverişli olduğu düşünüldüğünde "gümüş külçe" anlamının meseleye uygun olmadığı akla gelmektedir. Zira verilen mal misli ise mutuum onunla niçin kurulamasın? Fakat meselenin kurgusu, para ödünç istenilen bir durumda onun dışındaki misli bir malın verilmesi ve bu şekilde mutuum akdinin kurulamayacağı şeklinde de olabilir. Çünkü Africanus gibi hukukçuların mutuum akdinin bu şekilde kurulamayacağını söylemeleri, Paulus'tan aktarılan verilen misli mal olsa bile ödememin başka bir malla yapılması şart koşulduğunda mutuum akdinin gerçekleşmeyeceği görüşüyle izah edilebilir. Bk. D. 12, 1, 2, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 153; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 154-155, 200-201.

²²² D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 115, 132. Mutuum akdinin bu şekilde hukuken var sayılamayacağı görüşünde olmasına rağmen Africanus'un hasarı malı alana yüklemesine dikkat çeken Tahiröglü ve Erdoğan, bunu malı verenin işlemde herhangi bir menfaatinin olmamasıyla açıklamış ve ileride anlatılacak olan Nerva'nın ayırımıyla uyumlu bulmuşlardır. Bk. Tahiröglü ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133 dn. 5. Fakat Africanus'tan aktarılan metinde malı veren kişi "ödünç para vermek isteyen biri..." (qui cum mutuum pecuniam dare vellet...) olarak nitelendirilmiştir. Bk. D. 17, 1, 34, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 132, 134. Halbuki Nerva'nın ayırımına göre malı verenin satma niyeti varsa ve ilk olarak satış isteği ondan gelmişse hasarı alanın değil malı verenin üstlenmesi gerektiği bildirilmektedir. Gerçekten Ulpianus'tan aktarılan örnekte ödünç talebinin malı alan tarafından geldiği ifade edilmekteyken (rogasti me ut tibi pecuniam crederem/nummos mutuos darem), Africanus'un getirdiği örnek olayda ödünç isteği ilk olarak verende gözükmektedir. Digesta'da aynı paragrafta, elindeki müvekkile ait paraları vekilin ondan %6 faizle ödünç istediği bir mesele geçmekte ve Africanus yukarıdaki meseleyi bunun delili olarak (his argumentum esse eum) sunmaktadır. Muhtemelen Africanus buradaki meseleyi de onun gibi tefecilik kaşığıyla yapılan bir işlem olarak görmektedir.

²²³ Diğer taraftan burada bir vekaletin söz konusu olmadığını, dolayısıyla da müvekkil konumundaki gümüşü verene hasarın yüklenemeyeceğini, bu meselede sadece satış için bir yetkilendirme olduğunu ifade etmişlerdir. Bk. Tahiröglü ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133 dn. 5. Bu açıklamada birtakım uyumsuzluklar olduğu düşünülmektedir. Şöyle ki, Africanus'un metninde hasar sorumluluğundan bahsedilen mal, satılsın diye verilmiş olan gümüş olmayıp o gümüşün satışından elde edilen paralardır. Dolayısıyla bu işlemi hem bir satış için bırakma (aestimatum) sözleşmesi hem de vekalet kapsamında satış olarak değerlendirirsek Roma hukukuna göre satış bedeli öncelikle gümüşü satmak için kabul edenin mülkiyetine geçmiş sayılır. Zira Roma hukukunda vekalette dolaylı temsil cari idi. Vekaleten veya aestimatum akdi gereğince gümüşü kabul edenin, satışı yapıp teslim aldıktan sonra mülkiyetine geçmiş olan bu paraları gümüşü verenin mülkiyetine devir borcu vardı. Dolayısıyla buradaki hasarın gümüşü satım için kabul edene yüklenmesi, malikin hasara katlanması gerektiğine dair ilkeye (casum sentit dominus)

Iulianus ve Africanus, mutuum akdinin yalnızca ödünç konusu malın maddi teslimiyle kurulabileceğini öngören eski şekilci hukukun bakış açısını devam ettirmekle itham edilmiştir.²²⁴

Geç Klasik Dönem Roma hukukçularından olan Ulpianus'tan aktarılan örneklerle göre ise farazî teslimle mutuum akdinin kurulabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim kendisinden para ödünç istenilen bir kimse, o anda yanında para bulunmadığı gerekçesiyle ödünç isteyen, satıp elde edeceği semeni ödünç olarak kullanması için bir kâse veya altın külçesi verirse, ödünç isteyen de verilen malı aldıktan sonra üçüncü bir şahsa satıp elde ettiği parayı ödünç olarak kullanmak üzere teslim alırsa, Ulpianus bu aşamada mutuum akdinin kurulmuş sayılacağı kanaatindedir. Yani mutuum akdinin kurulması için malın sadece verilmesi yeterli olmayıp ayrıca malın satılıp satış bedelinin teslim alınması gerekmektedir. Ayrıca bu maksatla verilen malın, ödünç isteyen elinde kusuru olmaksızın satış öncesi zayi olması durumunda hasar sorumluluğunun kime ait olacağı konusunda ise Ulpianus, Klasik Dönem Roma hukukçularından Nerva'nın²²⁵ yaptığı ayrımı tercih etmiştir. Şöyle ki, ödünç istenilen kişi verdiği malı kendisinden ödünç istenilmeden önce zaten satma niyetindeyse, tıpkı başkasına satması için vekalet verdiğinde olduğu gibi hasara malı veren (ödünç istenilen) kişi katlanmalıdır. Zira vekilin satmak üzere teslim aldığı elindeki mal emanet hükmünde olup “casum sentit dominus” (beklenmedik hâl maliki etkiler) şeklindeki genel ilkeye göre hasar malike ait olmalıdır.²²⁶ Fakat verenin satma niyeti olmayıp malı satışa çıkarmasının sebebi sırf ödünç isteyen ihtiyacını gidermekse, özellikle de

uygundur. (Fakat gümüşü satmak üzere kabul eden kişi, üçüncü şahısla satış akdini gerçekleştirmiş ama henüz teslim etmeden gümüş telef olursa hasara satın alan üçüncü şahıs katlanır (periculum est emptoris.) Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133 dn. 4.) Diğer taraftan Africanus'tan aktarılan örnekteki işlemin, Roma hukukundaki isimsiz akitlerden biri olan aestimatum (satış için bırakma sözleşmesi) olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira Roma hukukunda aestimatum, “bir kimsenin diğer birine değerini saptadığı bir malı üçüncü birine satması için teslim ettiği, teslim alanın da satabilirse malın takdir edilmiş değerine karşılık gelen miktarı malı teslim edene ödediği, malı satamadığındaysa malı geri vermeyi borçlandığı bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 125; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 21. Buna göre bir hukuki işlemin aestimatum olarak değerlendirilmesi için, teslim edilen malın biçilen bir değerinin olup teslim alanın bu miktarı borçlanması gerekir. Halbuki böyle bir kıymet takdiri metinde yer almamaktadır. Metne uygun şekilde örnek incelenirse buradaki işlem adı bir vekalettir. Elde edilen ne ise o elde ödünç olarak tutulacak ve sonra teslim edene bu miktar para iade edilecektir. Nitekim Africanus'un örneğinde elde edilen paranın zayi olması durumunda hasarın tamamına gümüşü kabul etmiş olan ödünç isteyen katlanacağından bahsedilmektedir. Şayet aestimatum olsaydı elde edilen miktar az veya fazla olsa da değer olarak belirtilen miktar ne ise o ödenmek zorunda olur, fazlalık varsa bu miktar malı satana ait olurdu.

²²⁴ Atak, *Mutuum*, s. 135.

²²⁵ Marcus Cocceius Nerva: Labeo'dan sonra Proculiani ekolünün önde gelen isimlerinden biri olup MS 33 yılında ölmüştür. Aynı adla anılan oğlunun da Proculiani mektebinden olduğu söylenir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 141, 171.

²²⁶ Fakat satış sözleşmesinde bu ilkenin istisnası niteliğinde bir ilke daha vardır. O da: “periculum emptoris est” (hasar müşteriye aittir) ilkesidir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 361.

ödünç faizsiz olarak verilmişse²²⁷ hasar sorumluluğu malı alana (ödünç isteyen) ait olacaktır.²²⁸ Ulpianus'un bu şekilde bir ayrımı gündeme getirmesi, ödünç istenilen para dışındaki malın sırf teslimiyle mutuun akdinin oluşmadığını göstermektedir. Zira malın verilmesiyle mutuun akdi kurulmuş sayılıyorsa, teslimle mal ödünç isteyenin mülkiyetine gireceği için her türlü hasara onun katlanması gerekirdi ve böyle bir ayrımı lüzum kalmazdı.

Diğer taraftan ödünç isteyen, anlaşma gereğince verilen malı satmamışsa veya satın ödünç olarak kullanabileceği bir semen elde edememişse,²²⁹ yine mutuun akdi malın satılıp satış bedelinin ödünç olarak kullanılmak üzere teslim alınmasıyla kurulmuş sayılacağından dolayı Ulpianus, bu durumda üzerinde anlaşılacak edimin yerine getirilmesinin ne tür bir hukuki işleme ait davayla talep edilebileceği hususunda Labeo'nun²³⁰ görüşünü tercih etmiştir. Ona göre örnekteki malı veren ile ödünç isteyen arasındaki ilişki, diğer isimli sözleşmelerle açıklanamayacak özel bir hukuki ilişkidir.²³¹ Bu yüzden örnekteki malı veren kişi,

²²⁷ Burada malı satma niyeti taşımayan, fakat malın satımı sonucunda oluşacak olan ödünç işlemi için faiz şart koşan kimsenin hasar sorumluluğunu üstlenmesi gerektiği aksiyale kanıt (mefhûm-i muhâlif) yoluyla denilebileceği aklı gelmektedir.

²²⁸ D. 12, 1, 11, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 132, 141. Ulpianus Nerva'nınkine benzer bir ayrımı, Proculiani ekolünden Labeo ve Sabiniiani mektebinden Pomponius'tan aestimatum anlaşması için de aktarmış ve orada bir şık daha eklemiştir: Taraflardan biri diğerinden satma talebinde bulunmadan bir anlaşmaya varırlarsa bu durumda malı alan sadece dolandırıcılık (dolus) ve ihmalden (culpa) sorumlu olup hasar sorumluluğu ise malı verene ait olacaktır. Bk. 19, 5, 17, 1; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 135 dn. 11. D. 19, 3, 1, 1'de ise aestimatum akdinde böyle bir ayrımı gidilmeksizin hasar sorumluluğunun malı alana ait olduğunu bildirmektedir. Tahiroğlu ve Erdoğan, bu metindeki aestimatum anlaşmasının malı alanın menfaati ve isteği doğrultusunda yapıldığı ihtimali üzerinde durarak meseleyi bu şekilde yorumlamıştır. Bk. 19, 3, 1, 1; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 135 dn. 11.

²²⁹ D. 19, 5, 19, pr.'deki örnekte buraya denk gelen kısım "veya satmış olsan da satıştan elde ettiğin parayı ödünç olarak muhafaza etmediysen..." şeklinde çevrilmiştir. Yukarıdaki tercüme ise Tahiroğlu ve Erdoğan'ın anlatımından gerçekleştirilmiştir. Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133-134. Şayet malı satmak üzere alan kişi, üçüncü bir şahısla alım satım akdi yapıp teslim gerçekleşmeden mal zayi olursa Roma hukukuna göre hasar sorumluluğu müşteriye aittir. (Periculum est emptoris.) Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133 dn. 4.

²³⁰ Marcus Antistius Labeo: Proculiani mektebinin kurucusu olup ekolün adı öğrencisi Proculus'tan gelmektedir. MS 10 veya 11 yılında öldüğü aktarılmaktadır. Proculiani mektebinin karşısındaki ekol Saibiniani ekolü olup onun başında da Ateius Capito (ö. MS 22) yer almaktaydı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 98; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 32, 107, 171.

²³¹ Ulpianus, benzer bir ifadeyi aestimatum akdinden bahsederken kullanmıştır. Ona göre Aestimatum akdinin davası, bu akdin mahiyeti hususundaki tereddüdün izalesi maksadıyla getirilmiştir. Zira bir mal değeri biçildikten sonra satış için birine bırakılmışsa, malın mülkiyetinin alana devredilmesi amaçlanmadığı için burada alım satımdan, dolayısıyla "actio venditi"den söz edilemez. Yine malı alan verenin yararı için çaba sarf etse de her hâlükârda satışın sağlanması yükümlülüğü altına girmediği, ücreti belirli olmadığı ve bazen ücret bile edemeyebileceği için burada kira veya hizmet sözleşmesinden, dolayısıyla "actio locatio conductio"dan bahsedilemez. Aynı şekilde malın kararlaştırılan bedelin üzerinde satılması durumunda malı teslim alanın elinde kalacak olan miktar ücret niteliğinde olduğu, vekalet akdinin ise ücretsiz olması gerektiği için burada bir vekaletten, dolayısıyla "actio mandati"den söz edilemez. Bununla birlikte hukukçular arasında bir işlemin mahiyeti üzerinde ihtilaf olup dava hakkı tanınması hususunda fikir birliği varsa bu gibi durumlarda böyle bir işlem için praetor tarafından bir actio in factum/actio praescriptis verbis tanınır. Çünkü burada hüsnüniyetle yürütülen bir medeni iş anlaşması vardır. Dolayısıyla hüsnüniyet davaları için söylenilen şeyler burada da geçerlidir. Bk. D. 19, 3, 1, pr.; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 134, 139. Aestimatum (satış için tevdi akdi): Tarafların birinin diğerine satması için

üzerinde anlaşılan edimin yerine getirilmesini hukuki yoldan *actio praescriptis verbis*²³² adındaki davayla ödünç isteyenenden talep edebilir.²³³

Yine başka bir örnek olayda, aile evladına sadece ödünç para verilmesi durumunda *Senatus Consultum Macedonianum* hükümlerinin uygulanabileceğini öne süren Ulpianus, aile evladına, satın elde edeceği parayı ödünç olarak kullanması şartıyla tahıl gibi bir mal verildiğinde de *Senatus Consultum Macedonianum*'un tanıdığı defi hakkından (*exceptio*) aile evladının yararlanabileceğini ifade etmiştir. Çünkü *mutuum* akdi malın verildiği anda değil, satılıp paraya çevrildiği anda kurulmuş sayıldığı için bu mesele aile evladına ödünç para verildiği şeklinde yorumlanmaktadır.²³⁴

Bu örneklerden anlaşıldığı gibi Ulpianus, farazî ve varsayıma dayalı bir teslimin (*traditio ficta*) maddi teslim yerine geçebileceğini ve *mutuum* akdinin bu varsayımsal teslimle kurulabileceğini söylemektedir. Fakat bu farazî teslim ikili teslim (*datio*) kurgusuna dayanmaktadır. Şöyle ki, satılması için verilen şeyi alan kimse malı satın fiilen parayı üçüncü şahıstan aldığı anda, önce parayı ifa amacıyla (*causa solvendi*) malı verene teslim etmiş, sonra da *mutuum* akdini kurup iade alacağı oluşturmak için (*causa credendi*) malı veren parayı ödünç olarak ona yeniden vermiş sayılır.²³⁵ Buna göre işlem, malın teslimi, satışın

değeri biçilmiş bir mal verip diğer tarafın satabilirse biçilen değeri, satamazsa malın iadesini üstlendiği isimli akit. Klasik devirde bu anlaşma için *actio in factum*, Iustinianus döneminde ise *actio aestimatoria praescriptis* açılmaktaydı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 376-377; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 21.

²³² *Actio praescriptis verbis*: Son imparatorluk döneminde tanınan ve isimli akitleri (*contractus innominati*) koruyan dava. Klasik dönemde bu dava *actio in factum* olarak anılırdı. Anlaşmanın gereğini yerine getirmiş olan taraf (örneğin: malı veren) bu davayla diğer tarafın karşı edimini yerine getirmesini talep ederdi. İfade bulunan taraf isterse verdiğini geri de isteyebilirdi. Bu durumda bir *condictio sine causa* (sebepsiz zenginleşme davası) açarak akitten vazgeçmiş sayılırdı. Fakat iki dava hakkı arasında fark vardır: *Actio praescriptis verbis* bir hüsnüniyet davası iken *condictio* dar hukuk davasıdır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 375, 376-377; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 11.

²³³ D. 19, 5, 19, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 137. Konumuzla alakalı örnekte malın değeri biçilmeden ödünç isteyene verildiği için orada *aestimatum* anlaşmasından bahsedilemez. Bundan dolayı ödünç isteyen malı satması durumunda satış bedeli olarak ne almışsa aldığı miktarın tamamını malın sahibine borçlanır. Herhâlde Labeo ve Ulpianus, satış yapıp semen elde edilmeden önceki durumu -*mutuum* kurulmuş sayılmadığı için- *aestimatum* anlaşmasındaki duruma benzeterek burada da bir *actio praescriptis verbis* açılabilceğini söylemiştir. Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 133-134.

²³⁴ D. 14, 6, 7, 3; Atak, *Mutuum*, s. 138-139.

²³⁵ D. 12, 1, 15; Atak, *Mutuum*, s. 111-112, 135. İslam hukukunda da buna benzer bir farazî teslim türünden bahsedilebilir. Kişi bir kimseye kendi adına üçüncü bir şahsa belirli bir miktar para ödeme talimatı verir, ödeme yapması istenilen kişi de bu miktara ilgili şahsa peşinen öderse ödeme yapan kişinin talimat verene rücu hakkı doğar. Zira bu örneğe göre talimat veren, ödeme yapmasını istediği kişiden ödünç istemiş kabul edilir. Talimat veren adına ödeme yapılabilmesi için, ödenen paranın önceden talimat verenin mülkiyetinde olması gerekir. Ödeme yapan şahsın nakit ödemeyi gerçekleştirdiği para ise ödemeyi yapanın olup sırf ödünç istedi diye talimat verenin olamaz. İşte bu durumda ödemede kullanılan nakit paranın talimat verenin malvarlığına geçmesi için talimat vermenin öncesinde şöyle bir işlem kurgulanır: Talimat veren ödeme yapmasını istediği kişiden talimattaki geçen miktardaki parayı ödünç istemiş ve ödemenin yapılacağı alacaklısını bu miktara önce kendi namına, sonra da alacaklının bizzat kendisi adına ahzükabz etmeye vekil kılmış sayılır. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 20/55. Aradaki fark Ulpianus'un anlatımına göre

gerçekleştirilmesi ve semenin teslim alınması şeklindeki aşamalara ayrıldığında mutuum akdinin kuruluş aşaması olarak, malın satılıp paraya çevrildiği ve paranın malı satan tarafından fiilen teslim alındığı anın kabul edilmesi ve bu anda farazî teslimin kurgulanması gerekir. Zira “bir alacak hakkı üzerinden ödünç sözleşmesi kurulamaz.”²³⁶

Literatürde yukarıda anlatılan şekilde yapılan bir mutuum sözleşmesinin “contractus mohatrae” olarak adlandırıldığı iddia edilmiştir. Adolf Hohenstein (ö. 1937), Louis Alexander (ö. 20 yy.) ve Ulrich von Lübtow (ö. 1995) gibi birçok romanist, yukarıdaki meselelerde taraflar arasında kurulduğu düşünülen ödünç sözleşmesine Orta Çağ’da contractus mohatrae denildiğini iddia etmektedir.²³⁷ Alman hukukçu Reinhard Zimmermann, satış sözleşmesinin bir tür faizli ödünç maksadıyla nasıl kullanılabileceğini göstermesi bakımından Ulpianus’tan D.12.11.1.pr.’de aktarılan yukarıdaki meselenin, Orta Çağ’daki hukukçulara kendi dönemlerindeki faize ilişkin sınırlamaları aşabilmek için ışık tuttuğuna işaret etmiş ve contractus mohatrae teriminin Orta Çağ’da kullanılan bir terminoloji olduğunu kabul etmekle birlikte yukarıda aktarılan Roma hukukundaki bu tür işlemlerin Orta Çağ’daki contractus mohatrae’nin gelişimi ile bağlantılı olduğunu ima etmiştir.²³⁸

Modern Roma hukuk tarihçilerinden Alman hukukçu Fritz Schulz, mohatra kelimesinin Arapçadaki “muhâtara”dan (مُخَاطَرَة) geldiğini ve faize ilişkin kanonik yasağın üstesinden gelmek amacıyla fıkıhtaki îne satışına benzer şekilde yapılan bir işlemi belirtmek için Orta Çağ’da kullanılan Latince bir terim olduğunu kabul etse de, birçok modern hukukçu tarafından Roma hukukunun yukarıda zikredilen meselesindeki sözleşmenin bu terim kapsamında değerlendirilmesini gereksiz ve hatalı görmektedir.²³⁹ Gerçekten de yukarıda anlatılan Ulpianus meselesinin contractus mohatrae’den farklı olup Schulz’un haklı olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu adlandırmaya Orta Çağ öncesi Roma hukuk edebiyatında rastlanmamaktadır. Latince “mohatra” sözcüğünün Arapçadaki “muhâtara” (مُخَاطَرَة) kelimesinden alındığı, bu kelimenin ise fıkıhtaki “îne satışı” (بَيْعُ الْعَيْنَةِ) olarak bilinen ve genellikle faizli borç vermek niyetindeki birinin borç isteyen

başkasının parasını tahsil eden kimse elindeki parayı önce malı verene ödüyor, sonra da ödemeyi alan mal sahibi sanki bu parayı ona ödünç olarak geri veriyor. *Mebûsû*’taki örneğe göre nakit ödemeyi alan kişi önce ahzükabza vekil sıfatıyla parayı talimat veren adına, sonra talimat verenin malı haline gelen elindeki parayı asaleten kendisi adına teslim alıyor.

²³⁶ Atak, *Mutuum*, s. 136.

²³⁷ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 132 dn. 2; Atak, *Mutuum*, s. 130.

²³⁸ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.161-163.

²³⁹ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: The Clarendon Press, 1961, s. 510.

peşin olarak bir mal satın alıp hemen arkasından aynı malı vade farkıyla yine ona geri satma işlemi için Orta Çağ'da kullanıldığı ifade edilmiştir. Faiz yasağından kurtulmak için hukukî bir çare olarak başvurulmuş inâe satışı, şekil olarak satış işlemi ise de esas maksat faizli borç teminidir. İki satış bedeli arasındaki borçlanılan miktar faiz yerine geçmektedir.²⁴⁰ Yukarıdaki Digesta meselerinin ortak noktaları ile Orta Çağ'daki mohatra sözleşmesi karşılaştırıldığında mesele tasviri açısından da birtakım farklar öne çıkmaktadır. Mohatrada işlem iki kişi arasında cereyan edebilirken, Digesta meselelerinde işlemde satış bedelinin teslim alındığı üçüncü bir kişi vardır. Mohatrada ödünç veren konumundaki kişi ödünç alana doğrudan malı satarken, Digesta meselelerinde ödünç veren konumundaki kişi malını ödünç isteyen aracılığıyla üçüncü bir şahsa satmaktadır. Yine mohatradaki borç, faizli ödünç verme maksadı olsa da hukuken satış kaynaklı bir satış bedeli borcu iken, Digesta meselelerinde ödünç ilişkisinin kurulduğunu kabul edenlere göre borç ilişkisinin kaynağı, satış bedelinin elde edilmesi sonucunda farazî teslim kurgusuyla kurulduğu varsayılan mutuum akdidir.

3. Ödünç Verenin Fiil Ehliyetine Sahip Olması ve Ödünç Konusunun Mülkiyetinin Ödünç Verene Ait Olması

Hukuk ilminde kanun koyucunun tanıdığı hak ve yükümlülükleri yüklenmeye elverişli olan hukukun süjesine şahıs denir ki buna Roma'da “persona”, bazen de “caput” denilmekteydi.²⁴¹ “Persona”nın hukuki kimliğinin oluşumu, sağ ve tam olarak doğmasına bağlı olup bu durum ölene dek geçerliydi. Roma'da şahısların insan olmaları bakımından genel anlamda hak ehliyeti varsa da hangi haklara ehil olduklarını ve ne tür haklardan faydalanabileceklerini toplum içerisindeki hukukî

²⁴⁰ Nitekim Pothier, böyle bir işlemde satış süsü verilerek faizli ödünç işlemi yapılmak istenildiğini, bu yüzden böyle işlem yapan kimsenin sanki satış yapılmamışçasına sadece aldığı ana parayı iade etmesi gerektiğini bildirir. Bk. Robert Joseph Pothier (ö. 1772), *Trat   du Contrat de Vente*, Paris: Debure l'ain  , 1762, s. 34; Abdürrezzak es-Senhuri, *el-Ves  t f     rhi 'l-Kânûni 'l-medenî*, Beyrut: Dâru ihyai't-t  r  si'l-Arabî, ts., 5/427 dn. 1; Joseph Schacht, *  sl  m Hukukuna Giriş*, Mehmet Dağ ve Abdülkadir   ener (  ev.), Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1977, s. 87-88. Genellikle Arapçadan Avrupa dillerine geçtiği kabul edilen mohatra kelimesinin klasik fıkıh edebiyatındaki ve Arapça sözlüklerdeki kullanımı araştırıldığında karşımıza şunlar çıkmaktadır: “Muhataraya satışı, örneğin bir kimsenin diğerine ‘falan kişi seferden dönerse bu malı senden şu kadar bedel karşılığında satın aldım’ şeklinde dediği şarta bağlı satıştır.” Bk. Suđ  d  , *en-N  tef*, thk. Salahaddin en-N  h  , Müessesetü'r-risâle, 1404/1984, 1/465. Kelime daha çok kumar oynama veya olması kesin olmayıp şansa bağlı olan olaylara temlik anlamı ifade eden hukuk  i işlemlerin bağlanması anlamında kullanılmaktadır. Bk. Serah  si, *el-Mebsût*, 15/100. Kelimenin İspanyolcadaki kullanımına işaret eden Dozy muhataraya satışını, vadeli ve yüksek fiyatdan satılan bir malın aynı kişi tarafından peşin ve daha ucuz bir miktara geri alınması şeklinde tanımlamıştır. Bk. Reinhart Dozy, *Tekmilâtü 'l-me '  cimi 'l-'Arabîyye*, Muhammed Selim en-Na'  m  i (  ev.), Bağdat: Vizâretü's-sak  fe ve 'l-i'lâm, 1979-2000, 4/136.

²⁴¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 154.

durumları belirlemektedir ki buna da “status” denilmektedir.²⁴² Toplumdaki statüsüne göre sağ olan herkesin hak ehliyeti mevcut olup ona göre haklara sahip olurlardı. Ancak belirli bir statüde olan kişi, azatlı köle olma ve din gibi birtakım arızı durumlara göre de hak ehliyeti sınırlanabiliyordu.²⁴³ Özgür bir Roma vatandaşının hak ehliyetine sahip olmasının önündeki son aşama aile statüsüydi. Bir aile reisinin (pater familias) veya kocanın hakimiyeti altında bulunmayan veya hakimiyetinden çıkarılmış olan ve bu itibarla haklara ehil olup mal edinebilen ve kendi hesabına iktisapta bulunabilen kimseye “sui iuris”, baba hakimiyeti altında bulunana “alieni iuris” denilirdi.²⁴⁴ Sui iuris kimselerin idare edebilecekleri bir malvarlığı (patrimonium) olabilirken alieni iuris olanların müstakil malvarlıkları olmayıp hakimiyetinde oldukları kişiler için iktisap ederlerdi.²⁴⁵

Hak ehliyetine sahip olan kişiler, devlet tarafından teminat altına alınmış subjektif anlamda bir eylem yetkisine (facultas agendi)²⁴⁶ genel manada sahiplerse de özel olarak sahip olduğu hakkı kullanabilme ve kendi adına hukuki işlem gerçekleştirebilme yetkisine, yani fiil ehliyetine sahip olmayabilirlerdi. Roma hukukunda fiil ehliyetini etkileyen temel hususlar arasında yaş, cinsiyet, akıl hastalığı ve savurganlık zikredilmektedir.²⁴⁷ Kısmen veya tamamen fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişi, yetkisi olmayan bir hukuki işlem yapmaya kalkarsa yaptığı işlem hükümsüz sayılırdı ve ona kısıtlama (interdicere/interdictio bonis) uygulanabilirdi.²⁴⁸

Yedi yaşını tamamlamamış küçük (infans), fiil ehliyetinden tamamen mahrum sayılırdı ve irade beyanı hukuken hükümsüzdü. Sui iuris olup hak kazandırıcı veya borçlandırıcı bir işlemi kendi ifadesiyle yapsa ve bu esnada vasisi (tutor) işleme katılsa bile işlemi geçersiz sayılırdı. Bunların bütün hukuki işlemlerini alieni iuris iseler babaları veya sui iuris iseler vasileri kendi adlarına yaparlardı.²⁴⁹

Yedi yaşından büyük olup erkeklerde 14, kızlarda 12 yaşını tamamlamamış, yani hükmi ergenlik çağına henüz varmamış çocuklar (impubes) fiil ehliyetinden kısmen yoksundurlar. Evlenme ve vasiyet dışındaki hukuki işlemlerden kendisini

²⁴² Bu durumlar genelden öze doğru status libertatis (hürriyet durumu), status civitatis (vatandaşlık durumu) ve status familiae (aile durumu) idi. Birincisine göre şahıslar liberi (hür) ve servi (köle), ikincisine göre vatandaş (civis Romanus) ve yabancı (peregrinus), üçüncüsüne göre (sui iuris) (alieni iuris) olarak nitelenirlerdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 154; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 202.

²⁴³ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 176.

²⁴⁴ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 167; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 23, 206.

²⁴⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 150.

²⁴⁶ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 71.

²⁴⁷ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 197; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 158.

²⁴⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 197, 204; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 90, 91.

²⁴⁹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 198, 200; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 159.

alacaklı haline getiren kazandırıcı işlemleri kendi başına yapabilirken, malvarlığında eksilmeye sebep olan borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemlerini kendi başına yapamaz, alieni iuris ise babasının, sui iuris ise vasisinin işlem sırasında hazır bulunarak çocuğun iradesine katılmasıyla (auctoritatis interpositio)²⁵⁰ bu işlemleri yapabilirlerdi. Vesayet altındaki küçükler “pupillus” denirdi. Vasinin işlem sırasında hazır bulunarak işleme katılması gerekmekte, önceden izin vermesi ya da sonradan icazet vermesi geçersizdi.²⁵¹ Yapacakları hukuki işlem alım satım gibi iki tarafa borç yükleyen bir işlemse işlemin bir tarafı hukuken eksik ve sakat kabul edildiğinden bu işleme “negotium claudicans” (topal işlem) denilirdi. Böyle bir işlem yapan küçüğün alacak hakkı elde edebilmek için önce kendisi borcunu ödemeliydi. Yoksa hile defî denilen işleme maruz kalırdı.²⁵²

Sui iuris olan ve 14 yaşını tamamlayıp henüz 25 yaşını doldurmamış ve yaş imtiyazını (venia aetatis= bir tür kazai rüş) elde edememiş bir tür reşit olmayan gençlerin (puberes minores) fiil ehliyeti, MS III. asra kadar tam olmakla birlikte kendilerini korumak amacıyla birtakım haklara sahiptiler, fakat kayyım tayini zorunlu değildi. III. yüzyıldan sonra fiil ehliyetleri eksik sayılıp kayyım talep etmeleri ve işlemlerine kayyımın (curator) onayını (consensus) eklemeleri kanunen bir zorunluluk haline gelmişti. Fakat vasinin “auctoritas”ından farklı olarak kayyımın onayı işlemden önce izin veya işlem sonrası icazet şeklinde gerçekleşebilirdi.²⁵³

12 yaşından sonra hükmen ergen sayılan kadınlar, baba veya koca hakimiyetinde olmayıp sui iuris olsalar bile IV. yüzyılın sonuna kadar yasal zorunluluk olarak kendilerine vasi atanır ve kısmen fiil ehliyetinden mahrum sayılırlardı. İmparator Augustus (ö. MS 19) hür olup üç çocuğu olan veya azath olup dört çocuğu bulunan kadınlardan vesayet zorunluluğunu kaldırmıştı.²⁵⁴ Klasik Dönem sonrasında IV. asrın sonlarına doğru sui iuris olan kadınlar üzerindeki zorunlu vesayet uygulaması kaldırıldığı aktarılmaktadır.²⁵⁵ Fakat kadınlar üzerindeki vesayet zorunluluğu kaldırılmış olsa bile mallarının idaresi için kayyım (curator mulier) zorunluluğunun devam ettiği aktarılmaktadır.²⁵⁶

²⁵⁰ Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 27.

²⁵¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 199, 200, 202; a.mlf, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 26, 27; Tahirolu ve Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 159-160.

²⁵² Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 198-200.

²⁵³ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 202; Tahirolu ve Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 161-162.

²⁵⁴ Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 269.

²⁵⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 200-201; Tahirolu ve Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 163.

²⁵⁶ Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 53.

Devamlı akıldan yoksun kimseler (mente captus/demens) ile bazen akıllı işler yapabilen akıl hastaları (furiosus) mutlak ehliyetsiz sayılırlardı. Bunların bütün hukuki işlemlerini alieni iuris iseler babaları, sui iuris olup ergenliğe ermemiş küçük iseler vasileri, sui iuris olup ergen bireyseler kayyımları kendi adlarına yaparlar mallarını idare ederlerdi. Roma'da akıl hastası için hacir (interdictio bonis) kararına gerek olmayıp, yasal olarak doğrudan (ipso iure) ehliyetsiz sayıldıkları için en yakın akrabası kayyım olurdu.²⁵⁷

Roma hukukunun çok eski dönemlerinden itibaren israf ve savurganlık fiil ehliyetini kısıtlayan sebeplerden birisi olarak görülmekteydi. Mahkeme kararıyla varsa en yakın akrabası, yoksa uygun görülen biri kayyım olarak atanırdı. Müsrif (prodigus), impubes gibi eksik fiil ehliyetine sahip olup kendisi için sırf kazandırıcı olan işlemleri yapabilir, diğer işlemler için kayyımın rızasına (consensus) ihtiyacı vardı. Fakat vasiden farklı olarak kayyım, işlem öncesi izin veya işlem sonrası icazet verebilirdi.²⁵⁸

Yukarıda geçen vasi veya kayyım bulunması zorunluluğu sadece başkasının hakimiyetine tabi olmayan sui iuris kişiler için söz konusu olup, alieni iuris olan kimselerin kanuni temsil görevi zaten hakimiyeti altında oldukları kişi tarafından yerine getirilmekteydi.²⁵⁹ Görüldüğü gibi fiil ehliyetindeki eksiklikler ergen olmayan küçüklerde ve Roma'nın ilk dönemlerinde sui iuris olan kadınlarda vasi (tutor) vasıtasıyla, puberes minores, akıl hastası²⁶⁰ ve müsrifte ise kayyım (curator) aracılığıyla tamamlanırdı. Vasi işlem sırasında hazır bulunarak vesayeti altındakinin iradesini tamamlamalıydı. Vasinin önceden izin veya sonradan icazet vermesi geçersiz sayılırdı. Fakat kayyım işlemden önce izin, işlem sonrası icazetle de yardımcı olabilirdi.²⁶¹

Yedi yaşından küçük çocuk ile akıl hastaları, sui iuris olsalar bile kendi adlarına hukuki işlem yapma ehliyetinden tamamen yoksun oldukları ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadıkları için, bunların bütün hukuki işlemleri gibi ödünç vermeleri de tamamen geçersizdir. Bunlar vasileri yanlarındayken ödünç verip malı teslim etseler bile malın mülkiyeti karşı tarafa geçmez ve bir

²⁵⁷ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 201; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 78, 91; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 164.

²⁵⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 201-202; a.mlf, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 171.

²⁵⁹ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 95-96.

²⁶⁰ Her ne kadar vasi şahıslara, kayyım mallara veriliyorsa da ergenlik çağına erişmiş olup sui iuris olan akıl hastaları için söz konusu olan kayyımın, onların sadece mallarını idareye yönelik bir görevi olmayıp aynı zamanda infans gibi onlar namına bir tür vekaletsiz iş idaresi gibi hukuki işlemleri yerine getirme vazifesi vardır. Zira akıl olmadığı için ifadeleri tamamen geçersizdir. Bu sebeple akıl hastasının kayyımı, klasik dönem sonrası sui iuris olan kadınlar (curator mulieris), 25 yaşının altındaki gençler ile müsrifin kayyımı gibi işlem öncesi izin veya işlem sonrası icazet vermesi söz konusu olamaz. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 200-203; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 53.

²⁶¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 202.

alacak hakkı doğmaz. Ancak işlem geçersiz de olsa vasileri aracılığıyla mallarını alanlara karşı, mal aynen duruyorsa bir istihkak davası (rei vindicatio), tüketilmişse ve alan iyi niyetli ise sebepsiz zenginleşme davası (condictio sine causa), kötü niyetli ise de çalıntı malın tazmini için dava (condictio furtiva) açma haklarının olması gerekir.²⁶²

Yedi yaşından büyük ergen olmayan çocuklar ile Roma'nın ilk dönemlerinde sui iuris kadınlar, vasilerinin “auctoritas”ı²⁶³ olmadan ödünç verirlerse, bu işlem malvarlığını eksiltici bir işlem olduğu ve tek başlarına bunu gerçekleştirme yetkileri olmadığı için burada bir mutuum akdinden bahsedilemezdi.²⁶⁴ Dolayısıyla geçersiz olmasına rağmen teslim gerçekleşmişse malın aynen iadesi için bir istihkak davası (rei vindicatio) açılmalıydı. Şayet ödünç verilen mal tüketilmişse (consumptio) veya ayırt edilemeyecek şekilde alanın aynı türden malıyla karışmışsa (confusio) artık o mal teslim (traditio) sonradan eklendiği düşünülen bir mülkiyet kazanımı yoluyla alanın mülkiyetine geçmiş sayılır ve alanın niyeti sorgulanırdı. Şayet malı teslim alan iyi niyetli ise, yani verenin kendi başına işlem yapma ve mülkiyeti devir yetkisine sahip olduğunu düşünerek teslim almışsa sebepsiz zenginleşme davası (condictio sine causa),²⁶⁵ kötü niyetli ise de çalıntı malın tazmini için açılan davayı (condictio furtiva) açma hakları vardır.²⁶⁶

IV. asır sonrasında üzerlerindeki vesayet zorunluluğu kaldırılan ve sui iuris olan kadınlara, 25 yaşının altındaki gençlere (puberes minores) ve müsrife (prodigus) mallarını idare edebilmeleri için kayyım atandığını ifade etmiştik. Vasinin şahıslara, kayyımın mallara verilmesi; kayyımın işlemden önce izin ve işlemden sonrası icazet verebilmesi, vasinin ise bunu yapamaması göz önüne alınırsa esasen Roma hukukunda ergenlik çağını aşmış akıllı bireylerin sözleşme yapabilme ehliyetlerinin eksik olduğunu söylemek biraz sorunlu gözükmektedir. Aksine bu bireylerin kendi malvarlıkları üzerinde bir tasarrufta bulunabilecekleri

²⁶² Modern literatürde küçük, akıl hastası ve müsrifin verdikleri malın iadesi için condictio açma haklarının olmadığı söylenmiştir. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 143-144.

²⁶³ Auctoritas tutoris: Vesayet altındaki kimsenin yapmak istediği bir hukuki işlem esnasında vasinin işlem sırasında hazır bulunarak iradeyi tamamlaması. Şayet vasi mecliste hazır olup işleme katılmazsa işlem geçersiz olurdu. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 27.

²⁶⁴ Gaius, vesayet altındaki kadının, vasisinin katılımı olmadan res nec mancipi bir mal olduğu için para ödünü verebileceğini ve bununla bir borç ilişkisinin kurulacağını ifade etmiştir. Bk. Gai. 2, 80-81; Poste, *Gai Institutiones*, s. 169.

²⁶⁵ Buradaki condictio davasının mutuum akdinden kaynaklanan dava olduğu da söylenmiştir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 48-49.

²⁶⁶ D. 12, 1, 19, 1; I. 2, 8, 2; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 48-49, 139, 149; Atak, *Mutuum*, s. 145-146. Kötü niyetle alınması durumunda bir actio ad exhibendum adında bir dava açabileceği birtakım kaynaklarda (I. 2, 8, 2) ifade edilmiştir. Bu davanın amacı, davacının elini güçlendirmek amacıyla istihkak davası veya condictio öncesinde ve bunlara hazırlık olarak çekişmeli olan taşınır malı elinde bulundurduğu düşünülen şahsa karşı açılan ve malın akıbetini ortaya çıkarmayı hedefleyen bir ön davadır. Bu ortaya konduktan sonra açılması gereken esas dava condictio davasıdır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 2; Atak, *Mutuum*, s. 146-147.

ve yaptıkları işlemin geçerli olacağı, yani hukuki işlem yapma yetkisine sahip oldukları, fakat onları koruma amacıyla işlemin tamamlanmasının kayyım onayına bağlı olarak askıda olduğu düşünülmektedir. Nitekim Paulus'tan, aile reisinin ve sahibinin iradesine aykırı olmamak kaydıyla alieni iuris olan aile evladının (filius familias) ve kölenin (servus) kendilerine ait bir malı (peculium) ödünç verebilecekleri aktarılmıştır.²⁶⁷ Benzer şekilde IV. yüzyıldan önce yaşamış olan Gaius, vesayet altındaki kadının res nec Mancipi olan malların mülkiyetini vasisinin katılımı olmadan devredebileceğini, para da res nec Mancipi bir mal olduğu için vesayet altındaki kadının para ödünç vermesi durumunda paranın ödünç alanın mülkiyetine geçeceğini ve bir borç ilişkisinin doğacağını, vesayet altındaki sui iuris olan ergenliğe ermemiş küçüğün (pupillus) bunu yapamayacağını belirtmiştir.²⁶⁸

Ödünç verecek kimsenin fiil ehliyetinin bulunması tek başına yeterli olmayıp ayrıca ödünç verenin kendi adına verdiği malın mülkiyetine sahip olması gerekir. Muhtemelen bu şart mülkiyetin devrine ilişkin Ulpianus'tan nakledilen: “Hiç kimse, sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez.” prensibine dayanmaktadır.²⁶⁹ Belki de Paulus, mutuum akdiyle ilgili olarak “bir ödünç verme işleminde ödünç veren kişinin verdiği malın yasal sahibi olması gerekir”²⁷⁰ şeklinde ifade ettiği kuralı, bu genel ilkeden yola çıkarak ortaya koymuş olabilir. Bu kural gereğince, ödünç veren başkasına ait bir malı üçüncü bir şahsa sahibinin bilgisi veya rızası olmadan ödünç verirse, verdiği paraların esas sahibinin mülkiyetinde kalmaya devam edeceği ve ödünç sözleşmesi kurulamadığı için ödünç alana geçmeyeceği ve iade edilmesinin gerektiği; eğer iade edilmeden tüketilmişse veya ayırt edilemeyecek şekilde alanın aynı türden malıyla karışmışsa paraların mülkiyetinin ödünç alan üçüncü şahsa geçeceği ve eski malikin parayı ödünç verene karşı hırsızlıktan doğan davayı açabileceği ifade edilmiştir.²⁷¹ Bu meselede kişi başkasına ait bir parayı veya misli malı üçüncü bir

²⁶⁷ D. 12, 1, 2, 4; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/357. Kölenin ödünç verdiği malın mülkiyetinin geçmemesi, efendisinin iradesine aykırı olarak ödünç vermesiyle sınırlıdır. Bk. D. 12, 1, 11, 2; Atak, *Mutuum*, s. 147.

²⁶⁸ Gai. 2, 80-81; Poste, *Gai Institutiones*, s. 169; Atak, *Mutuum*, s. 145 dn. 329. Hatta bu son aktarımdan vesayet altındaki kadının kısıtlamasının res Mancipi ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

²⁶⁹ “Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.” Bk. D. 50, 17, 54; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 444. Arapça’da “فأقد الشيء لا يعطيه” (bir şeye sahip olmayan onu veremez) şeklinde ifade edilebilecek olan bu ilkeye, klasik fıkıh eserlerinde de rastlamak mümkündür: “مَنْ لَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ كَيْفَ يَتَصَوَّفُ” (Kişi bir şeye malik değilse onunla ilgili tasarrufta bulunamaz.) Bk. Bedreddin el-Aynî, *el-Binâye*, Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 1420/2000, 5/376; Ahmed Muhtâr Abdülhamid Ömer, *Mu’cemü’l-lügati’l-‘arabiyyeti’l-mu’âsıra*, Beyrut: Âlemü’l-kütüb, 2008, 3/1729.

²⁷⁰ D. 12, 1, 2, 4; Atak, *Mutuum*, s. 143 dn. 320.

²⁷¹ D. 46, 3, 78; D. 12, 1, 13, pr.; Atak, *Mutuum*, s. 144 dn. 325, 327.

şahsa sahibinin rızası olmadan kendisininmişçesine verirse, ortada bir tür hırsızlık eylemi olduğu anlaşılmaktadır. Fakat aynı meselede sahibinin bilgisi olmadan sahibi adına ödünç vermesi durumunda işlemin vekaletsiz iş görme (negotiorum gestio) çerçevesinde neden değerlendirilmediği anlaşılamamıştır. Örneğin, parasını muhafazasız şekilde ortada bırakan kimse için ödünç işlemi faydalı olacaktır. Zira ödünç verilmemesi ve kimsenin sahip çıkmaması durumunda para muhtemelen bedelsiz zayı olacakken ödünç verilerek paranın sahibine iyilik yapılmış ve paranın geri ödemesi bir tür garanti altına alınmış olacaktır.

4. *Ödünç Alanın Ödünç Konusunun Mülkiyetini Kazanması*

Roma hukuku kaynaklarında sözleşmenin mutuuum olarak isimlendirilmesinin arka planı izah edilirken, işlem sonucunda ödünç verene ait malın mülkiyeti ödünç alana geçmediği takdirde mutuuum akdinden doğan bir borç ilişkisinden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.²⁷² Dolayısıyla fiil ehliyeti bulunmayan veya eksik olan birine yetkili temsilcisinin onayı olmaksızın ödünç verildiğinde, alanın hukuki yetersizliğinden ötürü ödünç sözleşmesine dayalı bir borç ilişkisi gerçekleşmez, dolayısıyla ödünç konusunun mülkiyeti alana geçmez. Nitekim Digesta’da para ödünç alan vesayet altındaki reşit olmayan bireylerin (pupillus) doğal hukuk nazarında bile borçlanmış sayılmayacağı ifade edilmiş,²⁷³ fakat böyle bir bireyin, vasisinin katılımı olmaksızın ödünç alıp aldığını tüketmesi, ödemeyi de reşit olduktan sonra bizzat kendisi yapması durumunda, böyle bir akdin doğal borç bile doğurmayacağını öne sürerek ödünç verene yaptığı ödemenin hukuken iadesini talep edemeyeceği bildirilmiştir.²⁷⁴

Fiilen veya hükmen verilene dek ödünç konusu malın mülkiyeti verende olup hasar sorumluluğu “beklenmedik hal maliki etkiler” (casum sentit dominus) genel ilkesi gereğince ona aittir. Teslimden (traditio) itibaren ödünç konusu malın mülkiyetinin ödünç alana geçtiği kabul edildiği için, malın hasar sorumluluğunun da ödünç alana geçtiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla beklenmedik hal ve

²⁷² Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; D. 12, 1, 2, 2; Atak, *Mutuuum*, s. 25 dn. 56.

²⁷³ D. 44, 7, 58; Atak, *Mutuuum*, s. 148.

²⁷⁴ D. 12, 6, 13, 1; Atak, *Mutuuum*, s. 149. Modern literatürde bu meselelere dayanarak, söz konusu durumda fiili teslim gerçekleşmişse eksik borç mertebesinde bir borcun dahi oluşmayacağı ve verenin verdiği iadesini talep edemeyeceği söylenmişse de ödünç alanın fiil ehliyeti eksik olduğunda mal duruyorsa istihkak davasının, tüketilmişse de sebepsiz zenginleşme davasının açılmayacağını söyleyip ödünç verenin fiil ehliyetinin eksik olması durumunda bütün bunların mümkün olduğunu söylemek çelişkili gözükmemektedir. Bir taraftan fiil ehliyeti olmayan veya eksik olan bireyin zarar görmesini engellemek ve korunmasını sağlamak amacıyla böyle bir düzenleme yapılıyorsa da diğer taraftan mal güvenliğini sağlamak ve hukuki dengeyi gözetmek gayesiyle verenin malının istihkak veya sebepsiz zenginleşme gibi davalarla talep edilebilir olması gerekir. Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 10; Atak, *Mutuuum*, s. 148.

mücbir sebeplerde (casus fortuitus/damnum fatale/vis maior)²⁷⁵ malın zayi olması veya zarar görmesi durumunda genel ilke uyarınca sorumluluk tamamen malik olan ödünç alana aittir.²⁷⁶

5. Ödünç Konusunun Tüketilebilen Mislî Mal Olması

Roma hukukunda “res”in kapsamı içine sadece bağımsız fiziki varlığı olan eşyanın girdiğini, dolayısıyla aynî hakların konusunun sadece maddî mallar olduğunu söyleyen hukukçular olduğu gibi,²⁷⁷ bir hakkın veya davanın konusu olabilen maddi veya manevi her şeyin mal (res) olabileceğini söyleyen hukukçular da vardır.²⁷⁸ Nitekim Gaius, uygulanan bütün hukukun kişilere (personas), mallara (res) ve davalara (actiones) ilişkin olduğunu söyledikten ve birinci bölümde kişileri ele aldıktan sonra,²⁷⁹ Institutiones’in ikinci ve üçüncü bölümlerinde eşya ve borçlar ile miras hukuku konularını işleyerek “res”in kapsamına işaret etmiştir. Yine aynı kitapta Gaius, malları res corporales (maddi mallar) ve res incorporales şeklinde (gayrimaddî mallar) ikiye ayırmış ve maddî olmayan mallar içerisinde intifa hakkı, tereke ve alacak hakkını saymıştır.²⁸⁰ Fakat mutuum akdine konu olacak malın, aslen maddi teslim (traditio corporalis) elverişli olması gerektiği ve alacak hakkı üzerinden ödünç verilemeyeceği²⁸¹ düşünülürse buradaki malın maddî mal olması gerekir.

Roma hukukundaki diğer mal taksimlerine bakılacak olursa ödünç konusunun beşerî hukuka bağlı (res humani iuris), malvarlığı içinde yer alabilen (res in patrimonio) ve kural olarak hukukî işleme konu olabilen (res in commercio) bir mal olması gerekir.²⁸² Yine Roma’nın ilk dönemlerinden itibaren III. yüzyıla

²⁷⁵ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 33, 224.

²⁷⁶ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.154; Atak, *Mutuum*, s. 150.

²⁷⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 103. Bu kapsamda Koschaker, ayınlara “res corporales” (maddî mallar) ve “res incorporales” (gayrimaddî mallar) şeklindeki tasnifinin Bizanslılara özel, hukuken değersiz ve soyut bir taksim olduğunu ifade etmektedir. Bir alacak hakkı ve malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağını ifade eden Koschaker, istisnai olarak kanun koyucunun birtakım maddî olmayan eşyayı hukuken ayn gibi işlem görmesini kabul edebileceğini söylemiştir. Kıymetli evrak ve hisse senetlerinin kanun emri gereğince taşınır mal sayıldığını ve alacak hakkının kâğıt üzerindeki mülkiyet hakkıyla birlikte nakledilebildiğini buna örnek göstermiştir. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 103-104.

²⁷⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 356; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğati*, s. 50, 183, 185; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 1-2.

²⁷⁹ Gai. 2, 8; Poste, *Gai Institutiones*, s. 13.

²⁸⁰ Gai. 2, 12-14; Poste, *Gai Institutiones*, s. 123-124. Gaius’a göre, res incorporales sadece hukuken var sayılıp hissi varlığı bulunmayan varlıklardır. Genellikle maddî bir mal devrini zorunlu kılsa da alacak hakkı, haddizatında maddî olmayan bir hak niteliğindedir. Gaius’un ayırımının detaylı analizi için bk. Poste, *Gai Institutiones*, s. 124-127.

²⁸¹ Atak, *Mutuum*, s. 136.

²⁸² Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 4-5.

kadar eski ve klasik hukukta önemli kabul edilen res mancipi-res nec mancipi ayrımına göre ödünç verilecek malın res nec mancipi olması gerekliydi ve mülkiyet nakli için teslim (traditio) yeterliydi. VI. asırda Iustinianus bunun yerine taşınmaz mallar (res immobiles) ve menkul mallar (res mobiles) tasnifini getirmiştir ki buna göre de ödünç verilen malın taşınır mal olması gerekirdi.²⁸³

Roma hukuku kaynaklarında mutuum akdi özelinde ödünç verilecek malın, günlük hayattaki hukukî işlemlerde fiziki varlıklarına değil daha çok tartı, ölçek veya sayıyla belirlenebilen miktarlarına önem verilen, dolayısıyla yerine aynı tür, kalite ve miktardaki benzerinin ikame edilebildiği bir mal olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.²⁸⁴ Bu tür mallar Roma hukuku kaynaklarında “res quae pondere, numero, mensurave constant” şeklinde nitelenmiş olup Orta Çağ hukuk okullarında buna “res fungibiles” (misli mallar), böyle olmayanlara ise “res nec fungibiles” (gayrimisli/kıyemî eşya) denilmekteydi.²⁸⁵ Nitekim Klasik Dönem’in ileri gelen hukukçularından Paulus mutuum sözleşmesinin yapılaş gayesini açıklarken, bu akit kapsamında verilen malın aynen iadesinin hedeflenmediğini, yoksa işlemin ariyet (commodatum) veya vedia (depositum) olacağını, bilakis aynı cinsten bir benzerinin geri verilmesi maksadıyla yapıldığını, bu yüzden buğday yerine şarap gibi misli bile olsa farklı cinsten bir malın verilmesi durumunda işlemin başka bir akde dönüşeceğini ifade etmiştir.²⁸⁶ Mutuum akdinde ödünç verenin verdiği malın aynısının iade edilmesi beklentisi içerisinde olmaması gerektiğini söyleyen Paulus’un, aynı ifadeyle dolaylı yoldan ödünç verilen malın misli mal olması yanında tüketilerek kullanılması gerektiğine işaret ettiği söylenebilir. Fakat meseleyle ilgili olarak dikkat çeken husus, Klasik Dönem Roma hukuku kaynaklarında mutuum akdine ilişkin meselelerde ödünç verilen malın nesnel olarak misli mal olması ve aynen değil benzeriyle ödeme yapılması gerektiği doğrudan ifade edilmişse de diğer bir nesnel özellik olarak ilk kullanımla maddeten veya hükmen tüketilebilen mal (res quae primo usu

²⁸³ Res Mancipi: İtalya arazisi ve üzerindeki bina, su ve geçit gibi irtifak hakları, fil ve deve dışındaki yük ve çeki hayvanları ile köleler gibi Roma’da çiftçiliğin yaygın olduğu dönemde sosyo-ekonomik yaşam açısından daha önemli görülen mallar. Bu tür malların mülkiyet devri sadece mancipatio veya in iure cessio gibi şekle bağlı işlemler yoluyla gerçekleştirilebilirdi. Bunların dışında kalan mallara ise “res nec macipi” denirdi. Bunların mülkiyet nakli ise hiçbir şekle bağlı olmayan teslim (traditio) muamelesiyle gerçekleştirilebiliyordu. III. yüzyılda önemini kaybetmeye başlayan bu ayrım nihayet VI. asırda Iustinianus zamanında tamamen kaldırıldı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 185; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 6-7.

²⁸⁴ Gai. 3, 90; Poste, *Gai Institutiones*, s. 323; D. 12, 1, 2, pr.-1; I. 3, 14, pr; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 327; Atak, *Mutuum*, s. 151 dn. 349.

²⁸⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 409; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 184, 186; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 9.

²⁸⁶ D. 12, 1, 2, pr.-3; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/357.

consumuntur)²⁸⁷ olması gerektiği doğrudan belirtilmemiştir. Modern literatürde malı ilk kullanımla tüketme “consumptio” anlamındaki kelimenin Orta Çağ tabiri olduğu geçmekteyse de²⁸⁸ kural olarak karz akdine konu malların sadece tüketilebilen mislî mallar olabileceği, tüketilmeden yararlanılabilecek olan malların ise ariyet ve kira gibi akitlere konu olabileceği ifade edilmiştir.²⁸⁹ Buradan hareketle, her mislî malın karz akdine konu olamayacağı, ayrıca tüketilebilen bir mal olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak bir malın tüketilebilen bir mal sayılması için maddeten tüketilmesi gerekli olmayıp, para gibi mülkiyetinin başkasına devredilmesi suretiyle harcanarak hükmen tüketilen mallar da vardır.²⁹⁰ Yine bina inşasında kullanılmak için ödünç alınan tuğla veya çivi de maddeten tüketilmeseler de aynen iade edilmeyecekleri için tüketilebilen mal olarak kabul edilerek tüketim ödücüne konu olabilir.²⁹¹

Ancak bir malın mislî veya tüketilebilir oluşu her ne kadar nesnel gözüксе de normal şartlarda tüketilmeden kullanılan bir malın (örneğin çivi) ödünç verilmesi durumunda taraflar arasındaki borcun ifasına yönelik anlaşma, sözleşmenin niteliğini belirleyici gözükmektedir. Şayet çivinin kullanım sonrası aynen iadesi şart koşulmuşsa akit ariyet olacak, aynı türden bir benzerinin verilmesi söz konusu ise işlem tüketim ödücü sözleşmesi olacaktır. Diğer taraftan eşya hukukuna göre tüketilebilen mal olarak nitelenen bir malın (örneğin para), gösteriş ve fiyaka yapmak veya sergilemek gibi bir maksatla alınıp sonra aynen iade edilmesi üzerinde taraflar anlaşmışsa, burada karz değil ariyet akdinden bahsedilir.²⁹² Yine ilk kullanımla gerçekten veya hükmen tüketilen mallar karşımıza genellikle mislî mal kategorisinde çıksa da bunların mislî olma zorunluluğu yoktur. Nitekim pişirilerek servis edilen bir yemek aslı itibarıyla mislî olsa da bu haliyle gayrimislî ve ilk kullanımla tüketilebilen bir maldır. Mislî olduğu halde ilk kullanımla tüketilmeyen mallar da vardır. Tabak, bardak, çekiç gibi şeyler mislî olup ilk kullanımla tüketilmezler.²⁹³ Dolayısıyla eşya hukukuna göre nesnel kriterlerle belirlenmiş olan bir malın mislî veya tüketilebilir olması, o malın zorunlu biçimde borçlar hukukunun konusu olan belirli bir akitte kullanılmasını gerektirmeyip özne amaçlar doğrultusunda sözleşmenin taraflarınca bunda değişiklik yapılabileceği sonucu çıkmaktadır.²⁹⁴

²⁸⁷ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 410; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğati*, s. 186.

²⁸⁸ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 48.

²⁸⁹ Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 10; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s.154

²⁹⁰ Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 10.

²⁹¹ Atak, *Mutuum*, s. 152.

²⁹² Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 56; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 231.

²⁹³ Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâmi'l-âmme*, s. 160; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 410; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 186; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 10.

²⁹⁴ Mutlak ve herkese karşı ileri sürülebilen hakların ele alındığı eşya hukukunda, somut ve belirli varlıkların

Paulus, karz akdi kapsamında verilen malın parça (species) olarak aynen değil aynı cinsten (genus) misliyle ifa edilebileceğini ve alacaklının rızası olmadan bir şeyin yerine başka bir şeyle ödeme yapılamayacağı için, ödünç verilebilecek malların tartı, ölçek veya sayıyla belirlenen mallarla sınırlı olduğunu belirtmiştir.²⁹⁵ Paulus'un ifadelerinden yola çıkarak mutuum akdinden doğan alacak hakkının cins borcu olduğu, ariyet ve vedia gibi akitlerden doğan borcun ise parça borcu olduğudur. Parça borcunda malın somut olarak bireyselliği ön planda olup biricikliğine göre belirlenerek hukuki işleme konu olur. Gerçekte o şeyin ağırlığı, hacmi veya sayısal miktarı olsa da bu işlem sırasında göz önünde bulundurulmaz. Onun için bir kimse karşı tarafla parça borcu teşkil etmesi hususunda hem fikir olduğu biricik bir malı ödünç olarak vermeye kalkarsa bunun anlamı, karşı tarafı ifası imkânsız bir işlemle yükümlü tutmaktır. Herhalde Paulus bunun için “alacaklının rızası olmadan bir şeyin yerine başka bir şeyle ödeme yapılamayacağı için...” şeklinde gerekçe sunarak mutuum akdinin parça borcu teşkil eden bir malda ifa imkansızlığından ötürü gerçekleşemeyeceğini anlatmaya çalışmıştır. Paulus'un açıkça ifade ettiği ve diğer hukukçuların işarette bulunduğu bu anlatıdan yola çıkarak denilebilir ki, Roma hukukunda ödünç konusu olacak malın tarafların uzlaşısına göre cins borcu teşkil etmesi zorunlu

hukukun birbirinden ayrılmasını sağlayan esas nokta toplumun genel algı ve uygulamalarından hareketle ortaya konulan nesnel nitelikleridir. Nitekim misli ve gayrimisli ayrımı eşya hukukuna göre yapılan bir ayrımdır. Fakat kişisel haklardan bahseden borçlar hukukunda ise malın ait olduğu sınıf, hukuki işlemdeki tarafların niyet ve maksatlarından hareketle değiştirilebilir. Eşya hukukuna göre misli sayılan bir mal, öznel bir şekilde tarafların onun biricikliğini ön plana çıkarmasıyla gayrimisli mesabesinde muamele görebileceği gibi, tarafların gayrimisli sayılan bir malı miktarı, sayısı, belki de şekilsel benzerliği üzerinden ölçümleyerek onu ikame mal olarak ele alması da mümkündür. Nitekim sözleşme konusu belirli bir hayvan yerine, belirli bir türden şu sayıda hayvan üzerinde anlaşılırsa esasen burada yapılan şey, toplumsal olana aykırı olarak hayvanın sayılarak belirlenen misli bir mal gibi taraflarca işleme konu edilmesidir. Buna göre belli bir ressamın on tablosu veya belirli türden sekiz at şeklinde gerçekleşen borçlanma işlemleri somut ve maddeten belirli bir mal üzerinde değil taraflarca sayıyla belirlenmek suretiyle soyut bir mal üzerinde cereyan etmektedir. Toplumsal algı ve uygulamadan ziyade tarafların iradelerinin ön planda olduğu cins (genus) ve parça (species) borcu ayrımı ise borçlar hukuku konusudur. Hukuki işlemdeki borçlanılan konu, tarafların iradeleriyle somutlaştırdıkları ve birey haline getirdikleri yegâne bir eşyanın verilmesi ise burada parça borcu (species) söz konusudur. Fakat hukuki işlemin konusu, tarafların vasıf, miktar ve sayı gibi özelliklerini ön plana çıkararak soyutlaştırdıkları ve biricikliğinden sarfınazar ettikleri ikame edilebilen bir mal ise burada cins borcu (genus) söz konusudur. Eşya hukukuna göre misli olan bir mal genellikle cins borcu, gayrimisli bir mal ise parça borcu olarak işlem görse de bu korelasyon zorunlu değildir. Cins ve parça borcu ayrımının, borçlunun kusuru olmadan borç konusunun zayı olması veya zarar görmesi durumunda önem kazandığı ve böyle bir durumda parça borçlusunun borcundan kurtulacağı, cins borçlusunun ise tür telef olmayacağı (genus non perit) için borcunun devam edeceği ifade edilmişse de buna itiraz edilmiş, türün piyasadan tamamen kalkması veya tedavülden kaldırılmasıyla cins borcunun ifa imkansızlığından ötürü devam edemeyeceği öne sürülmüştür. Ayrıca bu ayrımın gereksiz olduğu, cins borçlularının da en geç ifa aşamasında parça borcuna dönüştükleri söylenmiş ve ifa imkansızlığıyla ilişkili meselelerin güven ilkesi temelinde çözülebileceği iddia edilmiştir. Krş. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 410; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 9-10; Rona Serozan, “Parça Borcu-Çeşit Borcu: Aşılması Gereken Bir Ayrım”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5 (Haziran 2011), s. 214, 217, 219, 237.

²⁹⁵ D. 12, 1, 2, pr.-3; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/357.

olup parça borcu olması asla düşünülemez. Fakat eşya hukukunda nesnel niteliklerine göre mislî veya gayrimislî bir mal, sözleşmenin taraflarınca cins borcu sayılması kararlaştırıldığı müddetçe ödünç konusu olmaya elverişli olmalıdır. Bu durumda mutuum akdinin konusunun mislî ve tüketilebilen mallardan olması gerektiğine dair açıklamalar, genelde cins borcuna konu olan malların bu türden mallar olduğuna işaret gayesine matuf olabilir.

Genel alacak hakkının (creditum), malın ödünç verilmesi sonucu oluşan özel alacak hakkından daha geniş bir kavram olduğunu ifade eden Paulus, türün kendi kapsamı içine giren bireyden farklılığını örnek göstererek aralarındaki tam girişimliğe dikkat çekmiştir.²⁹⁶ Bu ilişkinin gerekçesini ise genel anlamdaki alacak hakkının mislî eşya dışındaki mallarda da söz konusu olabileceğini, mutuum akdindeki alacak hakkının sadece mislî malların verilmesiyle oluşabildiğini; para borcu özelinde düşünülürse önceden yapılmış olan bir ödeme olmadan da genel manadaki alacak hakkından söz edilebileceğini, buna karşın önceden ödünç olarak para verilmediği sürece ödünç sözleşmesinden doğan bir para alacağından bahsedilemeyeceğini söyleyerek izah etmiştir.²⁹⁷ Real bir akit olan (re contrahitur) mutuum akdinin, ödünç verenin alana karşı yapmaya hukuken zorunlu olmadığı bir eylem sonucunda (causa credendi) benzeriyle ödeme şeklinde bir alacak hakkı elde ettiği ve ödünç alanın borç altına girdiği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde ödünç verilebilecek malların sadece tartı, ölçek veya sayıyla belirlenen eşyadan olabileceği ifade edilmiş ve bu mallar arasında tartılarak işlem gören altın, gümüş ve pirinç/sarı maden külçesi, hacim ölçü birimiyle işlem gören şarap, zeytinyağı ve tahıl, tartılarak değil sayılarak işlem gören para (pecunia numerata)²⁹⁸ sayılmıştır. Burada dikkat edilmesi

²⁹⁶ Burada Arapça sözlüklerde ve fıkıh kitaplarında deyn ile karz arasındaki umum husus mutlak ilişkisi akla gelmektedir.

²⁹⁷ D. 12, 1, 2, pr.-3; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/357.

²⁹⁸ Hukuki işlemlerde mübadele aracı olarak kullanılan ve diğer malların ekonomik değerini ölçmeye yarayan mislî mala para (pecunia) denir. Roma'nın ilk dönemlerinde mübadele aracı olarak öncelikle çiftlik hayvanlarının kullanıldığı ve Latince "pecunia" kelimesinin sürü hayvanı (sığır veya koyun) anlamındaki "pecus"tan geldiği, bunun da ilk mübadele aracının hayvan olduğunu gösterdiği söylene de Yaşlı Plinius'un (ö. MS 79) yazdığı *Naturalis Historiae* adlı eserde, Romalıların ilk dönemlerde sadece ham bakır külçesini mübadele aracı olarak kullandıkları, Roma'da ilk defa bakır külçesi üzerine damga vuranın Roma'nın altıncı kralı Sevius Tullius (ö. MÖ 535) olduğu ve bu damgalama işleminde sığır resmi kullandığı için paranın sığır anlamına gelen "pecudum"dan türeyen "pecunia" adını aldığı belirtilmektedir. Arkeolojik kalıntılar da bunu desteklemektedir. Ayrıca kolaylıkla zarar görebilecek olan, taşıma zorluğu bulunan ve mislî olmayan bir eşyanın para olarak kullanılması antik insan için de tuhaf bir durum olurdu. Krş. John Bostock ve Henry Thomas Riley, *The Natural History of Pliny*, London: Henry G. Born, 1857, 6/89; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 154-155; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 263-264. Roma'da ilk dönemlerde para olarak ham bakır külçesi kullanıldığı için buna "aes rude" (ham bakır külçesi) deniliyor ve tedavülü hem tartılarak hem de ayağı kontrol edilerek gerçekleştiriyordu. Burada devletin paraya müdahalesi yoktu. Sonra MÖ VI. asırda Kral Servius'un madenin saflığını göstermek amacıyla damga

gereken hususlardan biri de altın, gümüş ve pirinç madenlerinin külçe halinde tartılarak işlem gördüğü, fakat aynı madenlerden devlet tarafından sikke olarak basılan paraların miktarının sayıyla belirlendiğidir.²⁹⁹

Modern literatürde, Roma hukukundaki para ödünçüne özel olarak fiilen verilen parayla aynı türden paranın iade edilmesinin -ödünçün kuruluşu sırasında kararlaştırılmadığı sürece- gerekli olmadığı ve bu hususun tamamen borçlunun tercihinin bırakıldığı öne sürülmüş, paranın fiziksel varlığının değil alım gücü miktarının dikkate alınması gerektiğine dair Papinianus'tan aktarılan bir mesele kanıt olarak sunulmuştur.³⁰⁰ Buna göre altın para ödünç almış olan birisi, geri ödemeyi aldığı türden altın parayla yapabileceği gibi aynı değerdeki gümüş parayla da yapabilecektir. “Zira para ödünçünde madeni paranın türünden çok temsil ettiği değer önem taşımaktadır.”³⁰¹ Diğer taraftan durumun ödünç alacaklısı aleyhine bir sonuç doğurmaması gerektiği belirtilerek, zarara uğraması durumunda verdiğinden farklı bir malı kabul etmeye alacaklının zorlanamayacağına dair Paulus'tan aktarılan diğer bir meseleyle iddia sınırlandırılmıştır.³⁰² Sözleşme sırasında kararlaştırılmayıp fiilen verilenden başka bir parayla ödeme yapılabilmesi (altın sikke verip gümüş sikke almak gibi)

vurduğu “aes signatum” (damgalı bakır) kullanılmaya başlandı. Burada devletin parayı kontrolü başlamıştır. Bu parayla yapılan işlemlerde üzeri işaretlendiği için madenin ayarını kontrol etmeye gerek kalmamışsa da hâlâ bu para tartılarak işlem görmektedir. Roma'nın ilk sayılarak işlem gören parası, MÖ IV. yüzyılda çıkartılan, dökme bronzdan yuvarlak bir para olan “aes grave”dir (ağır bronz). Bu paranın değişiminde ayar kontrolü ve tartıya gerek olmayıp belirli ölçü ve ayarda basıldığı için sadece sayısını bilmek yeterliydi. Roma'nın esas gümüş sikkesi olan denarius, ilk kez Yunanlıların “drahmi”si model alınarak MÖ III. yüzyılda basılmıştır. Bu tarihe kadar Roma'da sadece bakır ve bronz madenleri sikke olarak basılmıştır. Roma'nın esas altın sikkesi olan “aureus” Caesar'ın ölüm yılında (MÖ 44) basılmaya başlanmıştır. Önceleri “denarius”un çeyreğine denk bir gümüş para olarak basılan “sestertius”, sonradan pirinç madeninden yapılmış ve böyle devam etmiştir. “As” ise “aes”ten gelmekte ve bakır para olarak kullanılmaktaydı. Alım gücü açısından bir altın aureus 25 gümüş denarius, bir denarius dört sarı maden/pirinç sestertius, bir sestertius ise iki buçuk bakır “as”a eşit kabul ediliyordu. (1 aureus=25 denarius=100 sestertius=250 as) Bk. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 263-266.

²⁹⁹ I. 3, 14, pr; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 327. Paulus parayı şöyle izah etmiştir: “Mal (re) terimi para (pecunia) teriminden daha geniştir. Zira mal (re) ifadesi sadece malvarlığımızın hesabına dahil olan hakları değil, aynı zamanda malvarlığı dışında kalan maddi eşyayı da içerir. Buna karşın para (pecunia) yalnızca malvarlığı kapsamındaki haklara işaret eder.” Bk. D. 50, 16, 5, pr.; Watson, *The Digest of Justinian*, 4/448. Bu tanım paranın maldan daha özel bir terim olduğunu ve paranın sadece bireye ait malvarlığına dahil olabilecek hakları ifade etmek için kullanıldığını söylemektedir. Muhtemelen res sacrae (kutsal eşya) gibi malvarlığına dahil edilemeyecek eşyanın (res extra patrimonio) mal olup parasal değeri olmadığını anlatmaya çalışıyor. Diğer bir yerde Ulpianus, para olarak kullanılacak eşyanın sayılarak kullanılan metal sikkelerden ibaret olmadığını, her türlü maddi eşyanın para olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Bk. D. 50, 16, 178, pr.; Watson, *The Digest of Justinian*, 4/462. Hermogenianus'a göre para (pecunia) terimi, sadece sayılarak kullanılan metal sikkeyi değil, bununla birlikte hem menkul ve gayrimenkul maddi eşyayı hem de hakları kapsayabilir. Muhtemelen burada para teriminin Roma hukukundaki kullanım alanının genişliğine dikkat çekilmiş ve haklar da dahil olmak üzere malvarlığına girebilen ve ekonomik değeri bulunan her şeye para (pecunia) tabirinin kullanıldığı söylenmiştir. Bk. D. 50, 16, 222; Watson, *The Digest of Justinian*, 4/467; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 155.

³⁰⁰ D. 46, 3, 94, 1; Atak, *Mutuum*, s. 153 dn. 359.

³⁰¹ Atak, *Mutuum*, s. 153.

³⁰² D. 46, 3, 99; Atak, *Mutuum*, s. 153-154.

Roma hukukundaki “datio in solutum” (ifa yerine temlik) gibi gözükmektedir. Literatürde ise buradaki tercih hakkının borçluya değil tamamen alacaklıya ait olduğu bildirilmiştir.³⁰³ Dolayısıyla meselenin sadece alacaklının zarara uğramasıyla sınırlı olmadığı ve tercih hakkının borçluya değil alacaklıya ait olduğu düşünülmektedir.

C. Mutuum Akdinin Öne Çıkan Özellikleri

1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Karşılıksız Bir Sözleşme Olması

Roma hukukunda mutuum akdi karşılıksız (ıvazsız) nitelikte bir sözleşme olarak kurgulandığı için, ödünç konusunun teslimi sonucunda benzeri bir mal geri verme borcundan başka herhangi bir asli yükümlülük doğurmamaktaydı. Dolayısıyla talep ve dava açma hakkı, fiilen veya hükmen verdiği miktarla sınırlı olmak üzere sadece ödünç veren için tanınmış, ödünç isteyen içinse herhangi bir talep hakkı söz konusu değildi. Buradaki dava, alınan malın bir şekilde iadesini öngören, sebepsiz zenginleşme, hırsızlık ve stipulatio gibi hukuki durumlarda söz konusu olan ve genel adıyla condictio denilen bir davaydı. Sadece ödünç veren tarafa talep hakkı bahşedildiği ve ödünç alan taraf bu talebe cevap vermekle yükümlü tutulduğu için, mutuum akdi tek tarafa borç yükleyen bir akit olarak kabul edilmişti. Yine mutuum akdine dayalı olarak ödünç konusunun kullanılması karşılığında faiz gibi bir ıvaz talep edilmesi de akdin bu yapısına ters olduğu için yasal olarak mümkün görülüyordu. Bundan dolayı genellikle ayrı bir stipulatio akdi yapılması gerekliydi. Bu açıdan bakıldığında da mutuum akdi, tek tarafa borç yükleyen, yani sadece ödünç alan tarafa geri verme borcu yükleyen bir akit olarak nitelendirilmiştir.³⁰⁴ Konuyla ilgili Klasik Dönem metinlerine bakıldığında bir şeyin verilmesiyle kurulabilen borç ilişkisinin sadece verilen ölçüsünde kurulabileceği, dolayısıyla mutuum kapsamında ödünç alanın aldığından fazlasına dair yükümlülük altına sokulamayacağı, bununla birlikte ödünç veren kendisinden istenen miktardan fazlasını vermişse talep hakkının istenen miktarla sınırlı olacağı aktarılmıştır.³⁰⁵ Bu da borcun sadece alan tarafta oluştuğunu göstermesi bakımından önemlidir.

³⁰³ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 54, 71.

³⁰⁴ Atak, *Mutuum*, s. 155, 160.

³⁰⁵ D. 2, 14, 17, pr.; D. 12, 1, 11, 1; Codex 4, 30, 9; The Code of Justinian, Samuel Parsons Scott (çev.), <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/> (05.06.2024); Atak, *Mutuum*, s. 156-157.

Doktrindeki baskın görüşe göre faizsiz mutuum akdinde ödünç veren ile alanın borçları arasında herhangi bir karşılıklılık (synallagma)³⁰⁶ ilişkisi bulunmayıp ancak tali bir sözleşmeyle faiz kararlaştırılmışsa borçlar arasında böyle bir nitelikten bahsedilebilirdi. Fakat Roma hukukunda ödünç alacaklısının faiz talebi mutuum akdine dayandırılmadığı, ancak stipulatio gibi bir yan sözleşmeyle mümkün olduğu için, bu şekildeki tali bir sözleşmeyle faiz talep edilen ödünç sözleşmesi, esasen tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen şekilsel nedenlerle böyle nitelendirilememekteydi.³⁰⁷ Bununla birlikte genellikle taraflar ek anlaşma yapma zahmetine girmek yerine, faiz borcunun yanı sıra asıl borcu da stipulatio kapsamına alarak anaparanın geri verme borcunu mutuum yerine bu sözlü akde dayandırdıklarından dolayı, böyle bir akitte karşılıklılık ilişkisinin bulunduğu şüphe yoktu. Bu şekilde yapılan faizli ödünç işlemi, mutuum akdi gibi real bir işlem olmayıp stipulatio akdi gereğince belirli sözlerle gerçekleştirilebilen sözlü (verbis) bir akit olarak değerlendirilir ve anapara ile faizin tamamı stipulatio akdinden kaynaklanan bir conductio ile talep edilirdi, faizin ise ayrıca talep edilmesine gerek kalmazdı. Pomponius gibi Klasik Dönem Roma hukukçularının da belirttiği gibi, ödünç vermek için mutuum yerine stipulatio akdi yapılacak olursa geri verme borcunun mutuum akdinde olduğu gibi ifa anında değil, belirli sözlerin söylenmesiyle meydana gelen stipulatio akdinin yapıldığı esnada doğacağı belirtilmiştir. Çünkü sözlü borç ilişkisi aynı borç ilişkisini içermekte ve ona üstün tutulmaktadır.³⁰⁸

2. Mutuum Akdinin Vadeye Bağlanmaması

Anapara ve faizin stipulatio akdi çerçevesinde birlikte ele alındığı ödünç işlemlerinin diğer bir ayrıcalığı ise geri verme borcunun ifa zamanı gibi ikincil unsurları bağlayıcı kılmaktı. Zira mutuum akdinde geri verme borcu ödünç konusunun mülkiyeti devredildiği anda doğduğu ve bu borca yönelik ifanın infisahî vadeye (dies ad quem) bağlanması ise Romalılara yabancı olduğu için, “ius civile”ye göre verilen ödünç alacaklı tarafından her zaman talep edilebilirdi.

³⁰⁶ Roma hukuk terminolojisinde iki tarafa borç yükleyen tam iki taraflı hukukî işlemlere için Yunancadan gelen “synallagma” ifadesi kullanılırdı. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 47; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 207. İki tarafa borç yükleyen akitlere “contractus bilaterales”, mutuum gibi tek tarafa borç yükleyen akitlere ise “contractus unilaterales” denildiği de aktarılmaktadır. Bk. Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 139-140; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 201. Tek tarafa borç yükleyen akitlere, sözleşme olarak iki tarafının bulunması gerektiği, fakat taraflardan sadece birinin borç yükü altına girdiği için “contractus bilateralis inaequalis” (eksik/eşit olmayan iki taraflı akit) tabirinin kullanıldığı öne sürülmüştür. Bk. Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 205.

³⁰⁷ Atak, *Mutuum*, s. 158-159.

³⁰⁸ D. 46, 2, 7; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 155.

Literatürde bu hususun, mutuum akdinin akrabalık, komşuluk veya dostluğa dayalı hatır ilişkisi temelinde faizsiz kısa dönem ödünçleri için kurgulanmış olmasından kaynaklandığı, bu sosyal bağların ise alacaklının konumunu kötüye kullanarak akdin kurgusuna aykırı biçimde alacağını mülkiyet devrinin hemen akabinde talep etmesine engel olduğu öne sürülmektedir.³⁰⁹ Taraflar arasında borcun belirli bir vadeye kadar talep edilmeyeceğine dair ius praetorium çerçevesinde bir anlaşma (pactum conventum/pactum de non petendo intra certum tempus) yapılması alacaklının talep hakkını ortadan kaldıracı nitelikte değildi. Bununla birlikte böyle bir alacaklının anlaşmaya aykırı biçimde vade dolmadan alacağını yasal yolla talep etmesi durumunda borçlu, anlaşmayı gerekçe göstererek bir defa (exceptio pacti conventi) ileri sürebilirdi.³¹⁰

3. Mutuum Akdinde Faizin Şart Koşulamaması

Roma'da tefecilik ve yasal sınırı aşan faizli ödünç hoş karşılanmayan bir işlemdi. Bir kısım Romalı tarihçiden aktarıldığına göre Roma toplumundaki faize ilişkin olumsuz algı Yunanlılar ve Perslerde de mevcut olup fakirlerin sömürülmesinde kullanılan faizli ödünç işlemleri bir tür vurgunculuk olarak nitelendirilmekte ve cinayete varan toplumsal huzuru bozucu eylemlere sebep olmaktaydı.³¹¹ Nitekim milattan önce 5. yüzyılda çıkarıldığı düşünülen XII Levha Kanunu'nda aylık on ikide birden fazla faiz uygulanamayacağı belirtildikten sonra, yasanın çıktığı dönemden daha eski devirlerde hırsıza iki kat para cezası verilirken tefeciye (feneratorum) dört kat ceza verilmesi hükmünün konulduğu ifade edilmiştir.³¹² Bu ise Roma toplumunda tefecinin hırsız gibi haksız kazanç elde ettiği ve başkalarına ait parayı bir tür çaldığı şeklindeki algıya işaret etmekte, hatta tefecinin durumunun hırsızdan kötü olduğunu ortaya koymaktadır. Belki de bu yüzden ticaret erbabı finansmana ihtiyaç duyduklarında ödünç almak yerine sermaye bulmalarını sağlayan şirket kurmaya ve ortaklıklara yönelirlerdi. Faizli ödünç ise genellikle fakir kişilere verilirdi.³¹³

Roma'da yasal çerçeve içerisindeki faiz genellikle “usurae” terimiyle ifade edilmiş olup anaparaya bağlı ferî bir borç olarak miktarı aya göre belirlenen, borç ilişkilerinde sırf kanundan veya tarafların iradesinden doğabilen, özellikle parasal ödünç işlemlerinde söz konusu olan ve sermayesini kullanıma sunarak elden

³⁰⁹ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 156; Atak, *Mutuum*, s. 164.

³¹⁰ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 67-68, 150; Atak, *Mutuum*, s. 163, 174.

³¹¹ Atak, *Mutuum*, s. 168.

³¹² Sema Sandalcı, “On İki Levha Yasaları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul SBE, 1993), s. 56; Atak, *Mutuum*, s. 166-167.

³¹³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 159.

çıkarması veya ondan mahrum kalması karşılığında alacaklıya ödenen orantısız bedele denilmekteydi.³¹⁴ Dar hukuk davası doğuran mutuuma ek olarak pactum yoluyla (pactum usurarum) taahhüt edildiğinde alacaklının faizi (usurae ex pacto) dava yoluyla doğrudan (ipso iure) talep hakkı bulunmasa da eksik borç (obligatio naturalis) olarak kabul edildiği için ödeme yapıldığı takdirde geri istenemezdi. Hüsniyet davası doğuran alım satım gibi akitlerde ise pactum yoluyla faiz anlaşması yapılırsa, hüsniyet davası olan satıcının davası (actio venditi) kapsamında faiz ödemesi de talep edilebilirdi. Nitekim Klasik Sonrası Dönem’de usulsüz vedia (depositum irregulare) akdi hüsniyet davası doğurduğu için karz gibi ayrı bir stipulatio akdine gerek kalmaksızın ek bir anlaşmayla (pactum) faiz talep edilebilirdi.³¹⁵ Belki de stipulatio zahmetinden kurtardığı için böyle bir akit icat edilmişti. Yasal sınırın üstünde faiz alan tefecilere “foenerator” denilmesinden hareketle kanuni haddi aşan faize “fenus” veya “foenus” denilebileceği gibi kesir veya yüzdelik olarak faiz miktarına da aynı tabirler kullanılmaktaydı.³¹⁶ Nitekim Klasik Dönem metinlerinde faizin orantılı olarak belirtildiği ödünç sözleşmelerine bu kökten gelen kelimelerle nitelendirilmekteydi.³¹⁷

Ödünç işlemlerinde ödünç isteyen genellikle mali açıdan sıkıntıda olup dezavantajlı bir konumdadır. Sermaye sahibi ise yüksek faiz talep ederek onun bu durumunu kötüye kullanabilirdi. Bu yüzden Roma hukukunda zayıf tarafı korumak için birtakım tedbirler alınmış, bu kapsamda faizi yasaklama veya faiz oranlarının belirli seviyelerde tutulması yoluna gidilmiştir. XII Levha Kanunu’nda aylık basit faizin anaparanın on ikide birini (unciario fenore) geçemeyeceği belirtilmişti. Bu ise aylık yaklaşık %8,33, yıllık ise %100’e karşılık gelmekteydi.³¹⁸ MÖ 347’de bu faiz oranı eskisinin yarı miktarında (semunciarium tantum ex uncario fenus) uygulanmış olup borçlara toplam dörtte bir oranında indirim yapıldığı ve geri kalanın da yılda üç takside bağlandığı

³¹⁴ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 219. Klasik Dönem Roma hukukçularından Ulpianus’a göre faiz (usurae), anaparanın semeresi mesabesindedir. (Usurae vicem fructuum optinent.) Bk. D. 22, 1, 34; Watson, *The Digest of Justinian*, 2/183; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 159.

³¹⁵ D. 16, 3, 29, 1; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 62; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 263, 346; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 151, 219; Atak, *Mutuum*, s. 174 dn. 433. Temerrüde düşen borçlunun ödemek zorunda olduğu kanuni faize ise “usurae ex mora” denilmekteydi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 219.

³¹⁶ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 75.

³¹⁷ Atak, *Mutuum*, s. 159-160.

³¹⁸ Sandalcı, “On İki Levha Yasaları”, s. 56; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 159-160; Atak, *Mutuum*, s. 165.

aktarılmaktadır.³¹⁹ Bundan beş sene sonra, yani MÖ 342’de ise Lex Genucia³²⁰ ile faizli ödünç vermek haksız fiil kategorisinde ele alınmış ve tamamen yasaklanmıştır.³²¹ Yine takriben MÖ 104 yılında çıkarılan Lex Marcia³²² adlı kanunla bu faiz yasağının teyit edildiği aktarılmaktadır.³²³ Roma’daki büyük çaplı iç karışıklıkların başlangıç zamanına denk gelen MÖ 88 yılında eski 1/12 oranındaki faizin (fenus unciarum) yeniden uygulamaya konulduğu nakledilmektedir.³²⁴ Cumhuriyet Dönemi’nin (MÖ 509-MÖ 27) sonlarına doğru aylık %1, yıllık %12 oranındaki faiz (centesimae usurae) uygulamaya sokuldu ve bu oran VI. yüzyıla kadar devam etti. Hristiyanlığın etkisiyle faize sıcak bakmayan İmparator Iustinianus ise faiz oranlarını düşürüp olağan faiz haddini aylık %0,5’e ve yıllık %6’ya (semisses usurae) indirdi. Tüccar ve bankerler için bir istisna uygulayarak bu oranı yıllık %8’e çekmekle yetindi. Fakat Romalıların muhtemelen Yunanlılardan aldıkları ve deniz ticareti yapan armatörlere yüksek faiz karşılığında geminin çıktığı limana salimen geri dönmesi şartıyla ödünç para verilmesi anlamına gelen “foenus nauticum” veya “pecunia praeiecticia” denilen deniz ödöncünde ise, önceden sınırsız uygulanan faiz oranını %12 ile sınırladı.³²⁵

Yine faizle ilgili tedbirler kapsamında toplamda anaparanın iki katını geçen faizler talep edilemezdi. Ayrıca tahakkuk etmesine rağmen ödenmeyerek biriken faizlerin anaparaya eklenmesi ve toplamı üzerinden tekrar faiz yürütülmesi anlamına gelen bileşik faiz (anatocismus/usurae usurarum) MS III. yüzyılda kesin biçimde yasaklanmıştı.³²⁶ Yasal sınırlar dışındaki bir faiz miktarının ödünç akdinde şart koşulması durumunda bu durum anaparaya dair olan mutuum işlemini ve yasal miktardaki faiz anlaşmasını etkilemez ve geçersiz kılmazdı. Sadece yasal sınırı aşan kısma dair koşul geçersiz olurdu. Şayet borçlu ödemek

³¹⁹ Atak, *Mutuum*, s. 167 dn. 407. Bu faizin yüzdelik oranının %0,5 olduğu ileri sürülmüşse de kaynak metinde faizin indirilmesiyle borçların dörtte bir oranında eksildiği ifade edilmiş olup, bunun ise sadece bu faiz oranının kesir olarak aylık 1/24 ve yıllık ½, yüzdelik olarak aylık yaklaşık %4,16 ve yıllık %50 olması durumunda olabileceği göz önüne alınmalıdır. Buradan hareketle XII Levha Kanunu’nda “unciarium” şeklinde geçen faizin de aylık 1/12 (yaklaşık %8,33) ve yıllık 1/1, yani %100 olması gerekir.

³²⁰ Lex Genucia: Takriben milattan önce 342 yılında çıkartılan, faizli ödünç işlemlerini suç sayarak yasaklayan ve yürürlükte kalmasının kısa sürdüğü düşünülen kanun. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 119.

³²¹ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 119. Umur, bu kanunun uygulamasının kısa sürdüğünü söylemişse de bundan iki sayfa sonra Lex Marcia’nın bu kanunu teyit ettiğini söylemiş ve kanunun tarihini yaklaşık olarak MÖ 104 olarak vermiştir. Eğer iki tarih arasında yasağın uygulanmasında bir inkıta yaşanmadıysa bu, yaklaşık iki buçuk asra yakın bir zaman diliminde Roma’da faizin yasak olarak kaldığı anlamına gelir.

³²² Lex Marcia: Yaklaşık olarak milattan önce 104 senesinde yürürlüğe giren, Lex Genucia’dan sonra faiz yasağını teyit eden ve özellikle yüksek orandaki faizler için çıkartılan kanun. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 121-122.

³²³ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 121-122; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 159.

³²⁴ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 168; Atak, *Mutuum*, s. 169.

³²⁵ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 52-53; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 168.

³²⁶ D. 12, 6, 26, 1; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 53; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 23; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 169; Atak, *Mutuum*, s. 170.

zorunda olmadığı yasal sınırı aşan faiz oranını ödemişse bu miktar mümkünse anaparaya mahsup edilir, değilse sebepsiz zenginleşme gerekçesiyle iadesi istenebilirdi.³²⁷

D. Mutuum Akdinin Özel Türleri ve Ona Benzeyen İşlemler

1. *Senatus Consultum Macedonianum* ve *Aile Evlatlarına (Filius Familias) Verilen Ödünçler*

Roma’da esasen kralın danışma kurulu görevini yürüten ve devlet yönetimindeki organlardan biri kabul edilen “senatus”un yaptığı istişareler sonucunda aldığı kararlara senatus kararı (senatus consultum) denilmekteydi. İmparatorluğun başlarından itibaren bir tür müeyyidesiz kanun hükmünde kabul edilen senatus kararları, özel hukukta yararlanan açısından dava (actio) hakkı oluşturmaya da ius honorarium kapsamında bir defa hakkı sağlayabiliyordu.³²⁸ Roma hukuku literatüründe senatus kararları genellikle karar teklifini getiren magistra³²⁹ veya senatusun en kıdemli üyesinin adıyla anılsa da bazen kararın çıkmasına neden olan kişiyle de nitelendirilebiliyordu. Konumuzla ilişkili olan ve başlıkta zikredilen senato kararı da muhtemelen MS I. yüzyılın ilk yarısında yaşamış olan “Macedo” adlı bir aile evladından (filius familias)³³⁰ gelmektedir. Macedo, yüksek faizli ödünç aldığı tefecilerin baskılarına dayanamayarak borçlarını ödeyebilecek bir duruma gelmek için babasını öldürmesi üzerine mesele Roma senatosuna intikal etmiş, istişareler sonucunda Senatus Consultum

³²⁷ D. 12, 6, 26, pr.; D. 22, 1, 20; D. 22, 1, 29; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 169; Atak, *Mutuum*, s. 171-173.

³²⁸ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 28, 50, 94; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 191-192. Senatus kararları Roma hukukunda hiçbir zaman müeyyideli dava hakkı doğuran bir nitelik kazanmamıştır. Zaten imparatorluğun son döneminde de formaliteye dönüştükten sonra yürürlükten tamamen kaldırıldı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 94; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 192.

³²⁹ Magistratus: Roma’da yürütmenin parçası olan ve devletin başındaki en yüksek derecedeki memura verilen isim. Günümüzde “bakan”a karşılık geldiği söylenebilir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 131.

³³⁰ Filius familias: Aile evladı. Bir aile reisinin (pater familias) fiilen hakimiyeti (patria potestas) altında bulunup bu açıdan alieni iuris olan ve meşru bir evlilikten doğan veya evlat edinilmiş çocuklar için kullanılan, Roma toplumundaki aile durumunu (status familiae) belirten terimlerden biridir. Yedi yaşını doldurmuş küçükler (infans), yedi yaşından büyük olup ergenliğe ermemiş olan çocuklar (impubes) ile henüz 25 yaşını ikmal etmeyip kazaen reşit sayılmayan genç erkekler (puberes minores) bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi ileri yaştaki çoluk çocuğa karışmış ama babası ya da dedesi hayatta olup henüz onun hakimiyetinden çıkarılmamış olan biri de aile evladı olarak değerlendirilirdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 167-168; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 74-75. Dolayısıyla yukarıda adı verilen senato kararının sadece 25 yaş altındaki gençleri kapsadığını söylemek isabetli gözükmemektedir. Zira karar metninde geçen ifade aile evladı (filius familias) olup reşit olmayan genç erkekler (puberes minores) şeklindedir. Krş. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 179; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 47; Atak, *Mutuum*, s. 187-188.

Macedonianum adında bir kararla³³¹ herhangi bir aile evladına (filius familias) babasının hakimiyetindeyken ödünç para verenlerin, aile evladı baba hakimiyetinden çıkarılsa veya aile reisi ölüp sui iuris olsa bile verdikleri ödünç hukuken (ipso iure) geri vermesini talep edemeyecekleri gibi aile babasına veya dedesine karşı da dava açamayacakları hükmü getirilmiştir.³³² Böylece dava yolu kapatılarak, alieni iuris olan baba veya dede hakimiyetindeki aile evlatlarına para ödünç vermek isteyenlerin caydırılması ve tefecilerin tahrikiyle kötü huylu aile evlatlarının ellerine baba kanı bulaştırması gibi sansasyonel olayların önüne geçilmesi hedeflenmiştir.³³³

Yasağa rağmen bir kimsenin aile evladına ödünç verip geri ödemesi için başvuruda bulunması durumunda praetor,³³⁴ genellikle dava talebini kabul eder ve ilgili senato kararı uyarınca davalıya bir defî hakkı (exceptio senatus consulti Macedoniani) tanıyarak öne sürülen savı inceleyip karara bağlaması için hâkime sevk eder veya baştan dava talebini (denegare actionem) reddederek davacıya hâkim önüne gitme imkânı tanımazdı.³³⁵ Senatus consultum Macedonianum'a aykırı şekilde gerçekleştirilen ödünç işlemi, eksik borç ilişkisi (obligatio naturalis) niteliğinde olup borcun ifası dava yoluyla icra edilemezdi. Fakat aile babası veya sui iuris olduktan sonra aile evladı alacaklısına kısmen veya tamamen ödeme yaparsa, yanlışlıkla bile olsa yaptığı ödemenin iadesini isteyemezdi. Zira alacaklıya karşı yaptırım olarak tanınan defî haklarında, hataen de olsa ifa gerçekleşmişse verilen geri istenememekteydi.³³⁶

³³¹ Bu senato kararının MS I. yüzyılda çıkartılmış olduğu bilinmekle beraber, tam olarak hangi tarihte ve hangi imparator döneminde çıkarıldığı hususunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bu senato kararının İmparator Claudius (MS 41-54) döneminde MS 47 yılında çıkartıldığı söylene de öğretide tarihi tam olarak bilinmemekle beraber İmparator Vespasianus döneminde (MS 69-79) çıkarıldığı görüşünün çoğunlukta olduğu aktarılmaktadır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 342; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 53; Atak, *Mutuum*, s. 181.

³³² D. 14, 6, 1, pr.; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/431; I. 4, 7, 7; Sandars, *The Institutes of Justinian*, s. 463; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 342; Atak, *Mutuum*, s. 182-184.

³³³ Roma'daki baba hakimiyeti (patria potestas) ve aile statüleri sistemiyle yakından bağlantılı olan senatus consultum Macedonianum'a istinaden ödünç alana defî hakkının tanınması hükmü, ilginç bir şekilde esasen bu sistemin uygulanmadığı Almanya'da 19. yüzyılın sonuna kadar hukuken varlığını sürdürdüğü aktarılmaktadır. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 181.

³³⁴ Praetor: Cumhuriyet Dönemi'nden itibaren devlet gücünü fiilen kullanabilme yetkisine (imperium) sahip devlet yönetiminin üst düzey memurlarından (magistra) biri olup genellikle hukuki işlerle ilgilenir, anlaşmazlıkları inceleyerek hangi hukuk kuralının uygulanacağını tespit eder ve hâkime (iudex) sevk ederdi (iurisdictio). Bu safhaya magistra önünde anlamında "in iure" veya "in ius" denirdi. Her magistra gibi praetor da beyanname (edictum) yayımlama hakkına (ius edicendi) sahip olup bununla görev süresince, bazen de daimî olarak (edictum perpetuum/praeoris) kazâi açıdan uyulmasını istediği talimatı ilan ederdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 25, 89; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 48, 63, 84, 131, 168.

³³⁵ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 177; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 148; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 57, 69.

³³⁶ D. 12, 6, 40, pr.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 179-180.

Roma hukuku kaynaklarında *senatus consultum Macedonianum*'un nasıl ve hangi şartlarda uygulanacağına dair birçok sınırlama bulunmaktadır. Bu kapsamda aile evladı baba hakimiyetindeyken aldığı ödünç *sui iuris* olduktan sonra açık veya örtülü bir irade beyanıyla ikrar etmesi veya tecdit (*novatio*) yoluyla borcunu yenilemesi durumunda *senato* kararı uygulanmamaktaydı.³³⁷ Klasik Dönem Roma hukukçularından aktarıldığına göre, parayı geri ödeyeceğini *stipulatio* yoluyla taahhüt ettikten sonra ödünç alanın statüsünün değişmesi durumunda belirleyici olan ödünçün fiilen verildiği andır. Aile evladı *alieni iuris* iken ödünç anlaşması yapıp parayı geri ödeyeceğini *stipulatio* yoluyla taahhüt ettikten sonra ama parayı fiilen almadan önce *sui iuris* olursa ve bu durumdayken teslim gerçekleşirse bu ödünç işlemi *senato* kararı kapsamına girmez. Bunun aksine *sui iuris* iken *stipulatio* yoluyla geri ödemeyi taahhüt edip fiilen parayı teslim almadan önce *alieni iuris* olursa ve bu durumdayken teslim gerçekleşirse *senatus* kararı uygulanmalıdır.³³⁸ Öte yandan aile evladı, gerçekte baba hakimiyetinde olup ödünç istediği kişiye kendisinin *sui iuris* olduğu izlenimi vererek işlemi gerçekleştirirse *senato* kararından doğan *defi* hakkından yararlanamazdı. *Senato* kararından doğan *defi* hakkı, yalnızca aile evladı olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kimselere karşı ileri sürülebilirdi.³³⁹

Senatus consultum Macedonianum kural olarak sadece para ödünçleri için geçerli olup tahıl veya benzeri bir tüketilebilen misli bir malın ödünç verilmesi durumunda davalıya ödünç hakkı tanınmaz. Fakat aile evladına yasal olarak ödünç para veremeyecek bir kimse, *senato* kararını dolanmak amacıyla bunun yerine ona tahıl veya benzeri ödünce konu olabilecek bir malı satması ve borcun ödeneceğini *stipulatio* ile taahhüt altına alması ya da böyle para dışındaki bir malı üçüncü bir şahsa satıp para elde etmesi amaçlanmışsa buradaki işlemler *senato* kapsamında değerlendirilirdi.³⁴⁰

Aile evladı sefahat için değil de babası tarafından destekleneceğinin bilindiği bir gerekçeyle ödünç alırsa bu durum *senato* kararı kapsamında değerlendirilmezdi. Örneğin Romalı bir aile evladı, öğrenim amacıyla yurt

³³⁷ Atak, *Mutuum*, s. 192-193 dn. 54.

³³⁸ D. 14, 6, 3, 4; D. 14, 6, 6; Atak, *Mutuum*, s. 197-198. Bu durum sözlü bir akit olan “*stipulatio*”ya *mutuum* akdinin teslim (*traditio*) prensibinin uygulandığı garip bir örnektir. Zira ödünç işlemi aynı bir akit olan *mutuum* ile değil de *stipulatio* ile yapıldığında borcun bu akitten kaynaklanması ve göz önüne alınması gereken anın da taahhüt anı olması gerektiği düşünülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 340. Fakat *Digesta*’da yer alan bu örneklerde işlem *stipulatio* ile yapılmış olmasına rağmen statü değişikliğinde akit anına değil, borcun tamamlanması ödemeye olduğu için teslim anına bakılacağı ifade edilmektedir.

³³⁹ D. 14, 6, 19; D. 14, 6, 3, pr.; Codex 4, 28, 1-2; Atak, *Mutuum*, s. 193 dn. 54, s. 208.

³⁴⁰ D. 14, 6, 3, 3; D. 14, 6, 7, 3; Atak, *Mutuum*, s. 200-202.

dışında bulunup iâşesi için paraya ihtiyaç duyması halinde makul miktarı aşmadığı sürece aldığı ödünç için defi hakkını kullanamazdı.³⁴¹ Yine aile evladı ödünç parayı, defi yoluyla karşı koyamayacağı başka bir (eksik olmayıp tam) borcunu kapatmak maksadıyla aldıysa bu durumda da senato kararı uygulanmamaktaydı.³⁴² Ayrıca yönetmesi için kendisine sermaye (peculium) verilmiş olan aile evladının sermayesiyle orantılı şekilde ödünç alması durumunda bu ödünç işleminin senato kararı kapsamında değerlendirilmeyeceği bildirilmiştir.³⁴³ Benzer şekilde aile evladının babasının onayı olmadan ödünç aldığı esnada asker olması halinde, askeri hizmetle bağlantılı ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla para harcayacağı için sui iuris gibi kabul edilerek defi hakkından yararlanamayacağına hükmediliyordu.³⁴⁴ Fakat alieni iuris olan birinin kendisi gibi birine ödünç vermesi durumunda, kendisine yönetmesi için sermaye (peculium) verilmiş olsa bile geçerli bir ödünç sözleşmesinin kurulduğu düşünülmemekteydi. Çünkü kendisi gibi bir aile evladına ödünç vermesi, dava (actio) yoluyla alacağını talep edemeyeceği için parayı boşa harcaması şeklinde yorumlanıyordu. Buna rağmen ödünç verilmişse ve paralar aynen duruyorsa verilenin istihkak davası (rei vindicatio) yoluyla iadesinin talep edilebileceği, durmuyorsa sebepsiz zenginleşme kapsamında benzerinin tazmin ettirilebileceği söylenmiştir.³⁴⁵

Aile babası, hakimiyeti altındaki aile evladının yapacağı ödünç işlemine izin verirse veya borç altına girdiği karz sözleşmesine icazet verip onaylarsa artık bu borçla ilgili defi hakkı kullanılamamaktaydı. Aynı durum aile babasının aile evladına kendisi namına ödünç alması yönünde talimat ve vekalet vermesi durumu için de geçerliydi.³⁴⁶ Burada önemli olan nokta, aile evladını fiilen hakimiyeti altında bulunduran kimsenin işlemi onaylamasıydı. Dolayısıyla esasen dedesinin hakimiyeti altında olan bir aile evladının babası işlemi onaylayıp dedesi onaylamamışsa bu durum senato kararı uyarınca defi hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemekteydi.³⁴⁷ Aile evladı aldığı ödünç babasının malvarlığı için kullanırsa, parayı babası için almış gibi kabul edilerek senato

³⁴¹ D. 14, 6, 7, 13; Atak, *Mutuum*, s. 195-196. Ulpianus'tan aktarılan Digesta metninde, öğrenim amacıyla yurt dışında olan aile evladından bahsedilmekte ve babasının onun iâşesini karşıladığı geçmektedir. Bu metnin Roma'daki yaşantıdan bağımsız ele alınamayacağından hareketle, MS III. yüzyılda Romalı aile babalarının öğrenim amacıyla çocuklarını yurt dışına gönderdikleri ve masraflarını karşıladıkları söylenebilir.

³⁴² D. 14, 6, 7, 14; Atak, *Mutuum*, s. 204.

³⁴³ D. 14, 6, 1, 2-3; Atak, *Mutuum*, s. 211.

³⁴⁴ Codex 4, 28, 7, 1; Atak, *Mutuum*, s. 207-208.

³⁴⁵ D. 14, 6, 3, 2; Atak, *Mutuum*, s. 209-210.

³⁴⁶ Codex 4, 28, 7; Atak, *Mutuum*, s. 194.

³⁴⁷ D. 14, 6, 14; Atak, *Mutuum*, s. 194-195.

kararı uygulanmaz.³⁴⁸ Defi hakkından sadece aile evlatları değil, aynı zamanda actio de peculio³⁴⁹ ile kendisinden talepte bulunulabilecek olan aile babası ve borca kefil olan üçüncü şahıs da yararlanabilirdi. Diğer taraftan dava hakkından mahrumiyet sadece ödünç veren için değil, aynı zamanda onun hukuki halefleri için de geçerliydi.³⁵⁰

2. Nexum Akdi ve Mutuum ile İlişkisi

MÖ 754'ten MÖ 150'ye kadar olduğu kabul edilen Quirites Hukuku veya Eski Hukuk Dönemi'nde, Roma hukukunun icra usulüne ait dava şekillerinin (legis actiones) en eskisi olduğu ve XII Levha Kanunu'ndan (MÖ 451-449) önce özellikle suçüstü yakalanan hırsızlara uygulandığı söylenen “legis actio per manus iniunctionem”,³⁵¹ genellikle belirli miktar para borcunu ikrar eden veya bundan dolayı hüküm giyen (iudicatus) ve borcunu ödemek istemeyen kimselere tatbik edilmekteydi. XII Levha Kanunu'nun 3. levha 1 ilâ 6. maddelerinde beyan edildiği üzere, belirli miktar para borcu olduğu iddia edilen kişinin dava makamınca borçlu olduğu tespit edilip karar verildikten sonra ödeme yapması için 30 günlük yasal süre (dies iusti) verilirdi. Bu süre içerisinde borçlunun ödeme yapmaması veya kefil (vindex) göstermemesi durumunda, magistra huzurunda davacı tarafından el koyma (manus iniectio) işlemi gerçekleştirilir ve borçlu (addictus) prangaya vurularak alacaklının özel hapisanesine (carcer privatus) götürülürdü. Burada borçlu alacaklıyla uzlaşma sağlayana kadar 60 gün boyunca tutulur, bu süre içerisinde birbiri ardına üç pazar (çarşı) günü toplantı meydanına götürülür ve mahkûmiyet kararı ile borç miktarı ilan edilerek borcunu ödeyecek

³⁴⁸ D. 14, 6, 7, 12; Atak, *Mutuum*, s. 196-197.

³⁴⁹ Actio de peculio: Kendi namına iş yapabilsin diye kendisine sermaye (peculium) verilen hakimiyet altındaki kimsenin sermayeyi işletirken yüklediği borçlardan aile reisini sermaye oranında sorumlu tutan munzam praetor davası. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 5, 154.

³⁵⁰ D. 14, 6, 7, 6; D. 14, 6, 9, 3; Atak, *Mutuum*, s. 203-204.

³⁵¹ Legis Actio per Manus Iniunctionem: Çoğunlukla parayla ilgili anlaşmazlıklarda borçluya el koyma (manus iniectio) yoluyla uygulanan icra usulüne ait en eski kanunî dava şekli. Kararın infazı için 30 gün bekledikten sonra (dies iusti) davacı, borcunu ödemek istemeyen davalıyı yakalayıp magistra huzuruna getirerek “... şu kadar paraya mahkûm edildiğin halde borcunu ödemediğin ve kefil de (vindex) göstermediğin için sana el koyuyorum” der ve magistra davacıyı haklı görürse “addico” (magistranın, tarafların ileri sürdüğü bir beyana kendi beyanını ilave ederek onu kuvvetlendirme işlevini gören ve magistranın kaza salâhiyetini (iurisdictio) ortaya koyan kanuni söz) diyerek borçluyu alacaklının hakimiyetine terk eder (addictio), alacaklı da borçluyu (addictus) özel hapisanesine (carcer privatus) götürürdü. Addictus, hukuken köle değil, hür vatandaş sayılır ve statüsü değişmezdi. (Roma'da özel hapisaneler MS 388'e kadar kaldırılmamıştır.) Bazen el koyma işlemi, mahkûmiyet kararı çıkmadan da bireysel olarak alacaklı tarafından uygulanabiliyordu. Mahkeme dışında cereyan eden safhada borçlu alacaklının özel hapisanesinde hapsedilir, belli bir muameleye tabi tutularak borcunu ödemediği takdirde Roma şehrinin yakınındaki Tiber nehrinin ötesinde köle gibi satılabilirdi. Bk. Gai. 4, 21-25; Poste, *Gai Institutiones*, s. 463-465; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 237-239; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 17, 58, 60, 112-113, 134, 223.

veya kefil olacak biri aranırdı. 60 günlük hapis müddeti bittikten sonra hâlâ borç ödenmemiş veya kefil bulunamamışsa alacaklı, borçlusunu (devlet sınırları içerisinde Roma vatandaşının köleleştirilmesi yasal sayılmadığı için) Roma şehri yakınındaki Tiber nehrinin ötesine götürüp köle olarak satabilir³⁵² veya öldürebilirdi. Hatta alacaklıların birden fazla olması durumunda katledilecek borçlunun cesedi, intikam hislerinin tatmini uğruna sayıları oranında parçaya ayrılarak bölüşülebildiği söylenmişse de Kanun’da geçen bu paylaşırma eylemi, borçlunun geride bıraktığı ailesi ve/veya malvarlığının taksimi olarak yorumlanmıştır.³⁵³

Roma hukukunda borçlarını ödeyemeyecek durumda olan aciz halindeki borçlular (decoctores) için tek seçenek bu değildi. Borcunu ödememesi durumunda XII Levha Kanunu’nda belirtilen feci akıbeta düçar olacağını sezen borçlu, Roma’nın ilk dönemlerinden itibaren uygulanan bir alternatif olarak nexum denilen işlemi de tercih edebilirdi. Vadesi gelmesine rağmen ödenmemiş bir borcun ikrar veya mahkeme aracılığıyla tespitinden itibaren, borçluya tanınan 30 günlük süre sonunda magistra önünde alacaklı tarafından gerçekleştirilecek manus iniectio işlemine kadar, işleyen süreç açısından belirli miktar para borcunu ikrar eden ile bundan dolayı hüküm giyen borçlular arasında herhangi bir fark bulunmuyordu. Fakat borçlu süre sonunda magistra önüne getirilip borcunu ödemediği veya kefil bulamadığı takdirde, nexum işlemi yapmayan bir borçlu (addictus) XII Levha Kanunu’nda beyan edilen çok ağır sonuçlarla karşı karşıya kalabilmekteyken, nexum muamelesini yapmış bir borçlu için bunlar söz konusu olmazdı. Zira nexum akdi yapmış olan borçlu, vadesi gelmiş nexum kapsamındaki borcunu ödememesi durumunda, borcuna karşılık kişisel teminat

³⁵² Bu ifadeden yola çıkarak Antik Roma’da, üzerinde el koyma işlemi gerçekleşen borçlunun 60 günlük yasal süre bitene kadar köle sayılmadığı söylenebilir. Aynı şekilde nexus da Tiber nehri ötesinde köle olarak satılma işlemine maruz kalmayacağı için gerçek anlamda köle sayılmazdı. Manus iniectio ile el konulan addictus ve nexus, Tiber nehri ötesinde köle olarak satılmadıkları sürece köle statüsünde sayılmazlardı, el koymadan önceki hukuki statülerini korurlar ve malvarlıkları üzerindeki haklarını kaybetmezlerdi. Nitekim nexum borcunu sona erdiren nexi liberatio işlemi nexum denilen borçlunun bizzat kendisi işleme taraf olarak gerçekleştirebilmekteydi. Şayet köle sayılsaydı bunu yapamazdı. Fakat geçici süre de olsa alacaklının hakimiyeti altına girdikleri ve durumları köleliğe benzediği için bunlara “borç kölesi” (=debitum servus/debt slave) deniliyordu. Antik çağdaki toplumlarda borç esaretinin (debt-bodage) çokça rastlanılan bir durum olduğu ifade edilmektedir. Nitekim Babil’de MÖ 1792-1750 yılları arasında hüküm sürmüş olan Hammurabi döneminde çıkarılan kanunlarda (117. md.), hür bir kişinin borcunu ödeyememesi durumunda borcuna karşılık kendisini, karısını veya çocuğunu alacaklısına satabileceği veya üç yılı aşmamak kaydıyla bunların borç esiri olarak zorla çalıştırılabilecekleri, dördüncü yılda ise bu durumdan kurtulacaklarının geçtiği aktarılmaktadır. Bk. Avram Galanti, *Üç Sami Vazı-ı Kanun: Hammurabi, Musa, Muhammed*, İstanbul: Kağıtçılık ve Matbaacılık Anonim Şirketi, 1927, s. 66; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 196; Atak, *Mutuum*, s. 41 dn. 127; Mehmet Mert Özyıldırım, “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 1 (2022), s. 184, 199-201.

³⁵³ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 19, 237-238; Lügat s. 118; Sandalcı, “On İki Levha Yasaları”, s. 46-47, 63-64.

olarak emeğini alacaklısına sunduğu için, magistra önündeki safhada onun onayıyla birlikte alacaklısı tarafından el koyma işlemi (manus iniectio) gerçekleştirilir ve geçici bir süre köle gibi çalıştırılmak üzere alacaklının evine götürülürdü. Böylelikle nexum işlemi yapan borçlu, XII Levha Kanunu'nda açıklanan altmış günlük yasal süre sonundaki köleleştirme veya öldürülmeyle karşı karşıya kalmaz, doğrudan alacaklısının hakimiyetine girmeyi kabul ederek borcunu hizmetiyle ödemiş sayılırdı.³⁵⁴

Roma hukuku doktrininde en tartışmalı konulardan biri olarak kabul edilen nexum işlemi tanımlamaya yönelik açıklamalara, Roma hukukunun erken dönemlerinden itibaren rastlanabilmektedir. XII Levha Kanunu'nda “nexum” ifadesi geçmekteyse de burada sadece bu adla yapılan işlemin yasaya uygun olduğu belirtilmiş olup başka herhangi bir detaya yer verilmemiştir.³⁵⁵ Mancipatio da dahil olmak üzere bakır veya bronz maden külçesi ve terazi usulüyle (per aes et libram)³⁵⁶ yapılan her işlemin nexum olduğu Manilius'tan (ö. MÖ II. yy.)³⁵⁷ aktarılmışsa da görüşü nakleden Romalı dilbilimci ve tarihçi Marcus Terentius Varro'nun (ö. MÖ 27) ve birçok modern romanistin benimsediği Mucius'tan (ö. MÖ 82)³⁵⁸ nakledilen görüşe göre nexum, mancipatio

³⁵⁴ Atak, *Mutuum*, s. 63-64; Özyıldırım, “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, s. 197-201.

³⁵⁵ VI. Levha 1. Madde: “Taraf yükümlülük bağı kurduğunda ve iyelik devri yaptığında, mala sahip olmak için diliyle nasıl bildirmişse öyle hükmolunsun.” (cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.) Bk. Sandalcı, “On İki Levha Yasaları”, s. 30, 50; Atak, *Mutuum*, s. 50-52. “diliyle nasıl bildirmişse...” ifadesinden yola çıkarak nexum işleminde per aes et libram işleminin yanı sıra sözel şekil şartının da söz konusu olduğu söylenebilir. Bu törensel sözlü beyana “nuncupatio” denilmekteydi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 143.

³⁵⁶ Per aes et libram: Roma'da Eski Hukuk/Quirites Hukuku Dönemi'nde birçok hukuki muamelenin geçerli olarak kurulabilmesi için belirli şekil şartları bulunmaktaydı. Mancipatio, nexum, solutio, testamentum, emancipatio ve coemptio gibi birçok hukukî işlemin hukuken geçerli sayılabilmesi için gerçekten veya sembolik olarak yapılan işlem esnasındaki tartımların, Roma'daki toplumun farklı katmanlarını temsil eden ve Roma vatandaşı olan 5 şahidin tanıklığında, bakır veya bronz maden külçesiyle “libripens” şeklinde nitelenen bir kişi tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu tutulduğu usule “per aes et libram” adı verilmiştir. Ayrıca Eski Hukuk Dönemi'nde per aes et libram işlemlerinde para işlevini görmesi maksadıyla tartılarak kullanılan ham bakır veya bronz maden külçesine “aes rude” denilirdi. Bu usulde özellikle bakır veya tunç/bronz maden külçesinin kullanılmasının şart koşulması, bunların bugünkü İtalya sınırları içerisindeki Roma'da en yaygın bulunan metal türü olmasından kaynaklanabileceği ifade edilmiştir. Bu usulü uygulama zorunluluğunun XII Levha Kanunu'yla birlikte kaldırıldığı iddia edilse de bu kabul görmemiştir. Antik Roma'da MÖ III. yüzyılda parada standardizasyona gidilip Roma'daki gerçek anlamda ilk sikke olarak kabul edilen ve bronzdan yapılan “aes grave” ile gümüş “denarius”un tedavüle sokulmasıyla birlikte parada tartarak ölçme yerine sayarak belirleme (pecunia numerata) uygulamasına geçilmişti. Bu tarihten itibaren külçelerin per aes et libram usulüyle fiilen tartılmasına yönelik uygulama zorunluluğunun kaldırıldığı ve bu usulün sembolik olarak devam ettiği düşünülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 21, 155; Özyıldırım, “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, s. 185 dn. 24, s. 188-189.

³⁵⁷ Kesin olmamakla birlikte MÖ 149 yılında consul olarak görev yapan Cumhuriyet Dönemi hukukçusu Manius Manilius olduğu tahmin edilmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 132; Atak, *Mutuum*, s. 56 dn. 178.

³⁵⁸ Aynı soyadını taşıyan üç Klasik Dönem Roma hukukçusu varsa da burada kendisinden bahsedilenin en küçükleri olan, MÖ 95 senesinde consul olarak görev yapan, Roma özel hukukuna sistem ve yön veren hukukçu olarak tanınan, ius civile hakkında müellefatı bulunan ve MÖ 82 yılında ölmüş olan Quintus Mucius Scaevola olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 138; Atak,

haricinde per aes et libram usulüyle borç altına girmek için yapılan işleme denir.³⁵⁹ Yine Varro'nun "nexus" kelimesini, borcunu ödeyene dek borçlandığı paraya karşılık alacaklısı için köle gibi çalışması gereken hür kişi olarak tanımladığı nakledilmiştir.³⁶⁰ Ayrıca Romalı dilbilimci Sextus Pompeius Festus'tan (ö. MS III. yy.) aktarıldığına göre, per aes et libram usulüyle gerçekleştirilen ödünç verme işlemine "nexum" (veya nexi daito), nexum yoluyla borçlanılan paraya "nexum aes" ve böyle bir ödünç borcunu kapatmak için yine per aes et libram usulüyle gerçekleştirilmesi zorunlu olan ifa işlemine "nexi liberatio" (veya solutio per aes et libram) denilmektedir.³⁶¹

Doktrindeki hâkim görüşe göre nexum akdi, per aes et libram usulü kapsamında toplumun farklı katmanlarını temsilen beş şahit ve terazi tutucusu (libripens) huzurunda işlemdeki tarafların fiziken bir araya gelmesiyle (per aes et libram) ve faiz ve geri ödeme zamanı gibi yan edimler de eklenerek belirli kalıptaki törensel sözlerle (nuncupatio/damnatio)³⁶² icra edilen, fiilen veya sembolik olarak teraziyle tartıldıktan sonra ödünç miktarı olarak kararlaştırılan paranın ödünç isteyene verilmesi şeklinde gerçekleşen ve borçlunun vade tarihinde geri ödemeyi yapmaması durumunda mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın alacaklıya doğrudan icra (manus iniectio) aşamasına geçme imkânı tanıyan bir sözleşmedir.³⁶³ Nexum işleminin uygulaması şu şekilde tasvir edilmiştir: Ödünç istenen kişi, ilk dönemlerde uzlaşılan miktardaki bakır/bronz külçesini (aes rude) veya ilerleyen dönemlerde basılmış sikke şeklindeki parayı (aes grave/as/denarius) ödünç isteyene, terazi tutan (libripens) ile beş tanığın

Mutuum, s. 56 dn. 179.

³⁵⁹ Atak, *Mutuum*, s. 55-57; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 182-183. Nexum kelimesinin "neque suum" (ona ait değil) ifadesinden geldiğine dikkat çeken Varro, buradan hareketle işlemdeki borçlunun (nexus) uygulamada alacaklının mülkiyetine geçmediğini belirtmiştir. Her ne kadar nexus ile ilgili açıklaması kabul edilse de doktrinde nexum kelimesine dair yaptığı etimolojik açıklama pek kabul görmemiş olup kelimenin zincirlemek veya bağlamak anlamındaki "nectere" kelimesinden türediği görüşü ağır basmaktadır. Bk. Atak, *Mutuum*, s. 58; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 183.

³⁶⁰ Atak, *Mutuum*, s. 58; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 183.

³⁶¹ Atak, *Mutuum*, s. 59; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 184, 186.

³⁶² Damnatio: Eski Hukuk/Quirites Hukuku Dönemi'nde hâkimin veya bir Roma vatandaşının belirli bir konuda bir kimseyi borç altına sokan ve doğan borç ifa edilmediğinde alacaklıya doğrudan borçlu üzerine el koyma (manus iniectio) hakkı tanıyan, borcun konusu verme ise sonu "dare damnas esto" (vermeye mecbur olsun) şeklinde mistik etkisi olduğuna inanılan bir kalıp sözle biten beyana denir. Bu işlemdeki borçluya "damnatus" denir. Huschke'ye göre, nexum işleminde tanıklar önünde damnatio yapıldığı için alacaklı mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın doğrudan icraya geçebilmekteydi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 53-54; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 189-190. Nuncupatio: Özellikle nexum işlemi yapılırken ödünç konusunu devredenin söylediği şekle tabi sözlerle denir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 143. Nexum işleminde ödünç verenin söylediği sözler, genel anlamda şekle tabi törensel sözler olması bakımından nuncupatio ile ifade edilebileceği gibi özel olarak el koyma sonucu doğurması açısından damnatio olarak da nitelenebileceği düşünülmektedir.

³⁶³ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 49-50; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 141; Atak, *Mutuum*, s. 57-62; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 181, 185, 189, 208.

huzurunda, ödünç alana hitaben kendisine geri ödemeye yükümlü olduğunu belirttiği bir söz kalıbını söyler, buna faiz şartı ile vade tarihini ekler ve ödünç konusunu terazide tartardı.³⁶⁴ Ödünç alanın bunu kabul etmesiyle de işlem kurulmuş sayılırdı.³⁶⁵

Eski Hukuk Dönemi'ndeki akit ve hukukî işlemlere hâkim olan şekilsellik nexum akdinde de görülmekteydi. Geçerli bir şekilde kurulabilmesi amacıyla nexum muamelesi, bir yandan per aes et libram denilen törensel bir işlemle gerçekleştirilirken diğer taraftan ödünç verecek olan kişinin nuncupatio veya damnatio olarak nitelendirilebilecek belirli söz kalıplarıyla (certa verba) icra edilmekteydi.³⁶⁶ Doktrinde Roma hukukundaki en eski akit türlerinden biri olarak kabul edilen nexum sözleşmesinin sadece para ödünçlerinde kullanıldığı ve genellikle belirli bir faiz oranı şartının sözleşmeye eklenmesiyle gerçekleştirildiği kabul edilmektedir. Roma'da Eski Hukuk Dönemi'nde ticarî amaçlı ödünç almak isteyenlerin genellikle vadeli ve faizli şekilsel nexum işlemine başvurduğu; akraba, komşu ve dostlar arasında ise şekle tabi olmayan ve vadesiz ve faizsiz gerçekleştirilen mutuuum işleminin uygulandığı düşünülmektedir.³⁶⁷ Doktrinde antik metinlerden somut örneklerle desteklenen görüşe göre, nexum ödünçünden doğan doğrudan el koyabilme (manus iniectio) unsuru borçlunun bizzat kendisine uygulanabileceği gibi hakimiyeti (potestas) altında bulunan kişilere de uygulanabilmekteydi.³⁶⁸

³⁶⁴ Buradaki tartma işlemi, özellikle Roma'da sikkenin kullanımına geçilmesinden sonra sembolik olabilir.

³⁶⁵ Atak, *Mutuuum*, s. 62; Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 186.

³⁶⁶ Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 186. Nexum bu açıdan bir "contractus verbalis", yani tarafların birbirine uyumlu irade beyanından başka "ius civile" tarafından belirlenmiş sözlü şekilde kurulabilen bir sözleşmedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 49. Nexum işleminin belirli söz kalıplarıyla yapılması gerektiği doktrinde ağırlık kazanan görüş olmasına rağmen buna dair günümüze ulaşan somut bir metin olmadığı söylenmektedir. Çoğunluk ise bu görüşü karşıt işlem (contrarius actus) prensibine dayandırmaktadır. Eski Hukuk Dönemi'nde geçerli bu prensibe göre, kesinleşmiş bir işlemin hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için, o işlemin kuruluşunda kullanılan usule paralel bir usulün takip edildiği benzer bir işlemin yapılması zorunluydu. Nexum ödünçünün ortadan kaldırılabilmesi için yapılan işleme nexi liberatio denilmekte ve per aes et libram usulüyle icra edildiği için "solutio per aes et libram" (külçe ve terazi usulüyle ifa) olarak da adlandırılmıştı. Gaius'un *Institutiones* adlı eserinde (Gai. 3, 174) nexi liberatio işleminin icrasında per aes et libram yanında borçlu tarafından hangi şekilsel sözlerin kullanıldığına bir örnek verilmiştir. Bu örnekten yola çıkılarak karşıt işlem ilkesinde nexum işleminin kuruluşu esnasında da ödünç veren tarafından belirli kalıpta sözlerin söylenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Huschke'ye göre ödünç veren, ödünç alana karşı mealen şu kalıptaki sözlerle nexum işlemini yapmaktaydı: "Bu bakır/bronze külçesi ve teraziyi birlikte şu kadar parayı sana ödünç olarak (nexum) veriyorum. Bu yüzden sen, nexus olarak bana bu miktarı şu tarihe kadar geri vermeye mecbursun (dare damnas esto)." Bk. Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 186.

³⁶⁷ Atak, *Mutuuum*, s. 61.

³⁶⁸ Özyıldırım, "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", s. 194-195. Hammurabi kanunlarında da (117. md.) özgür bir kimsenin borcunu ödeyememesi durumunda borcuna karşılık kendisini, karısını veya çocuğunu alacaklısına satabileceği veya üç yılı aşmamak kaydıyla bunların borç esiri olarak zorla çalıştırılabilecekleri, dördüncü yılda ise bu durumdan kurtulacakları geçmektedir. Bk. Galanti, *Üç Sami Vazı-ı Kanun*, s. 66. Bu görüş burayla da uyumlu durmaktadır.

XII Levha Kanunu'ndaki feci sondan kurtulmak amacıyla borçlarına karşılık alacaklılarına şahsî teminat olarak hizmetlerini sunan nexuslar, bu sefer alacaklılarının kötü muamelelerine, şiddet ve istismarlarına maruz kalıyorlardı. Nexusların gördüğü taciz ve işkenceler çoğalınca bu durum halk arasında kargaşa ve huzursuzluğa yol açtı. Bunun sonucunda “Lex Poetelia Papiria” adlı kanunla borç esirlerinin hukuki durumlarında iyileştirmeye gidilmiştir. Doktrindeki hâkim görüşe göre MÖ 326 yılında çıkarılan Lex Poetelia Papiria adlı kanunla, borçlulara şahsıyla sorumluluk yanında malvarlığı ile de sorumlu olabilme alternatifi getirilmiş,³⁶⁹ haksız fiil suçluları hariç borçluların zincire vurulması uygulaması sona erdirilmiş, XII Levha Kanunu'ndaki yasal süre sonunda addictusların köleleştirilmesi ve öldürülmesi hükümleri kaldırılarak durumları nexuslarla eşitlenmiş, hâkimin mahkûmiyet kararını beklemeksizin nexum akdine dayanarak alacaklının bizzat manus iniectio yöntemiyle doğrudan icra aşamasına geçebilme imkânını kaldırmış ve özellikle kanunun çıkarıldığı anda nexus durumunda olanlar için genel af çıkarılmıştır.³⁷⁰

3. Deniz Öduncü Sözleşmesi (*Foenus Nauticum*)

Roma'da mutuum akdinin kurulması için teslim (traditio) ile mülkiyet devri (datio) gerekmekteydi. Dolayısıyla ödünç alan ödünç konusunu akit kapsamında teslim aldığı andan itibaren maliki olmakta, bunun bir sonucu olarak da geri verme borcu doğup beklenmedik hal ve mücbir sebeplerde (casus fortuitus et vis maior) bile olsa hasar sorumluluğunu üstlenmekteydi.³⁷¹ Zira ödünç alan artık malın maliki olup yararı kendisine ait olduğu gibi hasarı da ona ait olmalıydı.³⁷² Fakat Roma'da yüksek faizli bir tür ödünç sözleşmesi olarak bilinen “foenus nauticum” adındaki deniz ödünç işleminde ise hasar sorumluluğu belirli şartlar dahilinde ödünç verene ait kabul edilirdi. Roma hukukunda deniz hukukuna ilişkin pek çok hükümde olduğu gibi deniz ödünçünün de Romalıların doğudaki komşuları Yunanlılardan iktibas edildiği düşünülmektedir. Yunan hukukundaki deniz ödünçünün temelinde ise alacak hakkı yerine kaim olan değer

³⁶⁹ Borçlular için sadece malvarlığı ile sorumluluğun hukukî kural haline dönüşmesi, MÖ 17'de çıkarılan Lex Iulia de Cessio Bonorum adlı kanunla gerçekleştiği söylenmektedir. Bk. Özyıldırım, “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, s. 204 dn. 125.

³⁷⁰ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 122; Özyıldırım, “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, s. 201-206.

³⁷¹ “Casum sentit dominus”: Beklenmedik hal maliki etkiler. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 162.

³⁷² Nitekim bu denge kuralı fıkhîta “bir şeyin menfaatlerinden yararlanmak onun zararlarına da katlanmayı gerektirir” (الغنى بالغرم/الخارج بالضمن) şeklinde ifade edilmiştir. Bk. Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı, 1973, s. 131; Abdülaziz Fehmi, *Müdevvenetü Cüstinyân fi'l-fıkhî'r-Rûmânî*, Kahire: el-Meclisü'l-a'lâ li's-sekâfe, 2005, s. 370.

(sürrogat/surrogation) düşüncesi bulunmakta ve Roma hukukundan farklı olarak ödünç konusunun devrinden sonra bile ödünç veren, verdiği para ve onunla satın alınan eşya üzerinde hak iddia edebiliyordu. Bu bakımdan ödünç para ve onunla satın alınan eşya üzerinde rehin varmış gibi kabul edilerek yolculuk esnasında zayi olmaları durumunda hasar sorumluluğunun alacaklıya ait olduğu ve alacak hakkının sona erdiği düşünülürdü.³⁷³

Roma hukukunda denizaşırı ticari gemi işletmeciliği yapan bir armatöre yüksek faiz ödemesi karşılığında ödünç para verilip, alacağın sadece ödünç verilen miktardaki paranın veya onunla satın alınan malın kalkış limanına salimen getirilmesi durumunda talep edilebildiği, oranı yüzdelik olarak belirlenen yüksek faizli işleme “foenus nauticum” (faizli deniz ödöncü) denilmekteydi. Rizikosu büyük olduğu için faiz yüzdesi de diğer faizli işlemlere oranla daha yüksek tutulmaktaydı.³⁷⁴ Bu şekilde ödünç verilen para, denizaşırı nakledilen para anlamında “pecunia traiectica” olarak adlandırılır,³⁷⁵ işlem sonucunda bu paranın iadesi için açılan davaya da “actio pecunia traiectica” denilirdi.³⁷⁶ Bu sözleşmede faiz talep edilebilmesi için, mutuumda olduğu gibi ayrı bir stipulatio akdi yapılmasına gerek olmadığı, “actio pecunia traiectica” adlı davayla anaparanın faiziyle birlikte talep edilebileceği aktarılmıştır.³⁷⁷

Geminin limandan sefere çıkacağına kararlaştırıldığı günden itibaren verilen paranın ve bu para karşılığında satın alınan malların hasar sorumluluğu alacaklıya ait kabul edilirdi. Şayet para ödünç verildiği yerde kullanılır ve denizaşırı yolculuk yapılmazsa buna deniz ödöncü denilmezdi.³⁷⁸ Fakat alacaklının hasar sorumluluğu sadece deniz yolculuğu sırasında paranın veya onunla alınmış malın mücbir sebep veya beklenmedik olay sonucunda zayi olması veya zarar görmesi durumuyla sınırlıydı. Dolayısıyla bunlar borçlu armatörün kendisinden kaynaklanan bir kaza veya dikkatsizlik sebebiyle telef olmuşsa sorumluluğun borçluya ait olduğu kabul edilmekteydi.³⁷⁹ Ayrıca armatörlerin suistimallerinin önüne geçmek ve yaptıkları işlemleri denetlemek amacıyla, ya ödünç verenin bizzat kendisi veya kölelerinden biri genellikle deniz seferine eşlik ederdi.³⁸⁰

Üstlenilen risk yüzünden Iustinianus dönemine kadar faiz oranlarında herhangi bir sınırlandırmaya gidilmemekle beraber faizler çoğunlukla gidiş ve

³⁷³ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 183.

³⁷⁴ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 75; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 181-182.

³⁷⁵ D. 22, 2, 1; Watson, *The Digest of Justinian*, 2/185.

³⁷⁶ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 10.

³⁷⁷ D. 22, 2, 7; Watson, *The Digest of Justinian*, 2/186; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 10.

³⁷⁸ D. 22, 2, 1-3; Watson, *The Digest of Justinian*, 2/185; Atak, *Mutuum*, s. 216.

³⁷⁹ Atak, *Mutuum*, s. 217.

³⁸⁰ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 183; Atak, *Mutuum*, s. 219.

dönüş süresinin tamamına göre belirlenmekteydi. Örneğin, MÖ IV. yüzyılda Yunanlı tefecilerin katedilecek mesafeye ve riske bağlı olarak toplam deniz seferi süresi için %22,5 ile %33,3 arasında değişen oranlarda faiz uyguladığı aktarılmaktadır. Iustinianus döneminde ise bu işlemin faiz oranı diğer faiz türlerine göre daha yüksek tutulmuş ve yıllık %12 olacak şekilde sınırlandırılmıştı.³⁸¹ Akdeniz'deki deniz seferleri başta fırtına çıkması (marina tempestas), deniz kazası (naufragium) ve korsan baskını (piratarum insidiae) gibi olaylardan dolayı riskli görülmekteydi.³⁸² Muhtemelen deniz seferinin kendine özgü bu gibi zorlukları göz önünde bulundurularak yüksek oranda faiz talep edilmesi, risk altına girmenin bir karşılığı veya ödülü (periculi pretium/premium) olarak görülüyor, bu yüzden tefecilik gibi algılanmıyordu.³⁸³

Deniz ödücü işleminin uygulamasına yönelik olarak, aldığı ödünçle ticari gemisini donatacak olan armatörün henüz kalkış limanındayken yurt dışında satmaya elverişli malları ödünç aldığı parayla satın alıp sonra bu malları yurt dışında satarak elde ettiği gelirle yine yurt dışından mal satın alıp varış limanında ve ülkesinde sattığı şeklinde bir anlatı benimsenmiştir.³⁸⁴ Fakat Roma'nın zengin bir devlet olduğu ve altın parasının uzun bir dönem rezerv para olarak kullanıldığı göz önüne alınırsa, alım gücü yüksek parayla yurt dışındaki malların ucuza kapatılarak satın alınması ve bu malların Roma sınırları içerisinde yüksek kâr oranıyla satılması seçeneği akla gelmektedir ki böylece armatör, ödeyeceği faiz oranından daha yüksek miktarda kâr elde ederek işleminden kazançlı çıkacaktır. Dolayısıyla denizaşırı para taşımak için deniz ödücünün kullanılmasının akıllıca bir seçenek olmadığı şeklindeki eleştirilerin yersiz olduğu düşünülmektedir. Yine bu durumda ödünç alınan paranın kâr elde etmek için kullanılmadan zayı olabileceği olasılığı öne sürülerek bu tasvirin eleştirisi haklı gözükmemektedir. Zira aynı sakınca, yurt dışında satılmak üzere kalkış limanında mal satın alınıp yolculuk sırasında zayı olması durumu için de geçerlidir.³⁸⁵

³⁸¹ Codex 4, 33, 2; Codex 4, 32, 26, 2; Atak, *Mutuum*, s. 213-214, 217.

³⁸² Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 182; Atak, *Mutuum*, s. 213, s. 217 dn. 104.

³⁸³ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 181-182; Atak, *Mutuum*, s. 215.

³⁸⁴ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 182; Atak, *Mutuum*, s. 214.

³⁸⁵ Krş. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 183; Atak, *Mutuum*, s. 221.

II. ROMA USUL HUKUKUNDA MUTUUM İÇİN TANINMIŞ HUKUKÎ KORUMALAR

Roma usul hukukunun tarihsel gelişimi göz önüne alındığında, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi mutuum akdi için tanınan hukukî korumalar da döneme göre değişmiştir. Bu değişim üç aşamada gösterilebilir: “Legis actio per conditionem”den önceki dönem (MÖ 230-220’den öncesi), “legis actio per conditionem”in uygulandığı dönem (MÖ 230-220 – MÖ 17) ve formula usulünün uygulandığı dönem (MÖ 17 ve sonrası).

A. “Legis Actio per Conditionem”den Önceki Dönem (MÖ 230-220’den öncesi)

MÖ III. yüzyılın ikinci yarısında çıkarılan kanunlarla önce para ödöncüne, sonra da para dışındaki tahıl gibi belirli mal ödöncüne özel yasal düzenlemeler getirildiği ve ödünç verenlerin alacak haklarını korumak maksadıyla dava hakkı tanındığı nakledilmektedir.³⁸⁶ Fakat ödünç işlemine özel kanunlar çıkarılmadan önce mutuum için tanınmış olan bir hukukî koruma var mıydı? Bu soruya romanistler tarafından, ticari amaçlı olup genellikle faiz talep edilen, dolayısıyla bir stipulatio akdi yapılan ödünçler ile stipulatio akdi yapılmaksızın sadece mutuum akdiyle gerçekleştirilen ödünçler arasında ayırım yapılarak cevap verilmektedir.³⁸⁷

Birçok romaniste göre, ticari amaçlı ödünçlerde mutuum akdinin yanında faiz ve vade gibi özel şartları ihtiva eden bir stipulatio akdinin de yapılması, Roma hukuku uygulamasında çokça rastlanan bir durumdu. Söz konusu dönemde stipulatio akdiyle birlikte gerçekleşen ödünç işlemlerinden doğan alacak hakkının koruma altına alınabilmesi için, alacağın genel anlamda şahsî bir hak olması bakımından “legis actio sacramento in personam”³⁸⁸ adlı dava şeklinin, özellikle alacağın para olması durumunda ise “legis actio per iudicis (vel arbitri)

³⁸⁶ Atak, *Mutuum*, s. 232-233.

³⁸⁷ Atak, *Mutuum*, s. 234-235.

³⁸⁸ Legis actio sacramento in personam: Tarafların magistra önüne giderek, paranın basılmasından önce ilahlar adına yemin ederek davayı kaybederse tapınağa belirli sayıda hayvanı kurban etmeyi; Roma parasının basımından sonra ise belirli miktardaki parayı tapınağa veya devlet hazinesine bırakmayı taahhüt ettikleri (sacramentum), kanun tarafından dava şekli özel olarak belirlenmemiş olup konusu şahsî hak olan genel bir dava şekli. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 233, 236; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 113, 190.

postulationem”³⁸⁹ adlı dava şeklinin uygulandığı, Romalı hukukçu Gaius’tan aktarılan metne dayanılarak öne sürülmektedir.³⁹⁰

Günümüz Roma hukuku doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, Roma’da Legis actio per conditionem adlı dava şekli çıkarılmadan önce, stipulatio akdi şeklinde yapılmayan veya herhangi bir şekle tabi işlem olarak gerçekleştirilmeyen mutuum akdi kapsamında ödünç verilen malın misliyle iadesi için mahkeme yoluyla talep hakkı söz konusu değilse de dava (actio) dışı yollarla korunmaktaydı. Bu dava dışı yollar ise kimine göre magistra önünde icra edilmesi şartıyla akraba veya komşular arasında çıkan anlaşmazlıkların hakeme tevdi edilmesiyle gerçekleştirilen “iurgium” adlı bir tür tahkim işlemi iken,³⁹¹ kimine göre de örf ve âdet kuralları mücebince aldığı ödünçü geri vermeyen kişinin sosyal ilişkilerinin bozulması ve toplum içerisindeki kredibilitatesini ve güvenilirliğini yitirmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmasıydı.³⁹² Doktrindeki diğer bir kısım romaniste göre ise böyle bir ödünçün, stipulatio ile yapılan ödünçlerde olduğu gibi nasıl dava edileceği kanun tarafından özel olarak belirlenmemiş olan, konusunu kişisel hak teşkil eden ve genel bir dava şekli olan legis actio sacramento in personam ile talep edilebilmesi mümkündür.³⁹³ Fakat bu görüştekilere göre söz konusu davanın hangi hukukî kaynağa istinat ettiği hususunda farklı mülahazalar ileri sürülmüş, bu doğrultuda söz konusu davanın hukukî dayanağının sebepsiz zenginleşme, haksız fiil veya mülkiyet devriyle ortaya çıkan borç olabileceği söylenmiştir. Yani mutuum kapsamında alınan ödünç istenilmesine rağmen geri verilmediğinde legis actio sacramento in personam adlı alacak hakkına yönelik davanın açılabilmesi, mutuum sözleşmesine değil de ya denkleştirici adalet (aequitas) prensibi uyarınca kimsenin başkası zararına hukuka aykırı biçimde sebepsiz zenginleşemeyeceği ilkesine ya da âdeta hırsızlık gibi başkasına ait bir malın haksız olarak alıkonulması düşüncesine veya teslim esnasında mülkiyetin devralınmasıyla oluşan alacak hakkına dayandığı öne sürülmüştür.³⁹⁴

³⁸⁹ Legis actio per iudicis (vel arbitri) postulationem: Hâkim (iudex) (veya hakem (arbitr) talebine binaen gerçekleştirilen yargılama usulüyle ilgili bu dava şekline, konusu para olan stipulatio akdinden doğan anlaşmazlıklarda ve ortak mal paylaşımı ile tereke taksimindeki ihtilaflarda başvurulmaktaydı. “Sacramentum” a gerek olmadan yapılabildiği için “legis actio per sacramentum” a göre daha kolay bir yargılama usulü olmalıydı. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 236-237; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğati*, 112.

³⁹⁰ Gai. 4, 20; Poste, *Gai Institutiones*, s. 458-459; Atak, *Mutuum*, s. 235-236, 245-246.

³⁹¹ Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 98.

³⁹² Atak, *Mutuum*, s. 237-239.

³⁹³ Atak, *Mutuum*, s. 240 dn. 32.

³⁹⁴ Watson, *Evolution*, s. 37-39; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 836 dn. 20; Atak, *Mutuum*, s. 240-242. Zimmermann’ın Kaser’den aktardığına göre mutuuma dayalı condictio, hırsızlık ve haksız fiile dayalı tazminat için açılabilen “condictio ex furtiva” dan esinlenilmiş olabilir. Zira henüz dava hakkı olan bağlayıcı

B. “Legis Actio per Condictioem”in Uygulandığı Dönem (MÖ 230-220 – MÖ 17)

Roma’da olağan yargılama sistemi/hususi mahkemeler nizamı (ordo iudiciorum privatorum/iudicia ordinaria) içerisinde Roma hukukunun ilk dönemlerine ait kabul edilen kanunî dava şekilleri (legis actiones)³⁹⁵ toplamda beş tane olup bunlardan XII Levha Kanunu’ndan sonra çıkarılan tek ve en yeni hukuk usulüne dair dava şekli “legis actio per condictioem”dir.³⁹⁶ Roma hukuku literatüründe bu dava şekline dair bilgilerin, Gaius’un Institutiones adlı eserindeki anlatımına dayandığı ifade edilmektedir. Gaius’un adı geçen eserindeki anlatımına göre “legis actio per condictioem” adlı dava şekli, ilk önce sadece belirli miktardaki para borçları için Lex Silia³⁹⁷ adlı yasayla ihdas edilmiş, bu kanundan kısa bir süre sonra çıkarılan Lex Calpurnia³⁹⁸ adlı kanunla da para

bir sözleşme olarak kabul edilmediği dönemde mutuum, sadece malın mülkiyetinin devriyle ilgili ve şekle tabi olamayan bir hukukî eylem olarak görülmektedir. Böyle bir eylemden doğduğu düşünülen geri verme borcunun reddedilmesi ise, muhtemelen hile ve dolandırıcılıkla başkasının malına el koyma anlamı taşıdığı düşünülmektedir. Bundan dolayı da köken olarak hırsızlık ve haksız fiil için tanınmış olan dava hakkı olan condictio mutuum için de tanınmıştır. Fakat Atak’ın aktardığına göre Kaser bu görüşünden vazgeçmiş ve condictio’nun tanınmasının, daha çok Stoa felsefesinin etkisiyle geliştirildiği düşünülen, hakkaniyet ve denkleştirici adalet anlamındaki “aequitas” doğal hukuk ilkesine dayalı sebepsiz zenginleşmeyle ilintili olduğunu savunmaktadır. Bk. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 836 dn. 20; Atak, *Mutuum*, s. 241 dn. 34.

³⁹⁵ Legis Actiones: Roma’nın eski dönemlerinden Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarına kadar “ordo iudiciorum privatum”un (özel mahkemeler sistemi) usul hukukuna hâkim olan, üçü (legis actio per sacramentum, legis actio per iudicis postulationem ve legis actio per condictioem) hukuk usulüne ve ikisi (legis actio per manus iniectionem ve legis actio per pignoris capionem) icra usulüne ait olup her biri özel şekle ve kalıba sahip beş kanunî dava. Bunlar herhangi bir hakkı talep için açılacak davadaki şekilsel kalıpları belirliyorlardı. Bu şekilci dava usulü, bir süre devam etmiş, formula usulüyle şekilcililiği yumuşatılmıştır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 75, 112.

³⁹⁶ Poste, *Gai Institutiones*, s. 462. Legis Actio per Condictioem: MÖ 230-220 yılları arasında çıkarıldığı düşünülen, özel mahkemeler sisteminin usul hukukuna ilişkin en yeni dava şekli. Önceleri Lex Silia adlı kanunla sadece konusu muayyen para olan (certa pecunia) borç ilişkileri için kabul edilmişse de daha sonra çıkarılan Lex Calpurnia ile konusu muayyen eşya olan (certa res) bütün borç ilişkilerini kapsadığı aktarılmıştır. Bu dava şeklinin, anlaşmazlığı çözümlmek için 30 gün zarfında bir hâkimin tayin edilmesini davalıya ihtar eden, şekilcililiği az ve soyut (hukukî sebep ve kaynağı gösterilmek zorunda olmayan) bir verme borcuna ilişkin şahsî ve dar hukuk davası olduğu belirtilmektedir. Stipulatio, nomen transscriptitium denilen yazılı akit (litteris contrahitur), mutuum, borç olmayan şeyin ifası (solutio indebiti), önceden mevcut sebebin sonradan tahakkuk etmemesi, hukuka veya ahlaka aykırı olarak mal verilmesi, hırsızlık ve her türlü sebepsiz zenginleşme durumunda bu dava açılabilir. Hırsızlık olayında bu dava muhtemelen hırsız ve mirasçılarının karşı malın tazmini için açılmaktaydı. Klasik Dönem ve sonrasında belirli bir ismi olmayan bütün verme borcuna ilişkin kişisel ve dar hukuk davalarına “condictio” denilmekteydi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 237, 340, 384-387; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 43, 112; Atak, *Mutuum*, s. 252-256.

³⁹⁷ Lex Silia de Condictioe: Roma’da yaklaşık olarak MÖ 230-220 yılları arasında Lex Calpurnia’dan önce çıkarıldığı söylenen ve konusu sadece belirli miktar para olan borçları takip için “legis actio per condictioem” adlı dava şeklini ihdas eden kanun. Bk. Gai. 4, 19; Poste, *Gai Institutiones*, s. 458; Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 124.

³⁹⁸ Lex Calpurnia de Condictioe: Lex Silia’dan kısa bir süre sonra çıkarılmış olan ve para dışındaki belirli miktarda her türlü eşyanın verilmesine dair borç ilişkisini de içine alacak şekilde, konusu belirli para ve/veya malın verilmesi olan bütün anlaşmazlıkları “legis actio per condictioem” adlı dava şekliyle talep

dışındaki belirli miktarda her türlü eşyanın verilmesine dair borç ilişkisini içine alacak şekilde kapsamı genişletilmişti. Bu davayı açabilmek için davacı (actor) öncelikle karşı tarafa (reus) (örneğin) on bin sestertius³⁹⁹ borçlu olduğunu bildirir ve bunu kabul veya reddetmesini talep eder,⁴⁰⁰ karşı tarafın bunu reddetmesi durumunda davacı, davayla ilgili hâkim tayini için bundan sonraki otuzuncu günde magistra huzurunda kendisiyle birlikte hazır bulunmasını davalıya tebliğ ve ihtar ederdi. Gaius, dava öncesindeki bu tebliğ ve ihtar aşamasından dolayı, in iure aşaması sonrasındaki bu dava şekline legis actio per condictionem (condicere= bildirmek) denildiğini söylemekte ve kendi zamanındaki (MS II. yy.) formula usulünde bu işlem için ihtar yapılmadığını belirterek bu davaların condictio olarak adlandırılmasını eleştirmektedir.⁴⁰¹

Özel mahkemeler sisteminde davalar iki etapta cereyan etmekteydi. Birinci safha “in iure” (magistra önünde) etabı olup burada magistra, ihtilafın ne tür bir dava şekliyle yargılanacağına ve hangi hâkime gideceğine karar verir (dava türü tespiti=litis contestatio), bazen de davacının dava hakkı olmadığı sonucuna vararak davayı reddederdi (denegatio actionis.) Şayet dava tespiti aşamasında davalı alacak hakkını magistra önünde ikrar ederse (confessio in iure) davalı, mahkemeye çıkmaksızın hüküm giymiş sayılır ve belirli para miktarına ilişkin ikrarına istinaden “manus iniectio” (borçluya el koyma) yapılırdı. Bu durumdan kurtulmak için borçlu ya borcunu ödemeli ya da kefil göstermeliydi. Bunlardan herhangi birini yapmaması durumunda el konulan borçlu, alacaklı tarafından özel hapisanesine götürülürdü. Diğer belirli mallar ile hırsızlık gibi haksız bir fiilden doğan alacaklarda ise eşyanın değeri biliniyorsa doğrudan “manus iniectio” safhasına geçilir, bilinmiyorsa kıymet takdiri için başka bir etaba geçilirdi. İkinci safha ise “in iudicio” veya “apud iudicem” (hâkimin önünde) denilen etaptı. Bu etabın bir parçası olarak yargılama sonucunda sententia (hâkimin kararı) denilen karar aşaması bulunmaktaydı.⁴⁰²

etme imkânı sağlayan kanun. Bk. Gai. 4, 19; Poste, *Gai Institutiones*, s. 458; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 115.

³⁹⁹ Sestertius: İlk olarak Cumhuriyet Dönemi’nde MÖ III. asrın sonlarına doğru (MÖ 211) basıldığı düşünülen, ilk çıkarıldığında alım gücü olarak bir denarius’un çeyreği olan 2,5 “as”a (tunc paraya) denk düştüğü aktarılan gümüş para birimi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 198; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 265.

⁴⁰⁰ Davadan önce “in ius vocatio” denilen bir işlemle davacı hasmını kendisiyle birlikte magistra önüne gitmeye davet ederdi. Gaius’un anlatımındaki ihtar aşaması, in ius vocatio şeklindeki magistra huzura gitmeye davet işlemini andırmaktadır. Fakat ondan farklı olarak “condictio”da 30 günlük süre belirtilmekte ve doktrindeki genel kabule göre ihtar da magistra huzurunda yapılmaktadır. Bk. Atak, *Mutuuum*, s. 252 dn. 70.

⁴⁰¹ Gai. 4, 17-20; Poste, *Gai Institutiones*, s. 457-463; Atak, *Mutuuum*, s. 245-246.

⁴⁰² Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 232-233, 239-241, 243; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 43, 88, 134, 195.

Legis actio per conditionem ile şekle tabi olmayarak gerçekleştirilen mutuuum işlemi kapsamındaki alacak hakları için, mahkeme yoluyla talep hakkı getirilmiş ve sacramentum gibi şekle tabi törenlerden olabildiğince arındırılarak yargılama usulü kolaylaştırılmıştır. Yine bu kanunla daha önce olmadığı düşünülen 30 günlük bir süre uygulaması getirilerek borçluya davaya hazırlanması veya davacı ile uzlaşp borcu ödemesi için fırsat verilmiştir. Ayrıca bu davayla konusu belirli bir malı verme (certum dare) borcu olan kişisel haklar koruma altına alınmış olup mutuuum akdinin yanı sıra stipulatio ve sebepsiz zenginleşme gibi sebeplerle oluşan verme borçları da bu kanunla talep edilebilmekte olduğu düşünülmekte, yani bu dava şeklinin sadece mutuuum akdine özgü olmadığı varsayılmaktadır. Muhtemelen bundan dolayı hem “legis actio per conditionem”de hem de bu davanın devamı niteliğinde kabul edilen formula usulündeki “condictio”da davacı, alacağın hukuken sebep (causa obligationis) ve kaynağı göstermek zorunda olmayıp belirli miktar malın verilmesini doğrudan talep edebilmekteydi. Bu yüzden bu dava, sebebi beyan edilmek zorunda olmayan bir dava anlamında soyut bir dava olarak nitelenmektedir.⁴⁰³

C. Formula Usulünün Uygulandığı Dönem (MÖ 17 ve sonrası)

Olağan yargılama sisteminde (ordo iudiciorum privatorum) kanunda belirtilen beş şekle göre düzenlenen davalar sisteminden (legis actiones) sonra uygulanan usule göre, Roma’da MÖ III. yüzyıldan itibaren sayıları artmaya başlayan yabancılara legis actiones usulü uygulanamadığı için, praetorlar yayınladıkları beyannamelerle (edictum praetoris) sonradan formula diye anılacak bir usulle davayla talep edilebilecek konuları şekilsel olarak ius gentium⁴⁰⁴ kapsamında belirliyorlardı. Yabancılara tanınan bu hak, tarihi kesin olarak bilinmemekle beraber yaklaşık MÖ 203-110 seneleri arasında çıkarıldığı düşünülen⁴⁰⁵ “Lex Aebutia”⁴⁰⁶ ile Roma vatandaşlarına teşmil edilmiş ve formula usulüne de

⁴⁰³ Atak, *Mutuuum*, s. 246-262.

⁴⁰⁴ Ius Gentium: Farklı devletlerdeki halkların yönetildikleri yasalar ve geleneklerin bir kısmı sadece o devlete özgü olabileceği gibi diğer bir kısmı da sadece o devlete özel olmayıp, doğal aklın ürünü olarak tüm insanlık arasında eşit olarak uygulanan yasalardan oluşur. Birincisine ius civile (medeni hukuk), ikincisine ise tüm uluslar ve milletlerin kullandığı yasalardan ibaret olduğu için “ius gentium” (milletler/uluslar hukuku) denir. Dar anlamda, Roma devleti içerisinde yaşayan yabancılara ve bu yabancılarla olan hukuki ilişkilerinde Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk şeklinde de kullanılmaktadır. Doğal hukuk (ius naturalis) bundan geneldi. Zira insan dahil tüm canlıları içine alan hukuka doğal hukuk denilmektedir. Bk. I. 1, 2, 1; Sanders, *The Institutes of Justinian*, s. 8; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 101.

⁴⁰⁵ Atak, *Mutuuum*, s. 264 dn. 121.

⁴⁰⁶ Lex Aebutia: Tarihi tam olarak bilinmeyen bu kanunla önceden yabancılar praetorunun (praetor peregrinus) tatbik etmeğe başlamış olduğu formula usulü, ius civile kapsamında dava hakkı tanımamış olan hukuki ilişkilerde tarafların isteği üzerine şehir praetoru (praetor urbanus) tarafından da uygulanmaya başlanmıştı. Kanun, legis actiones usulünü tamamen kaldırmamışsa da formula usulüne aynı kuvveti verdiğinden bu

başvurabilmeleri sağlanmıştı. Şekilciliği görece daha az olan formula usulüne vatandaşların ilgisi artınca, İmparator Augustus zamanında MÖ 17 yılında çıkarıldığı düşünülen “Lex Iulia de Iudiciis Privatis”⁴⁰⁷ ile formula usulü tek usul haline getirilmiş ve legis actiones usulü birkaç istisnası olmak üzere kaldırılmıştı.⁴⁰⁸

Aslında taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuna göre praetor tarafından belirlenen sözcüklerden (concepta verba) oluşan yazılı bir vesika olan “formula”, bu şekildeki belgeyle düzenlenen dava usulüne de denilmekteydi. Bu usule göre magistra, huzuruna gelen taraflara anlaşmazlıklarına uygun dava şeklini gösteren bir belge (formula) vererek hâkime sevk ederdi. Günümüzdeki iddianameyi andıran bu belgede öncelikle davaya atanan hâkimin ismine yer verilir, sonra “intentio”⁴⁰⁹ denilen kısımda şartlı bir cümleyle davacının iddiası belirtilir, son olarak da “condemnatio”⁴¹⁰ isimli bölümde söz konusu sav ispat edilebildiği takdirde davalının mahkûm edilmesi, aksi takdirde beraat ettirilmesi hususunda hâkime yetki verilirdi. Formula adlı belgenin diğer kısımları arasında

yeni usulün uygulaması eski usul aleyhine hızla artmıştı. Legis actiones usulünün “in iure” safhasındaki şekilciliklerini kaldırmış olduğu düşünülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 114.

⁴⁰⁷ Lex Iulia de Iudiciis Privatis: Roma İmparatorluğu’nun kurucusu kabul edilen İmparator Octavius Augustus (MÖ 27-MS 14) tarafından MÖ 17 yılında çıkarılmış olan ve birkaç istisna dışında legis actiones usulünü kaldırıp formula usulünün kullanılmasını yaygınlaştırarak usul hukukunu düzenleyen kanun. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 120. Gaius ise tarih ve kanunu koyanın adını vermese de Lex Aebutia ve iki Lex Iulia ile legis actiones usulünün kaldırıldığını söylemektedir. Bk. Gai. 4, 30. Edward Poste ise Lex Iulia adlı iki kanunun İmparator Augustus zamanında çıkarıldığını tahmin etmektedir. Bk. Poste, *Gai Institutiones*, s. 474. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı* adlı kitabında, bir yerde “Leges Iuliae Privatorum et Publicarum” adlı kanunların Cumhuriyet Dönemi son diktatörü Gaius Iulius Caesar zamanında çıkarılmış olabileceğine işaret etse de diğer bir yerde bu kanunların MÖ 17 yılında İmparator Octavius Augustus zamanında çıkarıldığını söylemiş, özellikle Lex Iulia de Iudiciis Privatis ile legis actiones usulünün kaldırıldığını kesin biçimde söyleyerek sanki kanaatinin bu yönde olduğunu göstermiştir. Bu görüş formula usulünün uygulama sahasının özel hukuk alanı olmasıyla da uyumludur. Yine Umur, Caesar zamanında Lex Iulia Iudiciaria adlı iki kanunla maddi hukuk ve ceza usulüne dair düzenlemeler getirildiğini belirtmiş ve MÖ 49 yılında çıkarılmış olan Lex Iulia de Pecuniis Mutuis ile karz borçları ve ek faiz yükümlülüklerinin hafifletildiğini söylemiştir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 247; a.mlf., *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 111, 120.

⁴⁰⁸ Gai. 4, 30; Poste, *Gai Institutiones*, s. 470; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 245-248, 250, 255-257; Lügat, s. 75; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 242-245; Atak, *Mutuum*, s. 263.

⁴⁰⁹ Intentio: Formula adlı belgenin en önemli bölümü olup Latince “si paret...” (... sabit olursa) ifadesiyle başlayarak davacının iddiasını belirten ve koşullu bir tümceyle davacının davalıya karşı ileri sürdüğü hukuki dayanağı şematik biçimde ortaya koyan kısımdır. Formula şemasında genellikle davalı adı “Numerius Negidius”, davacınınki ise “Aulus Agerius” şeklinde zikredilirdi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 15, 90.

⁴¹⁰ Condemnatio: Formula adlı belge içerisinde intentio kısmının devamında yer alan, iddianın ispat edilip edilememesine göre davalıya hüküm giydirmesi veya onu aklamayı hususunda hâkime talimat ve yetki veren bölüm. Formula usulünde mahkûmiyet kararının parasal olarak miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, s. 42.

“demonstratio”⁴¹¹ ile istisnai olarak ana kısma eklenen “exceptio”⁴¹² zikredilebilir.⁴¹³

Eski legis actiones usulü ile formula usulü arasında benzerlikler olduğu gibi değişimi tetikleyecek derecede farklar da vardır. Yargılama, legis actiones usulünde olduğu gibi formula usulünde de “in iure” ve “in iudicio” olarak iki farklı aşamada görülmekteydi. Fakat legis actiones usulünde belirli sözlerin kullanılmasını gerektiren katı bir şekilcilik olmasına rağmen formula usulü ortaya çıkan yeni uyumsuzluklara da uyarlanıp uygulanabilen esnek ve gelişime açık bir yapıya sahipti. Formula ile dava ortaya koyulurken, genel hatları praetor tarafından çizilen plana uygun olacak şekilde, iddiayı oluşturan kelimeler her ihtilafın özelliklerine göre ayrı ayrı düzenlenebilmekte ve somut anlaşmazlık durumuna özgü bazı şartlar da eklenebilmekteydi. Dolayısıyla formula usulünde iddianame, her somut anlaşmazlık durumuna özel bir vesika haline gelebilmekteydi. Bu özellik sayesinde formula usulü, önceden beş dava şekline uymadığı için hukuki koruma altına alınamayan yeni anlaşmazlık türlerine uygulanabiliyordu.⁴¹⁴

Roma hukuku doktrininde çoğunluğun görüşüne göre, formula usulünün uygulandığı dönemde ve Iustinianus dönemi de dahil olmak üzere sonrasında, ödünç verenin alacağını talep için borçlusuna açabileceği dava “condictio”⁴¹⁵ adını taşımaktaydı ve bu davanın, legis actio per condictioem adlı eski davanın halefi olup onun yerine geçtiği kabul edilmekteydi.⁴¹⁶ Ödünç konusunun belirli miktar para olması durumunda açılacak davaya “condictio certae pecuniae” veya

⁴¹¹ Demonstratio: Miktarı açık ve kesin bir şekilde belirlenmemiş alacak haklarında, hâkime hakkın kaynağını ve hukuken neye dayandığını göstermek amacıyla, anlaşmazlığın temelini oluşturan olayın kısaca açıklandığı kısım. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 56.

⁴¹² Exceptio: Formula adlı belgenin intentio ile condemnatio bölümleri arasına eklenen, praetor tarafından davalı lehine ihdas edilen koşullu bir cümle; defî. Bununla davacının iddiası reddedilmemekle beraber davalıyı mahkûmiyetten kurtaracak başka bir olay veya durumun bulunduğu ileri sürülmektedir. Davalı hâkim önünde bu olay ya da durumu ispat ettiği takdirde aklanırdı. Sıra dışı yargılama sisteminde/nizam harici muhakeme usulünde (cognitio extra ordinem) formula usulünden farklı olarak defîler, davalının her koşulda aklanmasını gerektirmemekteyse de bazen hâkim tarafından göz önünde tutularak karar üzerinde etkileri olabildi. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 257; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 66-67.

⁴¹³ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 245-248, 250, 255; Lügat, s. 75.

⁴¹⁴ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 245-246.

⁴¹⁵ Condictio: Klasik Hukuk Dönemi'nde formula adlı belgenin demonstratio (ihtilafın temeli sebep olay) kısmı bulunmasına gerek olmayan, sebebinin beyanı zorunlu olmayan bir “dare” (verme) borcuna ilişkin şahsî dar hukuk davası. Bu dava türü başta konusu verme borcu olan stipulatio, karz ve sebepsiz iktisap davalarını kapsamaktadır. Temelinde davacının kendine devredilmesi gereken bir şeyi davalının sahiplendiği iddiası yatmaktadır. Karz akdinde ödünç veren lehine doğan davaya “condictio ex mutuo” denir. Karzın konusu para ise “condictio certae creditae pecuniae”, diğer bir misli eşya ise “condictio certae rei” veya “condictio triticaria” da denilir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 255, 340; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 43.

⁴¹⁶ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 43; Atak, *Mutuum*, s. 271, 274 dn. 163.

“actio certae creditae pecuniae”,⁴¹⁷ ödünç konusunun para dışında belirli miktar mal olması durumundaki davaya ise “condictio certae rei”⁴¹⁸ denilmekteydi. Bu isimlerle anılan davalar, sadece mutuum akdine özel olmayıp stipulatio ve yazılı akit gibi borç ilişkilerinden doğan alacaklar için açılan davalar da bu şekilde isimlendiriliyordu.⁴¹⁹ Ödünç konusu belirli miktarda para olan bir condictio certae pecuniae davasının dava başvuru belgesi niteliğindeki formula vesikasının intentio kısmında iddia örnek olarak şu şekilde serdedilirdi: “Numerius Negidius’un (yani davalının) Aulus Agerius’a (yani davacıya) on bin sestertius vermeye borçlu olduğu sabit ise ey hâkim, Negidius’u o miktar parayı Agerius’a ödemeye mahkûm et! Sabit değilse onu beraat ettir!”⁴²⁰ Fakat buğday gibi para dışındaki bir mal ödünç verilmişse, formula usulünde mahkûmiyet kararları para üzerinden gösterilmesi gerektiği için,⁴²¹ formulanın karar kısmında (sententia/condemnatio) borçlanılan eşyanın bizzat kendisi değil parasal değeri belirtilmeliydi. Bu yüzden condictio certae rei davasının intentio kısmı şu şekilde düzenlenmeliydi: “Numerius Negidius’un Aulus Agerius’a iki bin beş yüz modius buğday vermeye borçlu olduğu sabit ise ey hâkim, Negidius’u onun para karşılığındaki değeri ne ise onu Agerius’a ödemeye mahkûm et! Sabit değilse onu beraat ettir!”⁴²²

Para dışında ödünç verilen malın parasal değeri, ödünçün verildiği andaki veya yerdeki ederinden farklılaşmışsa (artmışsa veya düşmüşse) hangi değer üzerinden karar verilmesi gerektiği Roma hukukunda tartışılmıştır. Böyle bir durumda ödünçün verildiği anın mı, davanın açılma tarihinin mi yoksa davanın karara bağlandığı günün mü esas alınması gerektiğine dair bir soruya Sabiniani mektebinin temsilcisi olan Sabinus (ö. MS I yy.), ödünçün (muhtemelen stipulatio yapılarak) vadesi belirlenmişse vade tarihinin, (genel olarak şekilsiz mutuum akdinde olduğu gibi) vadesi belirlenmemişse de davanın açılış tarihinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Yine değer belirlenmesinde hangi yerin esas alınacağına dair soruya da Sabinus, borcun (muhtemelen stipulatio yapılarak) ifa yeri önceden belirlenmişse o yerdeki değere, belirli bir yer kararlaştırılmamışsa dava açılan yerdeki değere itibar edilmesi gerektiği şeklinde

⁴¹⁷ Iustinianus döneminde bu davaya “condictio certi” denildiği aktarılmaktadır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 43.

⁴¹⁸ Iustinianus döneminde konusu yiyecek maddesi olan ödünçlerdeki davaya buğday condictiosu anlamında “condictio triticaria” denilmekteydi. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 51; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 44.

⁴¹⁹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 51; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 3, 43, 44.

⁴²⁰ Gai. 4, 41; Poste, *Gai Institutiones*, s. 480; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 262, 340.

⁴²¹ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 267.

⁴²² Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 51.

cevap vermiştir.⁴²³ Bu cevaptan anlaşıldığına göre Roma'da, yanında ek bir sözleşme (stipulatio) yapılmayan mutuum akdi kapsamında verilen para dışındaki ödünç konusu malların değerlerinin verildiği gün ve yerden farklı olması durumunda, değer takdiri davanın açıldığı gün ve yere göre yapılıyor, fakat ek bir stipulatio yapılmış olması durumunda ona göre hareket edilmesi gerekiyordu. Burada dikkati çeken diğer bir husus ödünç verilme anının hiçbir şekilde itibara alınmamasıdır. Para dışındaki ödünç malların karar aşamasında kendilerinin değil parasal karşılıkları üzerinden hüküm verilmesi gerektiği ve malın ederinin verildiği anda değil dava açıldığı anda gündeme geldiği için böyle bir sonuca varılmış olmalıdır.

Mutuum akdine dayalı condictio davasını açma ve bu yolla alacağını talep hakkı, sadece ödünç konusunun mülkiyetini devreden alacaklıya ait olup ödünç alan için söz konusu değildi. Zira mutuum akdi tek tarafa borç yükleyen, yani sadece ödünç alan taraf için benzer bir malı geri verme yükümlülüğü getiren ve yalnızca ödünç veren lehine alacak hakkı doğuran bir akit olup ödünç verenin herhangi bir yükümlülüğü olmadığı gibi ödünç alanın da alacak hakkı söz konusu değildi. Yani mutuum akdinde ödünç veren daima alacaklı konumunda, ödünç alan ise sürekli olarak borçlu durumundadır. Diğer taraftan yükümlülük altına girmeyen alacaklının temerrüdünden (mora creditoris) bahsedilemezdi. Borçlunun borcu vadeye bağlanamadığı ve mutuum akdinden faiz doğmadığı için borçlunun da temerrüdünden bahsedilemeyeceği düşünülmektedir. Ayrıca bir kimsenin kendisinden ödünç isteyen biriyle, belirli bir miktar para veya malı ödünç verme hususunda yaptıkları anlaşma, teslim gerçekleşmediği sürece bir pactum (pactum de mutuo dando) olarak nitelendirilir ve dava hakkı olan bir borç ilişkisi oluşturmazdı.⁴²⁴

Legis actio per condictioem gibi formula usulündeki bu davanın devamı niteliğindeki condictio da mücerret ve soyut bir dava olup bir tür iddianame olan intentio kısmında davanın hukukî mesnedinin şekilsel olarak belirtilmesi gerekmemekte, davacıya ait belirli miktardaki bir malın talep edilmesine rağmen davalı kişide hukuka aykırı biçimde alıkonulduğunun ve bunun yasal olarak iade edilmesi gerektiğinin öne sürülmesi yeterliydi. Diğer bir ifadeyle davalının davacı aleyhine malvarlığında haksız artış olduğunu iddia etmesi, bunun kaynağını özel olarak söylemese de davanın kabulü için kifayet ediyordu.

⁴²³ D. 12, 1, 22; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/361; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 189; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 157 dn. 25; Atak, *Mutuum*, s. 86 dn. 59. Aynı yöndeki cevap Sabinus'un talebesi Cassius'tan (ö. MS I. yy.) da aktarılmıştır. Bk. D. 13, 3, 4; Watson, *The Digest of Justinian*, 1/394; Atak, *Mutuum*, s. 86 dn. 59.

⁴²⁴ Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 150.

Bununla birlikte borcun hukuki dayanağı hâkim önündeki safhada (in iudicio) şekle tabi olmadan incelenebilirdi. Genel itibariyle borç kaynakları söz ve yazı olabildiği gibi malın kendisi de olabilirdi. Romalı hukukçuların kullandığı mal ile borçlanmak (re obligari) ifadesiyle, önceden bir şekilde sahibi tarafından verilmiş veya sahibinin elinden zorla alınmış bir malın birinin elinde haksız olarak bulunduğu belirtilmek istenirdi. Nitekim ödünç konusu teslim edildiği anda ödünç alan mala malik olup malvarlığı artsa da bunun karşılığında malvarlığının pasifinde, davayla geri alınabilecek parasal bir borç oluşmaktaydı. Bu açıdan bakıldığında ödünç verenin aynî değil, parasını geri almak için kişisel bir dava hakkı olmasına rağmen borçlunun ödünç aldığı malvarlığının pasifinde yer alan mal, başkasının bronzu/parası anlamında “aes alienum” şeklinde nitelendirilirdi. Dolayısıyla hırsızlıkta olduğu gibi izinsiz şekilde elde bulunduran veya önceden malikinin izniyle alınıp özellikle dava yoluyla sahibi tarafından talep edilerek, âdeta karşı tarafa verilen iznin kaldırılmış ve o andan itibaren haksız olarak alıkonulmuş sayılan bir malın, tüketilmiş olmasına rağmen condictio davası çerçevesinde geri verilmesinin talep edilmesi, malı tüketmiş olanın malvarlığında var sayılan başkasının parasının (aes alienum) iadesi şeklinde tahlil edilmektedir.⁴²⁵

Hukuken geçerli bir sebep olmaksızın başkasının aleyhine bir tarafın malvarlığında meydana gelen artış şeklinde tanımlanan ve akit benzeri (quasi contractus) olarak ifade edilen sebepsiz zenginleşmenin bulunduğu her yerde, kazanım gerçekleştiği ve alınan mal tüketildiği, değiştiği, kaybolduğu veya elden çıkarıldığı durumlarda mülkiyet devredilmiş sayıldığı ve mal aynen durmadığı için istihkak davası (rei vindicatio) değil condictio davası açılması da böyle düşünülebilir.⁴²⁶ Diğer yandan borç olmayan şeyin ödenmesi, hırsızlık, kanuna aykırı ifa gibi sebepsiz zenginleşme durumlarında olduğu gibi ödünç verme işleminde de borcun condictio yoluyla talep edilmesi, ödünç işleminin akitten ziyade hukuki eyleme benzediği düşüncesine sevk etmektedir.

Condictio davasının diğer bir özelliği dar hukuk davası (iudicium stricti)⁴²⁷ olmasıdır. Bu özelliğinden ötürü condictio davasında hâkimin, taraflara şekil şartı

⁴²⁵ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 113-115; Atak, *Mutuum*, s. 276-277.

⁴²⁶ Umut, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 384-387; a.mlf., *Roma Hukuku Lügati*, s. 20.

⁴²⁷ Iudicium Stricti Iuris: Dar hukuk davası. Hâkimlerin takdir yetkilerinin sınırlı olduğu davaya Iustinianus zamanında verilen isim. Klasik devirde “iudicium stricti” denilen bu tür davada hâkim, formula adlı belgede belirtilen olaya sıkı sıkıya bağlı kalmaktaydı. Eskiden sayıları çok olan bu tür davalar ilerleyen dönemlerde gittikçe azalmış, nihayet Iustinianus hukukunda sadece stipulatio ve mutuum akitlerinden doğan davalar dar hukuk davası olarak nitelenmekteydi. Roma hukukunda formulanın intentio kısmında “ex fide bona...” (hüsnüniyet gereğince) ifadesi bulunan ve akitle birlikte yapılan anlaşmaları (pactum) dikkate almak gibi hâkime geniş bir takdir yetkisi bahşeden şahsî davaya ise “iudicium bonae fidei” (hüsnüniyet davası) denir ve alım satım, kiralama, vedia gibi akitlerin davası bu türden kabul edilirdi. Bk. Umut, *Roma Hukuku*

öne sürme, ek anlaşmalara itibar etme veya âdil değerlendirme yapma gibi bir takdir yetkisi olmayıp ödünç alanı sadece aldığı miktar oranında parasal geri verme borcuna mahkûm edebilirdi. Davanın uygulama alanının belirlenmesinde ve davanın türünde tarafların etkisi olamazdı.⁴²⁸ *Condictio* davasına konu olan borçlarda, Roma hukukundaki “cins tümüyle ortadan kalkmaz” (*genus non perit*) şeklindeki hukuk kuralı gereğince, ödünç alınan mal türünün satıştan kaldırılması, piyasadan çekilmesi veya neslinin tükenmesi gibi durumlarda edimin objektif ifa imkansızlığı söz konusu olmazdı.⁴²⁹ Zira para dışındaki ödünç verilen mallarda mahkûmiyet parasal değerleri üzerinden belirlenmekteydi. Fakat para ödünç verilip ödünç verilen para türünün tedavülden kalkması durumunda teorik bir ifa imkansızlığının oluşabileceği düşünülmektedir.

Lügatı, s. 97.

⁴²⁸ Atak, *Mutuum*, s. 278.

⁴²⁹ Atak, *Mutuum*, s. 279.

İkinci Bölüm

HANEFÎ FIKİH DOKTRİNİNDE KARZIN MAHİYETİ VE AMACI

GİRİŞ

A. Tanım Bakımından Fıkıh ve Roma Hukuku Karşılaştırması

Fıkıhı ve özelde İslâm hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en belirgin özelliklerden biri, meşruiyet kaynağının ve temel esaslarının dinî olmasıdır.⁴³⁰ Temel kaynakları naslar, yani Kur'ân ve sünnet olan bu hukuk sisteminde hüküm verme yetkisi hakikî anlamda Allah'a ait olup hukukçunun (fakih) en temel görevi, naslardaki hükümleri anlayıp onları gerekçeleriyle ortaya koymaktır.⁴³¹ Naslarda hükmü açıkça belirtilen bir konuda fakihin, bunu dikkate almayan, tamamen ortadan kaldıran veya değiştiren aykırı bir yorum yapması, ittifakla kabul edilmez. Bununla birlikte fikhî hükümlerin büyük bir kısmı doğrudan ilahî hitapla değil, icthad yoluyla tespit edilmiştir. Ancak bu tür hükümlerde hem icthada dayanak teşkil eden delilin meşruiyetini naslardan alması hem de icthad gerekçesinde belirtilen asıl hükmün naslarda bulunması, bunları dolaylı yoldan naslara irca etmektedir. Dolayısıyla en son tahlilde dinî temellere dayalı bir hukuk sistemi olan fıkıhta, naslarda kulların eylemlerine ilişkin Allah'ın iradesini ve buyruğunu keşfetmeye yönelik bir araştırma söz konusudur. Bu da Allah'ın, dünya hayatında kulların bir kısım eylemlerine ilişkin talebi veya düzenlemesi olduğunu gösterir. Bu talebin bildirilmesi ise ilahî hitap aracılığıyla olup ortaya çıkarılmasında naslardaki emir ve nehiy gibi beyanlar baş rolü oynamaktadır.

Hüküm, Allah'ın bir sıfatı olarak düşünülmüş ve bizzat ilahî hitap "hüküm" olarak nitelendirilmiştir. Zira Allah, bu gibi beyanlarla kullarına talebini bildirmekte; örneğin bir eylemin yapılmasını istediğini emir kipiyle ifade ederek

⁴³⁰ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 6-7, 71; Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 13. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 61-64. Günümüzdeki beşerî hukuk sistemlerinden birçoğunun aslı kabul edilen Roma hukukunun ilk dönemi kabul edilen Quirites Hukuku Dönemi'nde, MÖ III. yüzyıla kadar hukuk ilmi (iurisprudentia) dinî kaynaklı hukuk olan "fas" ile beşerî hukuk olan "ius"u kapsamakta ve hukuki işler rahipler (pontifices, tekili: pontifex) tarafından yönetilmekteydi. Roma'da laik hukuk, MÖ 300 senesinde Ius Flavianum ile başlatılır. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 81, 97; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, 71, 99, 160.

⁴³¹ Temelde derinlemesine düşünerek nasları anlayıp onlardaki anlam ve illetleri öğrenme işi olan ilim, sözlük anlamı ince anlayış olan "fıkıh" kelimesiyle isimlendirilmiştir. Bk. Ahmed b. Muhammed el-Gaznevi, *el-Hâvi 'l-Kudsî*, thk. Salih el-Alî, Beyrut: Dâru'n-nevâdir, 1432/2011, s. 31; Hamîdüddin ed-Darîr er-Râmişî, *Hâşiye 'alâ Usûli'l-Pezdevî*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Fatih, No: 1321, vr. 1b; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Usûli'l-Pezdevî*, Kahire: Beyrut: Dâru'l-kitâbi'l-'Arabî, 1394/1974, 1/12-13.

o eylemin yapılmasını istediği bir eylem olduğunu bildirmektedir. Genellikle Hanefî mezhebi dışındaki usul düşüncesinde Allah'ın kelim sıfatıyla bağdaştırılan ve Allah'ın hitabı olarak yorumlanan hüküm, Hanefî fakihlerince gerçek anlamı itibarıyla daha çok tekvin sıfatıyla ilişkilendirilmiş ve hüküm, kulun belirli eyleminin belirli bir şer'î nitelikte yaratılması olarak yorumlanmıştır. Fakat fıkıh terminolojisinde hüküm kelimesinin mecazî anlamda, Allah'ın hükmünün neticesi olan haramlık ve farz olmak gibi kulun eyleminin niteliklerine atfedildiği ve bu kullanımın fıkha hâkim olduğu belirtilmiştir.⁴³²

Özü Ebû Hanîfe'den aktarılan tanıma göre fıkıh, kişinin kendisine ahirette yarar sağlayacak ve zararına olacak eylem türlerini veya hak ve yükümlülüklerini delile dayalı şekilde bilmesini sağlayan ilme denir.⁴³³ Fıkıh, kulların eylemlerine dair şer'î hükümleri bilmeye yönelik bir ilim olduğu için, şer'î delillerden doğması açısından hak ve yükümlülükler de hüküm kapsamında değerlendirilmiştir.⁴³⁴ Hicrî beşinci asırda muhtemelen yüzeysel biçimde şer'î hüküm bilgisine sahip kimselerin fakih olarak isimlendirilmesinin önüne geçmek için, fıkıhın tanımına istinbât ve ictihâd gibi şartlar da eklenmiştir.⁴³⁵ Fıkıh, istidlale dayalı biçimde tafsîlî ve fer'î şer'î hükümlerin büyük bir kısmının bilinmesi şeklinde de tarif edilmiştir.⁴³⁶ Bu tanımla bir taraftan birkaç mesele öğrenmiş kimselerin fakih olamayacağı bildirilirken diğer taraftan birkaç fikhî meseleyi bilmeyen kimsenin fakih olamayacağına dair düşüncenin de önüne geçilmiştir. Yine fıkıh, “doğru bir hüküm çıkarma yetisine sahip olarak, hakkında açıkça vahiy ve icmâ bulunan tüm amelî ve şer'î hükümleri delilleriyle birlikte

⁴³² Alâeddin es-Semerkindî, *Mizânü'l-usûl fî netâ'ici'l-'ukûl*, Matâbi'u'd-Devha'l-hadîse, 1404/1984, s. 17-18, 20, 747.

⁴³³ Hamîdüddin ed-Darîr, *Hâşiye 'alâ Usûli'l-Pezdevî* (Fatih, 1321), vr. 1b; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/5; Sadrüşşerîa, *et-Tavzih fî halli gavâmizi't-Tenkîh* (*Haşiyetü't-Telvîh* içerisinde), thk. M. Adnan Derviş, Beyrut: Dâru'l-erkam, 1419/1998, 1/31-34. Ebû Hanîfe'nin tanımı gibi fıkıhı ma'rifet olarak tanımlamayı tercih edenler arasında diğer mezheplerden İbn Hazm, Bâcî ve Ebû İshak eş-Şîrâzî zikredilebilir. Bk. İbn Hazm, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Beyrut: Dâru'l-âfâk, ts., 5/127; Bâcî, *el-Hudûd fî'l-usûl*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003, s. 101; Ebû İshak eş-Şîrâzî, *el-Lüma' fî usûli'l-fikh*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003, s. 6. Ebû Hanîfe'ye dayandırılan tanımda, hüküm bilgisinin şer'î delilden istifade edildiğine açıkça değinilmemesi, öte yandan Şâfiî muhitte meşhur tanımda buna özellikle yer verilmesi akla şöyle bir soru getirmektedir: Hanefîlerin aktardığı tanıma göre hüküm bilgisi şer'î delil olmadan sırf akılla idrak edilebilir mi?

⁴³⁴ Bundan dolayı Hanefî usul metinlerinde delillerle sabit olan hüküm çeşitleri meşru hükümler ve meşru hükümlerle alakalı hükümler olarak ikiye ayrılmış, Allah hakkı-kula hakkı ayrımı meşru hükümler kapsamında incelenmiştir. Bk. Fahrü'l-İslâm el-Pezdevî, *Usûlü'l-Pezdevî*, thk. Sâid Bekdâş, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1437/2016, s. 671; Şemsüleimme es-Serahsî, *Usûlü'l-fikh*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1414/1993, 2/289.

⁴³⁵ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, thk. Halil el-Meys, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1421/2001, s. 467; Şîrâzî, *el-Lüma'*, s. 6.

⁴³⁶ Muzafferüddin İbnü's-Sââtî, *Nihâyetü'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl*, thk. Sa'd b. Garîr, Mekke: Câmi'atü Ümmi'l-kurâ, 1418, 1/10.

bilmek” şeklinde de tanımlanmıştır.⁴³⁷ Bu tanımla ise fakihin, hüküm çıkarma melekeseine sahip olması yanında ahkâma ilişkin olduğuna dair tartışma bulunmayan naslar ile icmâya dayalı meselelerin tamamını bilmesi şart koşulmuştur. Fıkıhın bir başka tanımı ise şu şekildedir: “Fıkıh, hüküm çıkarma yetisine sahip bir kimsenin, mükelleflerin inanç konusuna girmeyen eylemlerinin kesin şer’î hükümlerini şüphesiz biçimde idrak etmesine denir.”⁴³⁸ Roma hukukunda, doğrudan hak üzerinden bir isimlendirme yapılarak ilme “hukuk” (örneğin: “ius”) adı verilirken, fıkıhta naslar ve kanun koyucunun iradesi esas alınarak bir okuma yapıldığı için bu ilme derin anlayış anlamında “fıkıh” denildiği düşünülmektedir. Ayrıca Roma hukukunda hukukun kaynağı beşerî irade iken fıkıhta meşruiyet kaynağı temelde vahye dayalı gözükmektedir.

B. Fıkıhın Tasnifi

Fıkıhın konusu, hakkında Allah’ın talep veya düzenlemesinin bulunduğu kulların eylemleri olduğu için, genel olarak fikhî konular da bu doğrultuda tasnif edilmiştir. Özellikle Hanefî mezhebinde ön plana çıkan, ancak diğer mezheplerde de yer bulan “Allah hakkı” ve “kul hakkı” şeklindeki tasnif buna örnek verilebilir.⁴³⁹ Bu tasnifin genel ve özel menfaat dikkate alınarak yapıldığı öne sürülmüş ve bu açıdan Roma hukukundaki kamu hukuku ve özel hukuk ayırımına benzetilmiştir.⁴⁴⁰ Nitekim Hanefî mezhebinde bu tasnifin toplumsal ve bireysel yarar dikkate alınarak yapıldığını söyleyenler arasında Ebu’l-Kasım Nâsirüddin es-Semerkandî (ö. 556/1161) ve Şemsüleimme el-Kerderî (ö. 642/1244) sayılmaktadır.⁴⁴¹ Fakat Allah hakkı kapsamında değerlendirilen namaz ve oruç gibi ibadetlerde toplumsal yarardan ziyade bireyin uhrevî menfaati ön planda gözüktüğü için, tasnifin bu gerekçeye dayandırılması eleştirilmiştir.⁴⁴²

Hanefî mezhebinde bu ayırım başka açılardan da açıklanmıştır. Nitekim Allah hakkı, kısmen veya tamamen alma veya vazgeçerek ıskat etme ya da başkasıyla değiştirme şeklinde kullar tarafından üzerinde tasarruf edilemeyen hak olarak

⁴³⁷ Sadrüşşeria, *et-Tavzih (Haşiyetü’l-Telvih* içerisinde), 1/46.

⁴³⁸ İbn Emîri Hâc, *et-Takrîr ve’t-tahbîr*, Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1403/1983, 1/16-17.

⁴³⁹ Bu terimler Hanefî mezhebinin ilk dönem eserlerinden itibaren kullanılmaktadır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 7/197, 273, 285, 10/382, 11/194, 225, .

⁴⁴⁰ Hasan Hacak, “*İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2000), s. 34, 60, 77, 116, 117.

⁴⁴¹ Sığnâkî, *el-Kâfî şerhu’l-Pezdevî*, thk. Fahreddin Kânî, Riyad: Mektebetü’r-rüşd, 1422/2001, 4/1987; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 4/134-135; Hacak, “*Hak Kavramının Analizi*”, s. 97 dn. 187.

⁴⁴² Mansûr b. Ahmed Müeyyed el-Kâânî, *Şerhu’l-Muğnî*, İstanbul: Millet Ktp., Feyzullah Efendi, No: 606, vr. 155b; Hacak, “*Hak Kavramının Analizi*”, s. 98.

nitelenmiştir.⁴⁴³ Sadrüşşehîd (ö. 536/1141) ise bu tasnifi dava hakkı çerçevesinde izah etmiş ve bir davada davacının davadan vazgeçme hakkının bulunmamasının davaya konu hakkın Allah hakkı olduğuna delalet edeceğini, vazgeçme hakkının bulunması ise kul hakkı olduğuna işaret edeceğini ifade etmiştir.⁴⁴⁴ “Hak” teriminin neye karşılık geldiğini açıklamaya çalışan Hanefî fakihlerden bir diğeri ise Tâcüşşerîa’dır (ö. 709/1309). Ona göre “hak” kavramının anlamı, izâfe edilip edilmemesine göre değişmektedir. Herhangi bir kelimeye izâfe edilmeden kullanılan hak kelimesi, batılın karşısı olarak varlık sahasında bulunan veya etki ve sonuç doğuran şeyleri ifade etmektedir. Başka bir kelimeye, özellikle hak sahibine muzâf olarak kullanılan hak ifadesi ise, sahibine ait ve özgü olup ona, kendi konumuna yaraşır şekilde karşı tarafın bu hakkı gözetten bir tutum ve davranış sergilemesini talep etme yetkisi tanıyan bir iradedir. Bu genel tanıma göre Allah hakkı ve kul hakkını uyarlayan Tâcüşşerîa Allah hakkını, Allah’ın zatına yaraşır biçimde onu yüceltme, rızasını arama ve emirlerini yerine getirme gibi, kulun bu hakkı gözetten bir tutum sergilemesini talep eden meşru bir yetki şeklinde tanımlamıştır. Kul hakkını ise hak sahibinin konumuna uygun bir şekilde, sahibinin ondan yararlanmasını engellemeyip zarar vermeyerek karşı tarafın bu hakkı gözetmesini talep eden meşru bir yetki olarak tarif etmiştir. Ayrıca Allah hakkı ile kul hakkı arasındaki farkları sayarken Allah hakkının bireyin rızasına tabi olmadığını ve kişinin onu ıskat yetkisinin bulunmadığını belirtmiş, ancak hak kapsamında ödenecek miktarın borçlunun statüsüne göre değişebileceğini ifade etmiştir. Kul hakkında ise bireyin rızasının ön planda olduğunu ve hak sahibinin hakkı ıskat yetkisine de sahip olduğunu söylemiş, bu kapsamda talep edilen miktarın borçlunun statüsüne göre değişmeyeceğini vurgulamıştır.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Şemsüleimme es-Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut: Dâru’l-ma’rife, 1414/1993, 9/110; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i’ fî tertibi’s-serâ’i’*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, 1406/1986, 6/48.

⁴⁴⁴ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi’l-kâdî*, thk. Muhyî Hilâl Serhân, Bağdat: Matba’atü’l-irşâd, 1397/1977, 3/195.

⁴⁴⁵ Tâcüşşerîa, *Nihâyetü’l-kifâye li dirâyeti’l-Hidâye*, Edirne: Selimiye Ktp., Selimiye Yazmalar, No: 306, vr. 213b. Her bir hakka dair özellikler hakkında bk. Hacak, “*Hak Kavramının Analizi*”, s. 102-105, 108-110. Malikî mezhebi fakihlerinden Şehâbeddin el-Karâfî (ö. 684/1285), Allah hakkının Allah’ın emir ve nehyi olduğunu, kul hakkının ise kulun menfaatlerinden ibaret olduğunu söyledikten sonra, sırf kul hakkıyla kulun ıskat yetkisinin bulunduğu hak türünün kastedildiğini, kulun ıskat yetkisinin bulunmadığı haklara ise Allah hakkı denildiğini ifade etmiş ve bir hakkın bu iki hak türünden hangisine girdiğinin kula tanınan ıskat yetkisiyle anlaşılacağını öne sürmüştür. Diğer taraftan Allah hakkı ile kul hakkı arasında tam girişimlik (umum-husus mutlak) bulunduğunu ve Allah hakkının genel, kul hakkının ise özel olduğunu ifade eden Karâfî, her kul hakkında hakkın hak sahibine ulaştırılmasına yönelik bir emir şeklinde de olsa mutlaka Allah hakkının da bulunduğunu, dolayısıyla kul hakkının Allah hakkı olmaksızın var olamayacağını, ancak Allah hakkının kul hakkı olmadan bulunabileceğini vurgulamıştır. Birtakım eylemlerde kulun hakkı ve menfaati bulunmasına rağmen bunların kul hakkı kapsamında değil, Allah hakkı başlığı altında değerlendirildiğine dikkat çeken Karâfî, buna örnek olarak faizli işlemleri vermiş ve kulun, malını faiz olarak vermek suretiyle zayıf etmeye rıza göstermesinin durumu değiştirmeyeceğini ve bunun Allah hakkı kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir. Bk. Şehâbeddin el-Karâfî, *el-Furûk*, Kahire: Âlemü’l-kütüb,

Hanefî usulü fıkıh eserlerinde, bütün yükümlülüklerin ilgili sebeplerle var olduğu ve bu sebeplerin belirli sonuçları doğuracak şekilde belirlenmesinin gerçek anlamda kanun koyucu tarafından tayin edildiği, fakat bu yükümlülüklerin ifasının bu sebeplerle değil, hak sahibinin hitap yoluyla talep etmesine bağlı olduğu belirtilmektedir.⁴⁴⁶ Hak sahibinin kul olması durumunda bu tür hakka “kul hakkı” denilmektedir. Zira hak sahibi kulun karşı taraftan talep ettiği eylem veya mal, bir şekilde onun yararına olup kişinin kendi mal varlığında tasarruf etmesi, yararlanmayı veya yararlanmamayı tercih etmesi tamamen ona bırakılmış bir husustur. Diğer taraftan fıkıh alanına giren eylemlerden bir kısmında ifayı talep eden kul değil, şâriidir. İbadetler, kefareter ve had cezalarının çoğunda özellikle ifayı talep eden ve bu kapsama giren belirli eylemlerin varlık sahasına çıkmasını isteyen şâriidir. Hikmet sahibi Allah’ın kullarından anlamsız şeyler istemesi imkân dahilinde olmadığı için, şeriat kapsamında kullardan yapılması veya uzak durulması istenilen bütün eylemlerin -nedeni ve eylemle maksat arasındaki bağlantısı anlaşılabilir veya anlaşılabilir- yine kulların yararına olduğu bildirilmiştir. Ayrıca noksan sıfatlardan münezze olan Allah’ın kendi yararına bir şey istemesi de düşünülemez. Bu problemi aşmak için, Allah hakkı denilen eylemlerde menfaatin kamu yararı olduğu iddia edilmişse de toplumun tamamını etkilemeyen namaz ve oruç gibi taleplerde kamusal menfaatten bahsetmenin zorlama bir yorum olduğu düşünülmektedir.⁴⁴⁷

Allah hakkı kapsamına giren eylemlerin başat özellikleri arasında ifayı talep edenin esasen kul olmayıp şârii olması, zaruret gibi olağanüstü hallerin dışında bu talebi ıskat etme yetkisinin kula değil, şâriye ait olması ve kulun seçme ya da değiştirme hakkının bulunmaması sayılabilir. Nitekim bu tasnife göre bir şeyin helal ve mübah olması kula menfaat sağlasa da kulun, bu husustaki Allah’ın helallik hükmünü kaldırma yetkisi bulunmadığından, böyle bir eylemin ibâha hükmü Allah hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Yine borç veren için faizli işlem veya içen kimse için içki içmek bir şekilde yarar sağlasa da bu gibi eylemlerin hükmünün kul tarafından değiştirilemeyeceği ve bunların Allah hakkı kapsamında değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir.⁴⁴⁸ Haklı bir sebep bulunmadıkça Müslümanın malının dokunulmazlığı da esasen Allah hakkı

1347, 1/140-141.

⁴⁴⁶ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61. Debûsî’nin, âdeta fıkıhın genel olarak kısımlarını sayarcasına itikadi meselelerden sonra furûya dair üst konu başlıklarını “ibadetler, kefareter, hadler ve muamelât” şeklinde sıralaması da ilk üçünün Allah hakkı, sonuncusunun kul hakkı olarak nitelendirilmesi açısından dikkat çekicidir. Bk. Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61.

⁴⁴⁷ Hacak, “*Hak Kavramının Analizi*”, s. 98-99.

⁴⁴⁸ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 81, 138; Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, 1/326; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/272.

kapsamında değerlendirildiği için, sebepsiz zenginleşme gibi durumlarda bu durum mal iktisap eden kişinin yararına olsa da kaybeden lehine rücu hakkı doğmaktadır. Fakat bu hak doğduktan sonra hak sahibinin bireysel olarak bu alacağını iskat etme hakkı bulunduğu için, ibra işlemi kul hakkı sayılmaktadır. Örneğin, bir satım işleminde kişi malı şartlarına uygun biçimde sattığı anda satış bedeline hak kazanır. Şartlarına uygun biçimde yapılan satım işleminin hukukî sonucunu doğurması, tanımlayıcı hukuk kurallarının şârii tarafından belirlenmesi açısından Allah hakkıdır ve kimsenin bundan sonra yapılacak satım işlemlerinin hukukî sonucunu doğurmasını tamamen kaldırma hakkı yoktur. Ancak hak sahibi kul, satım işlemi sonucunda doğan alacak hakkından kısmen veya tamamen vazgeçerek alacağının ifasını karşı taraftan istemeyebilir. Burada ifa konusunun talebi veya bunu değiştirme hakkı kula ait olduğu için bu tür hukukî eylemlere kul hakkı denilmiştir.

Sonuç olarak, Allah hakkı-kul hakkı ayrımının, işlemlerin aslî yükümlülük (نفس الوجوب) etabında değil, ifa aşamasında (وجوب الأداء) devreye girdiği göz önüne alınırsa, fıkıhta bu ayrım altında değerlendirilen meselelerin tasarruf işlemi safhalarının dikkate alındığı ve buna göre böyle bir ayrımın yapıldığı söylenebilir. Dolayısıyla bu ayrım, hak sahibi tarafın talep hakkı göz önüne alınarak yapılmış bir tasnif gibi gözükmemektedir. Şayet Allah hakkı-kul hakkı ayrımında, kişinin bir eylemi yapıp yapmamadaki özgürlüğü kastedilmiş olsaydı bütün eylemlerin kul hakkı olması gerekirdi. Yine bu tasnifte salt menfaat açısından bakılmış olsaydı tüm şer'î hükümlerin kulların yararı gözetilerek belirlendiği dikkate alındığında bütün hükümlerin kul hakkı olması gerekirdi. Diğer taraftan yapılan bir eylemin varlık sahasına çıkarılmasını sağlayan kudret göz önüne alınmış olsaydı bu durumda da ehli sünnetin görüşüne göre bütün eylemlerin Allah hakkı sayılması gerekirdi. Ayrıca şer'î sebeple borç olarak zimmette sabit olan eylemlerin zimmete sübut aşaması Allah hakkı olup kul hakkı değildir. Zira kulun, Allah'ın belirli bir hüküm için tayin ettiği bir sebebe kendi iradesiyle girişmesi durumunda o sebebin hükmü doğurması kulun elinde değildir; ister istemez sebep hükmünü doğuracaktır. Fakat sebepler aracılığıyla kula sabit olmuş olan menfaatlerden kulun vazgeçme yetkisi vardır. Zira menfaat ona aittir. Fakat kulun menfaatin söz konusu olmadığı ibadet gibi eylemlerde kulun, ifadan başka namaz borcunu kaldırmak gibi seçeneği yoktur. Zira hak sahibi kul değil, Allah'tır.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61, 417-418; Hacak, "Hak Kavramının Analizi", s. 82-89.

Hanefî mezhebinde, temelde Allah hakkı-kul hakkı ayırımına göre yapılmış olan diğer bir meşhur tasnife göre şer'î fiiller, ibadetler, ukûbât (cezalar), kefâretler ve muâmelât olarak tasnif edilmekte, muâmelâtın alt kısımları ise muâvazât, emânât, terikât (miras ve vasiyet), münâkehât (evlilik ve boşanma) ve muhâsemât (yargı hukuku) beş ana grupta toparlanmaktadır.⁴⁵⁰ İbadetler, ukûbât ve kefâretler Allah hakkı sayılırken muâmelât kul hakkı olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵¹ Bazen kefâretler zikredilmeksizin fıkha ilişkin kısımlar, üç ana başlıkta da toplanabilmektedir.⁴⁵² Tek kişinin haberinin delil değeri tartışılırken kulun fiilleri, diyânât ve muâmelât şeklinde iki kısma da ayrılabilir. ⁴⁵³ Fakat bu gibi yerlerdeki kasdın, fıkha dair genel bir tasnif yapmak olmadığı düşünülmektedir. Hanefî mezhebindeki bu tasniflerde dikkat çeken bir husus, nikah ve talak gibi evlilik ve boşanmaya dair bahisleri içeren münâkehât konuları, muâmelâtın ayrı bir üst başlık olarak değil, daha çok muâmelât altında alt bir kısım olarak ele alınmasıdır.⁴⁵⁴ Muâmelât altındaki emânât içerisinde, ortakların zilyetliği yed-i emânet olduğu için şirket akitlerinin de bu kısımda değerlendirildiğinin bildirilmesi, muâvazât ve emânât kısımlarıyla kastedilenin damân ve emânet akitleri olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁵⁵ Bu anlama göre karz, damân akdi sayıldığı için bu taksimde muâvazât içerisinde düşünülmüş olmalıdır.

Hanefî mezhebinde yapılan bu genel tasnifler dışında kitaba özel tasnifler de vardır. Örneğin, Hanefî fakihlerinden Muhammed b. İbrahim el-Hasîrî (ö. 500/1107), *el-Hâvî fi'l-fetâvâ* adlı eserinde fıkıh konularını, “ibâdât”, “muâmelât ve mübâhât”, “mahzûrât ve mekrûhât”, “cinâyât ve ukûbât” şeklinde dört ana başlık altında incelemiş, “ibâdât” altında namaz, oruç, zekat, vakıf, köle azat etme, vasiyet, nikah, cihad, kurban ve zebâih (et için kesilen hayvanlar), vedia, ariyet, hibe ve lukataya (buluntu mal); “muâmelât ve mübâhât” altında satım, şüf'a, icâre, şirket, müzâra'a, mudarebe, şirb, rehin ve içeceklerle; “mahzûrât ve mekrûhât” altında talak, yemin, gasp, damân, hazr ve ibâhaya; “cinâyât” altında

⁴⁵⁰ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61; Ebû Bekr el-Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyira*, İstanbul: el-Matba'atü'l-hayriyye, 1322, 1/113.

⁴⁵¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-âcizi'l-fakîr*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts., 6/246-247; Muhammed Emîn İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut: Dâru'l-fikr, 1992/1412, 4/500.

⁴⁵² Ebu'l-Berekât en-Nesefî, *el-Müstasfâ*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, No: 921, vr. 4a; Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, Kahire: el-Matba'atü'l-ilmîyye, 1311, 1/7-8; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1/79.

⁴⁵³ Aynî, *el-Binâye*, 12/75. “Diyanât”tan maksat ibadetlerdir. Bk. Aynî, *el-Binâye*, 12/75.

⁴⁵⁴ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 384; Serahsî, *el-Mebsût*, 4/194; Nesefî, *el-Müstasfâ* (Murad Molla, 921), vr. 4a; Haddâdî, *el-Cevhere*, 1/113; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 1/7; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1/79; Bâbertî, *el-İnâye*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts., 3/184; Aynî, *el-Binâye*, 5/3, 202.

⁴⁵⁵ Muhammed Emîn İbn Âbidîn, *Minhatü'l-Hâlik (el-Bahru'r-râik içerisinde)*, Kahire: el-Matba'atü'l-ilmîyye, 1311, 1/7.

ise cinâyât, hırsızlık, hadler, ikrah, kazâ (muhakeme) usulü, vekalet, dava, ikrar, şehadet (tanıklık), sulh, kısmet (taksim) ve ferâize yer vermiştir.⁴⁵⁶ Hasîrî, karzı ibâdât bölümünde âriyet konusunun alt başlığı olarak ele almıştır.⁴⁵⁷ Yine Hanefî alimlerinden Ebû Ali Âlî b. İbrahim el-Gaznevî (ö. 582/1186), *Menâbi‘u'l-Meşâri‘* adlı fıkha dair eserini “ibâdât”, “muâmelât”, “mubâhât”, “teberruât” ve “cinâyât” şeklinde beş ana başlıkta düzenlemiş, “ibâdât” altında taharet, namaz, zekat, oruç, hac, kurban, cihad, vakıf ve kazâ usulüne; “muâmelât” altında satım, sarf, şüf‘a, şirket, mudarebe, rehin, icare, müzara‘a, müsâkât, vekalet, havale, dava, ikrar ve kismete; “mubâhât” altında hazr ve ibâha, nikah, talak, yemin, zebâih, av ve feraize; “teberruât” altında hibe, kefalet, sulh, ariyet, vedia, lukata (buluntu mal), köle azat etme, me‘zûn kısıtlılar, vasiyet ve nafakaya; “cinâyât” altında ise gasp, hırsızlık, hadler, âbik (kaçak köle), içecekler, hacr, ikrah, diyetler ve kısasa yer vermiştir.⁴⁵⁸ Gaznevî, karzı muâmelât bölümünde sarf konusunun alt başlığı olarak ele almıştır.⁴⁵⁹ Şer‘î ve amelî hükümlerden âhiret işine ilişkin olanların ibadetler olduğu, dünya işine ilişkin olanların ise birey, aile ve toplumla ilişkili olmasına göre üç başlıkta ele alındığı; bireye ilişkin olanların “muâmelât”, aileye ilişkin olanların “münâkehât” ve topluma ilişkin olanların “ukûbât” olarak isimlendirildiği ifade edilmiş, bu tasnifin Şâfiî mezhebi fıkıh eserlerinde takip edildiği bildirilmiştir.⁴⁶⁰ Özellikle ibadetler dışındaki dünya işine ilişkin fıkıhın alt başlıklarının, amelî/pratik felsefenin tasnifini andıran bir şekilde taksimi dikkat çekicidir.

C. Fıkıhtaki Müdâyene ve Deyn İstılahları ile Borç İlişkisi Terimi

Müdâyene, esasen borç doğuran işlem yapmak anlamına gelmekte, konusu ise “deyn” olarak ifade edilmektedir.⁴⁶¹ Diğer bir ifadeyle müdâyene, deyn var etmeye yönelik hukukî bir eylemdir. Fakat müdâyene işleminin kaynağı ve deyni ortaya koyan asıl sebep hakkında farklı açıklamalar vardır. Bir açıklamaya göre müdâyene işleminin kaynağı, sadece vadeli satış işlemi olabilir, vadeli satış

⁴⁵⁶ Zehra Elbakri ve Shaker Jabari, “Menheciiyyetü'l-İmâm el-Hasîrî, fi tertîbi'l-ebvâbi'l-fikhiyye min hilâli kitâbihi: el-Hâvî fi'l-Fetâvâ”, *Bilimname Dergisi*, S. 45 (2021), s. 554-556.

⁴⁵⁷ Muhammed b. İbrahim el-Hasîrî, *el-Hâvî fi'l-fetâvâ*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Kasideci Zade, No: 264, vr. 70a.

⁴⁵⁸ Âlî b. İbrahim el-Gaznevî, *Menâbi‘u'l-Meşâri‘*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Laleli, No: 1182, vr. 1b-2a.

⁴⁵⁹ Gaznevî, *Menâbi‘u'l-Meşâri‘*, vr. 93b.

⁴⁶⁰ Teftâzânî, *et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki't-Tenkîh*, thk. M. Adnan Derviş, Beyrut: Dâru'l-erkam, 1419/1998, 2/313.

⁴⁶¹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur‘ân*, thk. Muhammed Sadık el-Kamhâvî, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-‘Arabî, 1405, 2/207; Debûsî, *el-Esrâr fi'l-usûl ve'l-fürû‘*, thk. Salim Özer, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE, 1997), s. 630, 1039.

kaynaklı olmayan borçlanmalara gerçek anlamda “müdâyene” denilemez.⁴⁶² Arapçada “deyn” ifadesinin sadece vadeye bağlanabilen borçlar için kullanılması nedeniyle, müdâyenenin yalnızca vadeye bağlanabilen borç oluşturmak amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu açıklamaya göre karz kapsamında borç oluşturmak müdâyene olarak değerlendirilemez. Zira karz, vadeye bağlanamayan borç oluşturur.⁴⁶³ Diğer taraftan vadeli satış neticesinde alacak hakkı oluşsa da talep hakkı doğmaz. Bu açıdan bakıldığında bu tanımı yapanların gayesi, talep hakkından ayrı biçimde bir alacak hakkını ortaya koymak olabilir. Başka bir açıklamaya göre müdâyene işlemi, sadece akde dayalı borç doğuran işlemleri kapsamakta, borcun kaynağının sadece akit olmadığı her işlem bunun dışında kalmaktadır. Bu anlatıma göre karz akdi, borcun akitle değil, teslim anında doğması nedeniyle müdâyene işlemi sayılamaz.⁴⁶⁴ Fakat Şeybânî *el-Asl*’da, “bugün ona verdiği tüm borçlar (ما دَائِنْتُكَ بِهِ الْيَوْمَ) benim üzerime olsun” şeklindeki bir ifadenin, müdâyene teriminin kapsamına girdiği için hem karz hem de satış bedeli borcunu içine alacağını açıkça belirtmiş ve bu hususta herhangi bir ihtilaf zikretmemiştir.⁴⁶⁵ Serahsî de bu meseleyi açıklarken müdâyene teriminin, borç yükümlüğü doğuran tüm sebepleri kapsadığı için satış bedeli ve karz borcunu içine aldığı ifade etmiştir.⁴⁶⁶

Benzer bir yaklaşıma göre, deyn hem dilsel olarak hem de fıkıh literatüründe vadeli satış bedeli ve karz borcu gibi borçları ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak deyn kelimesinin haksız fiil ve evlilik gibi sebeplerle doğan borçlar için kullanılması, fikhî açıdan gerçek anlamına uygun olsa da dilsel olarak bu tür durumlar için gerçek anlamda deyn teriminin kullanılmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁶⁷ Diğer bir açıklamaya göre fıkıh edebiyatında deyn, bir şeyin bedeli olarak borçlunun zimmetinde sabit kabul edilen malî bir ödeme yükümlülüğü anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, zimmîlerin İslam devletinde güvenliklerinin sağlanması karşılığında ödedikleri harâc borcuna deyn denilebileceği, ancak

⁴⁶² Ahmed b. Muhammed el-Herevî, *Kitâbü 'l-Garibeyn fi 'l-Kur'ân ve 'l-hadis*, thk. Ahmed el-Mezîdî, Mekke: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1419/1999, 2/665; Necmeddin en-Nesefî, *Tilbetü 't-talebe fi 'l-istilâhâtî 'l-fikhiyye*, İstanbul: el-Matba'atü'l-âmira, 1311/1894, s. 65, 141; Zahîrüddin el-Buhârî, *el-Fevâidü'z-Zahîriyye*, İstanbul: Süleymaniye Ktp. Atıf Efendi, No: 1002, vr. 268b. Selem akdi de vadeli satış gibi değerlendirilmektedir.

⁴⁶³ Herevî, *Kitâbü 'l-Garibeyn*, 2/665; Nesefî, *Tilbetü 't-talebe*, s. 65, 141.

⁴⁶⁴ Cessâs, *Ahkâmü 'l-Kur'ân*, 2/207.

⁴⁶⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 10/443.

⁴⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/51.

⁴⁶⁷ Ahmed b. Muhammed el-Feyyûmî, *el-Misbâhu 'l-münir fi garibi 'ş-Şerhi 'l-kebir*, Beyrut: Dâru'l-küttübi'l-ilmîyye, ts., 1/205.

zekât borcuna bu anlamda deyn denilemeyeceği ifade edilmiştir. Çünkü zekât, herhangi bir şeyin bedeli olarak zimmette sabit olmuş bir borç değildir.⁴⁶⁸

Fıkıhta, borç ilişkisinden daha çok konusu olan “deyn”in mahiyeti ve tanımı üzerinde durulmuştur. En az iki taraflı bir ilişki olmak zorunda olan müdâyene işleminde, Allah hakkı-kul hakkı ayırımına benzer şekilde, yükümlü taraf daima kul iken diğer taraf bazen Allah bazen de kul olabilmekte, dolayısıyla bu ilişkinin konusu da bazen Allah hakkı bazen kul hakkı olabilmektedir. Nitekim naslardaki “deynullah” ifadesi, Allah hakkı olarak açıklanmıştır.⁴⁶⁹ Hukukî ilişkinin ayrıcalıklı unsuru olarak hakkın bulunduğu yerde ise bir yükümlülük bulunması kaçınılmazdır. Fakat bu durum, hak ile yükümlülüğün farklı bir şeyle ilişkili olmasını gerektirmemektedir. Diğer bir ifadeyle hukukî ilişkinin konusu, hak sahibi tarafından bakıldığında “hak” olarak nitelenirken yükümlü açısından aynı şey “yükümlülük” olarak ifade edilmektedir. Hukukî ilişkinin bir alt türü kabul edilen borç ilişkisinin konusu da aktif olarak “alacak hakkı”, pasif olarak “borç” şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁷⁰ Fıkıhtaki tanımlara bakıldığında ise deyn teriminin, daha çok zimmetteki borç yükümlülüğü bakımından ele alındığı görülecektir. Fıkıhta deyn, sadece malî konularla sınırlı olmadığı için çoğunlukla, namaz ve oruç gibi Allah hakkına ait konulardaki borçları da içine alacak şekilde tanımlanmıştır. Hanefî mezhebi kaynaklarına baktığımızda, ifaya ilişkin talep yöneltildiği esnada etkisi ortaya çıkan ve borçlunun zimmetinde varsayılan hukukî bir vasıf şeklindeki tanımın, deynin gerçek anlamdaki kapsamlı tanımı olduğu belirtilmiştir.⁴⁷¹ Bu tanıma göre, malî konulardaki borçlar gibi namaz ve oruç borcu gibi Allah hakkı olan borçlar da deynin kapsamına girmektedir. Tanımda geçen vasıf ise borçluya bir hükmün vücûbu, lüzumu ve sübutu olarak izah edilmiştir.⁴⁷² Ayrıca deynin, kelimadaki cevher-araz ayırımıyla

⁴⁶⁸ Sîgnâkî, *en-Nihaye fî şerhi'l-Hidâye*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, No: 971, vr. 148b; İtkânî, *Gâyetü'l-beyân ve nâdiretü'l-akrân*, Kuveyt: Dâru'z-ziyâ, 1444/2023, 10/644; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/221.

⁴⁶⁹ İbn Abdilber en-Nemerî, *el-İstizkâr*, thk. Salim Muhammed Atâ, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 2000/1421, 1/81; Bedreddin el-Aynî, *Umdetü'l-kârî fî şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsî'l-Arabî, ts., 11/61-63, 23/211.

⁴⁷⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 24. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 22, 27, 48-49. Fakat fıkıhtaki hukukî ilişkiyi karşılamaya en yakın terimlerden hüküm, ehliyet veya zimmet ile borç ilişkisini karşılayabilecek olan müdâyene arasında kapsamları açısından detaylı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir.

⁴⁷¹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 677; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/70; Üsmendî, *Tarikatü'l-hilâf beyne'l-e'immeti'l-eslâf*, thk. Muhammed Zekî Abdülber, Kahire: Mektebetü dâri't-türâs, 1428/2007, s. 417; Nesefî, *el-Müstasfâ* (Murad Molla, 921), vr. 40a; Sîgnâkî, *el-Kâfî*, 1/386, 5/2292; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/205, 6/153; Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Gamzü' 'uyûni'l-besâir*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 1405/1985, 4/5; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 3/380; Hacak, “*Hak Kavramının Analizi*”, s. 279.

⁴⁷² Debûsî, *el-Esrâr*, s. 677; Serahsî, *Usûlü'l-fıkıh*, 2/175; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/347. Deynin sıfat olarak nitelendirilmesi ve borçlunun zimmetinde varsayılması, deyn üzerindeki tasarruf yetkisinin borçluya ait olması gerektiğini düşündürse de bu yetkinin alacaklıya ait olduğu ifade edilmiştir. Bk. Serahsî,

ilişkilendirilerek araz olduğu ve “borçluluk durumu” şeklinde açıklanarak borçlunun geçici bir niteliğine karşılık geldiği söylenmiş ve borçluyla kaim olduğuna işaret edilmiştir.⁴⁷³ Deynin varlık süresinin ifa anına kadar olduğuna işaret edilerek teslim sonrasında ele geçen malın deyn olarak değil, “ayn” olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir.⁴⁷⁴

Deynin, alacaklı açısından yapılan nitelendirmeleri de vardır. Bu kapsamda deyn, borçlunun zimmetinde varsayılan ve talep hakkını doğuran alacaklının milki ve hakkı şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁷⁵ Fakat hukukî varlığı ifa öncesiyle sınırlı olan deyn alacaklının değil, borçlunun zilyetliğinde kabul edilir⁴⁷⁶ ve bu da kişinin, başkasının zimmetindekini zilyetliğinde bulunduramayacağıyla açıklanır.⁴⁷⁷ Dolayısıyla alacaklının hakkı esasen borçlunun borcuyla aynı hukukî varlık için kullanılmakta ve alacaklı, bu ilişkide sadece yararlanan taraf olarak ayrılmaktadır. Borçlu, alacaklıya borcunu ifa etme gerekliliği açısından borç ilişkisinin pasif tarafı, alacaklı ise ifanın kendisine yapılması gerektiği için aktif tarafıdır. Fıkıh kaynaklarında alacaklının, borçlunun zimmetinde varsayılan deynin maliki olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷⁸ Fakat buradaki milk ayn, menfaat veya zilyetliğe yönelik değil, dördüncü bir anlamda sadece tasarruf yetkisi anlamında kullanılmaktadır.⁴⁷⁹ Nitekim alacaklı, alacağını ayn olarak teslim almadan önce onun aynına ve menfaatine malik olmadığı gibi zilyedi de

el-Mebsût, 12/84, 210, 14/40. Zaten alacak üzerinde temlik, ibra ve istibdâl yollarıyla tasarruf yapma yetkisi gerçekte alacaklıya ait olmalıdır. Borçlunun deyn üzerinde tasarrufu sadece ifa yoluyla düşünülebilir. Fakat ifa edildiğinde deyn, ayna dönüşür ve deyn olmaktan çıkar. Bu açıdan bakıldığında deynin sıfat olarak nitelenmesi, kendisiyle kaim olduğu borçlu itibarıyla olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla deynin tanımındaki sıfatın izafî ve görece oluşan bir durum (=izafet/bağıntı) olduğu, dolayısıyla borcun alacaklıya itibarla borçlunun sıfatı olduğu düşünülmektedir. Nitekim sıfat kelimesinin bu şekilde yorumlanması, borç ilişkisinin nisbî bir ilişki olmasıyla paralel olması açısından isabetli gözükmemektedir. Diğer taraftan hukukî olarak genellikle tanımlı yapılan ve varlığı üzerine konuşulan tarafın borçlunun sıfatı olması dikkat çekicidir. Fıkıh edebiyatında deynin varsayıldığı yerin borçlunun zimmeti olması ve deynin alacaklının zimmetindeki aktif bir mal olarak değil de borçlunun zimmetinde alacaklının tasarruf yetkisine tabi olarak varsayılan bir sıfat veya mal olması, deynin daha çok hükümle (vücûb) ilişkili bir terim olmasıyla alakalı olabilir.

⁴⁷³ Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007, s. 150.

⁴⁷⁴ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 677; Üsmendî, *Tarîkatü'l-hilâf*, s. 417; Aynî, *el-Binâye*, 10/32.

⁴⁷⁵ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 884, 1065; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/84, 210, 13/43, 14/40, 98. Arapçada “hak” ve “milk” kelimelerinin aynı anlamda kullanıldığına dair bk. Muhammed b. Ahmed el-Ezherî, *Tehzîbü'l-luga*, thk. Muhammed İvaz Mur'ib, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsî'l-Arabî, 2001, “hak”, 3/246.

⁴⁷⁶ Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, thk. Muhammed Sâdık el-Kamhâvî, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsî'l-Arabî, 1405, 2/123; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/83, 84, 14/38-39.

⁴⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/70.

⁴⁷⁸ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 678; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/84, 210, 14/40. Debûsî, deynin hem alacaklının milki hem de borçluya nispet edilen bir sıfat olduğunu açıklarken bu durumun, borçlunun alacaklının mülkiyetine geçmesi anlamı taşımadığını, aksine fiilen gerçekleşmiş bir mülkiyet ilişkisi olmaksızın alacaklıya ait bir malın borçlu üzerinde hukukî anlamda varsayılması anlamına geldiğini belirtmiştir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, s. 678.

⁴⁷⁹ Fıkıh kaynaklarında talep hakkının alacak hakkından, tasarruf yetkisinin de rakabe mülkiyetinden ayrı biçimde bulunabileceği açıkça vurgulanmaktadır. Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, 1017; Serahsî, *el-Mebsût*, 19/161.

sayılmamaktadır. Ancak alacaklı, alacağı üzerinde onu başkasıyla değiştirerek (istibdâl) veya doğrudan ıskat ederek tasarruf etme hakkına sahiptir. Bu açıdan alacak hakkı, alacaklıya bir ayrıcalık vermekte ve bir tür malvarlığı hakkı olarak görülmektedir.

Genel kanaate göre alacak hakkı, talep hakkından farklı bir haktır. Zira vadeli borç gibi durumlarda talep hakkı bulunmazken alacak hakkı varsayılmaktadır. Zira akit veya haksız fiil gibi borcun kaynağı ve varlık sebebi hukukî şartlarına uygun biçimde meydana gelince, illet ma'lûlden geri kalmayacağı kabulüne binaen alacak hakkı doğmaktadır. Talep hakkı ise alacak hakkına bağlı olarak doğan ikincil bir haktır.⁴⁸⁰ Bununla birlikte talepten önce alacak hakkının oluşmayacağını savunan görüşler de aktarılmaktadır.⁴⁸¹ Fakat alacak hakkının talep hakkından farklı olduğunu savunan bir kısım fakihin “alacak hakkının talep hakkından ibaret olduğu” yönündeki ifadelerinin,⁴⁸² talep hakkının önemini vurgulamak amacıyla söylendiği düşünülmektedir. Diğer taraftan sonraki dönemlerde deynin, mükellefin fiilinin bir tür hukukî eseri, hükmü ve sonucu olan milk (mülkiyet hakkı) ile ilişkili ve ondan doğan ikincil bir hak olduğu da ifade edilmiştir.⁴⁸³ Ayrıca deynin hükmün kısımları altında ele alınması dikkat çekicidir.

Deynin sadece mali borçlara hasredilerek hükmi bir maldan ibaret olduğuna dair tanımların⁴⁸⁴ ise işlemle asıl maksadı ön plana çıkarmaya yönelik mecazi anlamdaki bir kullanım olduğu ifade edilmiştir. Verme borçlarında esas maksat borçlunun ifa safhasında vereceği mal olduğundan deyn, sonuç olarak ifa sırasında maddi mala dönüşecek olan eşya için kullanılmıştır.⁴⁸⁵ Deynin hakikî anlamı itibariyle borçlunun bir vasfı olup zimmetinde varsayılan hükmî mala gerçek anlamda söylenemeyeceği fıkıh eserlerinde vurgulanmıştır.⁴⁸⁶ Bu bağlamda Serahsî, borcun (deyn) varsayım yerinin borçlunun zimmeti olduğunu, bu nedenle borcun borçlunun malı ile doğrudan bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Deynin mal ile ilişkisinin yalnızca sonuç itibariyle, borcun ifasının mal aracılığıyla gerçekleştirilmesi bakımından bulunduğunu belirten Serahsî, ifa

⁴⁸⁰ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 884, 1017, 1025; Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, 1/263, 2/334; a.mlf, *el-Mebsût*, 19/161, 25/170; Bedreddin ez-Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâ'id*, Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf, 1405/1985, 2/160-161. Hatta alacak hakkının talep hakkından ayrı var olan bir hak olduğu hususunda icmâ bulunduğunu iddia eden ifadelere rastlanmaktadır. Bk. Semerkandî, *Mizânü'l-usûl*, s. 743.

⁴⁸¹ Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, 1/263, 2/334; Semerkandî, *Mizânü'l-usûl*, s. 744.

⁴⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/84, 26/48.

⁴⁸³ Sadrüşşerîa, *et-Tavzih (Haşiyetü'l-Telviḥ içerisinde)*, 2/269.

⁴⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/73; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/148; Gaznevî, *el-Hâvî'l-Kudsî*, 1/73.

⁴⁸⁵ Üsmendî, *Tarikatü'l-hilâf*, s. 423. Burada bir şeye daha sonra alacağı durumun adını vermek (kevn-i lâhik) alakasıyla mecaz-ı mürsel vardır.

⁴⁸⁶ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 677; Aynî, *el-Binâye*, 10/32; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/205.

öncesinde alacaklının, borçlunun maddi malları üzerinde herhangi bir hakka sahip olmadığını açıkça vurgulamıştır. Alacaklının böyle bir hakkı bulunmamasına rağmen, talep ettiği peşin bir alacağının borçlu tarafından savsaklanması durumunda, alacaklının borçlunun maddi malvarlığı içinde alacağıyla aynı türden bir malı bulması ve bunu alması hırsızlık olarak değil, bir tür ifanın kabulü olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu durum alacaklının, borçlunun malvarlığı üzerinde doğrudan bir hakka sahip olduğunu göstermemektedir. Nitekim farklı türden bir malı alması halinde alacaklının hırsızlık yapmış kabul edileceği ifade edilmektedir.⁴⁸⁷ Öte yandan deyni hükmî mal olarak açıklamak, naslarda ve fıkhıta deyn olarak nitelendirilen namaz ve oruç gibi hususları terimin dışında bırakacağı için eksik bir tanımlama olacağı belirtilmiştir.⁴⁸⁸ Deynin mal kabul edilmesi, alacaklı açısından tutarlı gibi gözükse de varlığı zimmetinde takdir edilen borçlu açısından uygun değildir. Zira deyn, borçlu için malvarlığının eksilmesi, elindeki bir malın başkasına devri ve teslimi gibi anlamlara gelmekte, dolayısıyla malvarlığındaki aktifi değil, pasifi göstermektedir.⁴⁸⁹

Hanefî mezhebi kaynaklarında Ebu Hanîfe'ye nispet edilen diğer bir tanım ise deynin, borçlunun teslim ve temlik fiilinden ibaret olduğuna dair tanımdır.⁴⁹⁰ Bu tanımın kaynağının, ardında borcunu karşılayacak mal veya üstelenecek kefil bırakmadan vefat eden kimsenin borcuna kefil olunamayacağına dair aktarılan mesele olduğu ve Ebu Hanîfe'nin *el-Asl*'da aktarılan “zira hak yok olmuştur” (لأن الحق قد توى)⁴⁹¹ açıklamasından hareketle deynin fiil olarak tanımlandığı düşünülmektedir. İlgili meselede Ebû Hanîfe'nin görüşünü destelemek için getirilen açıklamada, esasen deynin alacaklıya ifa amacıyla bir malın temlik ve tesliminden ibaret olduğu ve bu eylemin ise ölümle imkânsız hale geldiği beyan

⁴⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 9/178.

⁴⁸⁸ Nesefî, *el-Müstasfâ* (Murad Molla, 921), vr. 40a; Hamevî, *Gamzû 'uyûni'l-besâir*, 4/5.

⁴⁸⁹ Nitekim Şafîî fakihlerinden Ebu'l-Muzaffer es-Sem'ânî (ö. 489/1096), ibra işleminin alacaklı açısından temlik, borçlu açısından ise iskat olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemiş, dolayısıyla deynin sadece alacaklı için mal sayılabileceğine işaret etmiştir. Bk. Zerkeşî, *el-Mensûr*, 1/81-82. Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde deyn kelimesi, sadece mal olarak tanımlanmamıştır. Örneğin İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî, deynin ifa edilen hak olduğun; Sem'ânî ise deynin fiil olduğunu iddia eden Hanefîlere itiraz ederek deynin, ifa kapsamında yerine getirilen fiilin yükümlülük dayanağı olduğunu ifade etmiştir. Bk. İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*, thk. Abdülazîm ed-Dîb, Beyrut: Dâru'l-minhâc, 1428/2007, 6/512; Ebu'l-Muzaffer es-Sem'ânî, *el-İstulâm fî'l-hilâf beyne'l-İmâmeyn eş-Şâfi'î ve Ebî Hanîfe*, 2/360. Bundan dolayı deyn kelimesinin Hanefî dışındaki mezheplerde hükmî mal olarak tanımlandığı iddiası araştırılmalıdır. Örneğin bk. Nezîh Kemal Hammâd, “*Hakikatü'd-deyn ve esbâbü sübûtihi fî'l-fikhi'l-İslâmî*”, *Mecelletü'l-bahsi'l-ilmî ve't-türâsi'l-İslâmî*, c. 4, 1981, s. 16.

⁴⁹⁰ Üsmendî, *Tarikatü'l-hilâf*, s. 420-423; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/10, 5/148, 234, 6/6, 25, 7/196; İbn Emîri Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, 2/122.

⁴⁹¹ Şeybânî, *el-Asl*, 10/528.

edilmiş, dolayısıyla ölüm sebebiyle borç fiilen ifa edilemeyeceği için borcun da düşmesi gerektiği ifade edilmiştir. İmâmeyn'e göre ise borç ilişkisinde önemli olan malın ifa yollu teslim ve temlik olduğu için deynin fiil değil, hukukî açıdan varsayılan mal olarak kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla borçlunun ölmesiyle bu hükmi mal yok olmayacağı için böyle bir borca kefaletin caiz olduğu söylenmiştir.⁴⁹² Fakat Zeynüddin İbn Nüceym (ö. 970/1563), Ebû Hanîfe tarafından ortaya konulan bu tanımlamaya itiraz ederek deynin fiil olduğuna yönelik ifadenin, deynin hakikatini anlatmaya yönelik bir tanım olmadığını, sadece deynde önemli olan maksadın fiil ve ifa olduğunu belirtmeye yönelik bir açıklama olduğunu söylemiş, Ebû Hanîfe'ye göre de deynin borçlunun zimmetiyle kaim olan vasıf olduğunu belirtmiştir.⁴⁹³ Bu açıklamaya göre Ebû Hanîfe'nin deyni gerçek anlamıyla fiil olarak tanımladığını söylemek sıkıntılı gözükmektedir. Diğer taraftan deyn, borçlandırıcı işlemin konusu olması bakımından ifa öncesine ait bir durum olmalıdır. Zira ifa (eda) kapsamında yerine getirilen fiil, doğrudan bir hakkı etkilemesi ve eylemi yapan tarafın malvarlığının aktifinde bir eksilmeye yol açması bakımından borçlandırıcı işlem kapsamına girmemesi gerekir. Dolayısıyla borcu fiil ile tanımlamak, onun bizzat kendisini değil, sonuçta dönüşeceği şey ile yorumlamak anlamına gelmektedir. Ayrıca Arapçada izafet, muzaf ile muzafun ileyhin farklı şeyler olmasını gerektirir. Fıkıhtaki “borcun edası” (أداء الدين) terkibi de ifa (eda) ile deynin farklı kavramlar olmasını gerektirmektedir.⁴⁹⁴

Deynin vasıf olarak tanımlanmasıyla paralel olduğunu düşündüğümüz bir diğer açıklama da onu bir yükümlülük (vücûb) olarak nitelemektir.⁴⁹⁵ Genellikle Hanefî usûl kitaplarında bireyin zimmetinin, hukukî talebe konu olan eylemlere ilişkin yükümlülük altına girmesi hem ibadât hem de muâmelât konularında sebeplere bağlanmış ve bu sebepler şartlarına uygun biçimde meydana geldiğinde kişinin iradesine ve fiilen mükellef olup olmamasına bakılmaksızın sırf zimmete sahip bir insan olması bakımından ilgili eylemle yükümlü sayılmıştır. Diğer fıkıh mezheplerinin de malî konularda bu görüşü benimsedikleri, fakat ibadet konusunda ihtilaf olduğu aktarılmıştır. Yine Hanefî mezhebinde sebebin oluşmasıyla meydana gelen yükümlülük “aslî vücûb/vücûbun temeli” (نفس)

⁴⁹² Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 6/6.

⁴⁹³ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 6/222.

⁴⁹⁴ İbn Ebî'l-İz, *et-Tenbîh 'alâ müşkilâtî'l-Hidâye*, thk. Abdülhakim Şakir ve Enver Salih Ebû Zeyd, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1424/2003, 4/463.

⁴⁹⁵ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 677; Serahsî, *Usûlü'l-fikh*, 2/175; Siğnâkî, *en-Nihaye* (Murad Molla, 971), vr. 148b; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/347; Sadrüşşerîa, *et-Tavzih (Haşiyetü't-Telviḥ* içerisinde), 2/152, 269.

(الوجوب/أصل الوجوب), ifa yükümlülüğü ise “eda/edim vücûbu” (وجوب الأداء) olarak ifade edilmiş ve ibadet ile malî konular arasında ayırım yapılmamıştır.⁴⁹⁶ Buradaki vücûb teriminin anlamı ise zimmetin bir eyleme ilişkin yükümlülük altına girmesi olarak tanımlanmıştır.⁴⁹⁷ Abdülazîz el-Buhârî (ö. 730/1330) aslî vücûbu (nefsü'l-vücûb), bireyin zimmetinin zihinsel bir edim yükümlülüğü altına girmesi şeklinde, vücûbu'l-edâyı ise bu zihinsel fiilin yokluktan haricî varlığa çıkarılmasına dair edim yükümlülüğü olarak açıklamış ve yükümlülük konusu fiilin zihinsel tasarımı ile dışsal varlığının başkalığını vurgulamıştır.⁴⁹⁸ Deyn teriminin borçlunun zimmetindeki bir vasıf anlamında olmakla birlikte bu ayırımdaki nefsü'l-vücûba da karşılık geleceğine işaret edilmiştir.⁴⁹⁹ Osmanlı son döneminde hukuk fakültesi muallimlerinden Mişon Ventura (ö. 1961), Roma hukukundaki “obligatio” terimini izah ederken bunu karşılayacak en uygun ifadenin usûlü fıkıh terimlerinden “vücûb” veya “vecîbe” kelimesi olduğunu ifade etmiştir. Bir kısım hukukçunun obligatio terimine karşılık olarak önerdikleri “deyn” kelimesini ise “zimmette varsayılan mislî mal” olarak tanımlanması gerekçesiyle obligatio terimini karşılamayacağını söylemiştir. Bununla birlikte deyn teriminin söz konusu tanımını da eleştiren Ventura, deynin genel anlam olarak vücûb ile tarif edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰⁰ Sonuç olarak Hanefî mezhebinde deynin, borçlunun zimmetinde varsayılan ve onunla kaim olan, geçici ve bağlantısal bir durumu (vasıf) olarak değerlendirildiğini söylemenin ve bunu “zimmetin yükümlülük altına girmesi” anlamında “vücûb” ile açıklamanın daha isabetli olacağını düşünüyoruz.

⁴⁹⁶ Cessâs, *el-Fusûl*, 2/123; Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61, 88, 417; Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, 1/100; Semerkandî, *Mizânü'l-usûl*, s. 742-745.

⁴⁹⁷ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/215; İbn Emîrî Hâc, *et-Tahrîr ve't-tahbîr*, 2/164. Bu tanım Sadrü'l-İslâm el-Pezdevî'den (ö. 493/1100) aktarılmıştır.

⁴⁹⁸ Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/224.

⁴⁹⁹ İbn Ebî'l-İz, *et-Tenbîh 'alâ müşkilâtı'l-Hidâye*, 4/463.

⁵⁰⁰ Mişon Ventura, *Roma Hukuku*, s. 202-206; a.mlf, *Mukayese-i Kavânîn-i Medeniye*, İstanbul: Kanaat Matbaası, 1330/1914, 10-13. Ventura, sadece rızaya dayalı borç doğuran işlemleri içine alıp haksız fiil gibi rızaya dayalı olmaksızın doğan borçları kapsamadığı için, obligatio terimini “taahhüt” ifadesinin de tam olarak karşılamayacağını etmiştir. Ayrıca Roma hukukundaki “creditor” (alacaklı) kelimesine karşılık, “vecibenin edasını talep yetkisi bulunan kimse” anlamında “mücib”, “debitor” (borçlu) kelimesine karşılık ise “vecibeyi ifa ile mükellef kişi” anlamında “müstevcib” terimlerini önermiştir. Bk. Ventura, *Roma Hukuku*, s. 203, 205; a.mlf, *Mukayese-i Kavânîn-i Medeniye*, 11-13. Müşterek hukukta bilindiği ve 18. yüzyılda Pandekt hukukunda ortaya çıktığı söylenen, daha çok Alman Medeni Kanunu terimleri olarak gösterilen borçlandırıcı işlem (verpflichtungsgeschäft) ve tasarruf işlemi (verfügungsgeschäft/verfügungen) ayrımı, aslî vücûb ve edim yükümlülüğü ayrımını andırır ve ondan daha özeldir. Zira borçlandırıcı işlem, karşındakine edim sözü veren tarafın malvarlığının pasif kısmını artıran bir hukukî işlem olduğu için, sadece iradeye dayalı borç doğurmaktadır. Halbuki deyn, vücûb ve obligatio terimleri, haksız fiilden doğan ve rızaya dayalı olmayan borçları da kapsamaktadır. Krş. Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, s. 188-190; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 179; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 6, 49.

D. Akdin Tanımı ve Akitlerin Tasnifi İçerisinde Karzın Yeri

Arapça bir kelime olarak akit (العقد) bağlamak ve düğümlemek anlamlarına gelmektedir.⁵⁰¹ Fıkıh ıstılahında ise akit, kişinin ileride bizzat gerçekleştireceği [veya bir başkası tarafından gerçekleştirilecek] bir fiili üstlenerek kendisini bağlaması ya da bir başkasını bağlayıcı şekilde bir eylemi gelecekte gerçekleştirme yükümlülüğü altına sokması şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanım bağlamında, bir şeye akit denilebilmesi için bir yükümlülüğün doğmasının ve akde konu eylemin geleceğe yönelik olmasının gerektiği özellikle vurgulanmıştır.⁵⁰² Akit, hukuki sonuç (hüküm) oluşturmak üzere bir irade beyanını diğerine bağlamak şeklinde de tanımlanmıştır.⁵⁰³ Her iki tanım da akit, yemin gibi tek taraflı işlemleri de kapsamaktadır. İlk dönemlerde akit terimi kapsamına nikah, satım ve şirket akitlerinin yanı sıra “bezm-i elest”teki iman, aman vermek (ahd), dayanışma ittifakı (hulf) ve yemin gibi hususların da girdiği ifade edilmiştir.⁵⁰⁴ Hanefî mezhebi ilk dönem kaynaklarında akdin “ukde” şeklinde ifade edilmesi, Kur’ân-ı Kerîm’deki kullanıma⁵⁰⁵ uyumu açısından dikkat çekicidir.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Roma hukukundaki obligatio (borç ilişkisi) ve solutio (ifa) terimlerinin de Latince “ligare”den (bağlamak; zincire vurmak) ve “solvere”den (çözmek) geldiği aktarılmıştır. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 5. Fıkıhta ise akitten doğan borcun yerine getirilmesine ifa ve eda terimleri kullanılsa da kamu hukuku konularında akit yanında çözmek anlamındaki “hal” (الحل) kelimesinin kullanımı dikkat çekmektedir.

Nitekim devlet başkanı seçimi ve azli hususunda yetkili heyete ehli’l-hal ve’l-akd (أهل الحل والعقد) denilmektedir. Bk. Abdülhamîd İsmail el-Ensârî, “Ehlü’l-hal ve’l-akd”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1994, 10/539. Akit kelimesinin çözmek anlamındaki “hal” ile kullanımı daha çok imâmete dair meselelerde görülmekle birlikte, akdin hal ile bağlantısına borçlar hukuku kapsamında da işaret edilmiştir. Bk. Serahsî, *Usûlü’l-fıkh*, 1/198. Her iki hukuk sisteminde borç ilişkisi kurmak ve bunu bitirmek, benzer anlama gelen kelimelerle ifade edilmişse de aralarında birtakım farklılıklar vardır. Roma hukukunda obligatio teriminin kapsamına akit, haksız fiil ve her ikisine benzer durumlar girse de fıkıhın borçlar hukuku olarak tabir edilebilecek olan kısmında akdin kapsamına haksız fiil ve benzerleri girmemekte, fakat yemin gibi tek taraflı irade beyanına da akit denilmektedir. Ayrıca akit kelimesi, aman verme ve anlaşma anlamındaki ahit kelimesiyle de eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Yine kişiler veya kabileler arasındaki ittifaka da (hulf) akit denilmektedir. Bk. Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/283-284. Borçlar hukukunda akdin hükmüne uygun biçimde sona erdirilmesi ifa veya eda ile ifade edilmekte, fakat bu kelimelerin anlamlarında çözmek anlamı bulunmamaktadır. Çözme anlamındaki hallin karşılığında akdin kullanımı, fıkıhta daha çok kamu hukuku konularında görülmektedir.

⁵⁰² Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/285.

⁵⁰³ Debûsî, *Takvîmü’l-edille*, s. 161. Akit, “evlilik, satış, kiralama veya ortaklık gibi [muteber] bir sebeple aralarında hukuki bir bağ kurmayı amaçlayan ve buna yönelik irade beyanında bulunan tarafların karşılıklı taahhüt veya vaatlerinin belirli bir noktada birleşmesi” şeklinde de tanımlanmıştır. Bk. Ebu’l-Vefâ İbn Akil, *el-Vâzih fî usûli’l-fıkh*, thk. Abdullah et-Türkî, Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1420/1999, 1/136.

⁵⁰⁴ Muhammed b. Cerîr et-Taberî, *Câmi’u’l-beyân ‘an te’vîli âyi’l-Kur’ân*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1420/2000, 9/447-454; Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/285.

⁵⁰⁵ el-Bakara 2/235, 237.

⁵⁰⁶ Şeybânî, *el-Asl*, 2/207, 209, 251, 430, 3/77; Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/285.

Hanefî mezhebinin sonraki dönemlerinde akit, daha çok iki taraflı işlemler için kullanılmış ve akdin mahiyetine dair farklı görüşler öne sürülmüştür. Hanefî fakihlerinden Bedreddin el-Verseki'ye (ö. 594/1198) nispet edilen bir görüşe göre akit, akit konusunda oluşan şer'î ve hukukî bir anlamdan ibaret olup îcab ve kabul ise bu anlamın oluşmasında birer alet mesabesindedir.⁵⁰⁷ Fakat bu tanımlamaya akdin rükünleri arasında zikredilen îcab ve kabul girmediği için itiraz edilmiş ve gerçek anlamıyla akdin, hukukî işlemin parçaları olan îcab ve kabulü hukuken birleştirmeye (ربط) denilmesi gerektiği ifade edilmiş, ancak genel kullanımda hâsıl bi'l-masdar şeklinde mecaz uygulanarak akdin, îcab ve kabul ile bunların hukukî birleşiminin (ارتباط) toplamına söylendiği beyan edilmiştir. Zira akit, hem hukukî varlığa sahip eylemlerden (الشرعیات) olduğu hem de rükünleri arasında îcab ve kabul sayıldığı için, maddi eylem ile hukukî anlamın toplamına söylenmelidir.⁵⁰⁸ Dolayısıyla bu görüşe göre akdin rükünleri îcab, kabul ve bunların birbiriyle şartlarına uygun biçimde birleşmesidir. Diğer bir görüşe göre îcab ve kabul gibi tarafların akdin konusuna ilişkin rızayı gösteren eylemleri ile bunların birbiriyle birleşimi de akit olarak isimlendirilebilir.⁵⁰⁹

Klasik Hanefî mezhebi kaynaklarında akitlerin farklı açılardan tasniflerine bir arada ve kısımların aralarındaki hiyerarşik düzenine işaret edilerek topluca yer verildiğine rastlanmamıştır. Bununla birlikte farklı yerlerde böyle bölümlmelerin varlığını gösteren nitelemelerle karşılaşılacaktır.⁵¹⁰ Fakat modern dönem İslâm hukuku çalışmalarında akitler, klasik fıkıh edebiyatındaki bu nitelemelerle genellikle paralel biçimde farklı açılardan gruplara ayrılmıştır. Şâriin doğacak hükmü ve sonucu onaylayıp onaylamamasına göre akitler sahih ve sahih olmayan olarak iki grupta değerlendirilmektedir. Sahih akit, rükün ve şartlarını tamamen bulunduran akit türüdür. Sahih olmayan akitler ise batıl ve fasit olmak üzere iki kısımda değerlendirilir.⁵¹¹ Aslı ve vasfı itibarıyla meşru

⁵⁰⁷ Neseî, *el-Müstasfâ* (Murad Molla, 921), vr. 85a. Benzer bir yorum için bk. Tâcüşşeria, *Nihâyetü'l-kifâye* (Selimiye Yazmalar, 306), vr. 126b.

⁵⁰⁸ Sadrüşşeria, *et-Tavzih (Haşiyetü'l-Telviḥ* içerisinde), 1/456-457; a.mlf., *Şerhu'l-Vikâye*, thk. Salâh Ebu'l-Hâc, Amman: Müessesetü'l-verrâk, 2006, 3/3-4; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 5/283.

⁵⁰⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/248.

⁵¹⁰ Örneğin, “temlikât” ve “iskâtât” için bk.: Debûsî, *el-Esrâr*, s. 794, 883; Serahsî, *el-Mebsût*, 19/101. “İtlâkât” ve “takyidât” için bk.: Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 6/20. “Muâvazât” ve “teberruât” için bk.: Kudûrî, *et-Tecrid*, 6/2740; Debûsî, *el-Esrâr*, s. 874; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10. “Emânât” için bk.: Suḡdî, *en-Nütef*, 1/529.

⁵¹¹ Hanefîlerdeki fasit ve batıl ayrımının satım, kiralama, hibe ve karz gibi temlik akitleri ile rehin, havale, ortaklık, müzâra'a, müsâkât ve kismet gibi akitler için geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu ayrımın ibadetler, tek taraflı hukukî işlemler ve konusu malî olmayan akitler ile vedia, ariyet ve kefalet gibi akitlerde söz konusu olmadığı ve bu gibi yerlerde fasit ile batıl terimlerinin eş anlamlı olduğu beyan edilmiştir. Bk. Muhammed Mustafa Şelebi, *el-Medhal fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 10. bs., Beyrut: ed-Dâru'l-câmi'iyye, 1405/1985, s. 550-560.

olmayan akde batıl, aslen meşru olup vasfen meşru olmayan akde ise fasit akit denir. Fasit akit, teslim gerçekleşmesi durumunda hükmünü ifade ederken batıl akit hiçbir durumda hüküm ifade etmez. Akit, rükünleri ve aslı olarak nitelendirilen özellikleri itibariyle meşru ise bu durumda icab ve kabul birbiriyle birleşmiş kabul edilir ve bu akit hukuken var sayılır. Bu anlamda akde “mün‘akid” denilir ve Hanefî mezhebine göre sahih ve fasit akitler mün‘akid akit kısmında değerlendirilir. Batıl akitte ise şekilsel olarak icab ve kabul bulunsa bile rükünleri ve aslı olarak nitelendirilen özellikleri itibariyle meşru olmadığı için mün‘akid sayılmaz. Akdin hükmünü doğurması yeni bir irade beyanına bağlı ise böyle bir akde mevkûf akit, değilse de nâfiz akit denilir. Bağlayıcı olup olmamasına, yani tarafların tek başına akdi feshetme yetkisinin bulunup bulunmamasına göre akitler, lâzım ve gayrilâzım olmak üzere iki kısımda değerlendirilirler.⁵¹²

Birden fazla modern dönem İslam hukuku çalışmasında akitler, kendisine ait özel ismi olup olmamasına göre isimli ve isimsiz akitler olarak iki kısma ayrıldığı beyan edilmişse de⁵¹³ klasik fıkıh literatüründe bu adla bir tasnife rastlanmamıştır. Bu şekildeki taksimin Roma hukuku terminolojisine dayandığı düşünülmekle birlikte bu tasnifi fıkha taşımanın ve akitleri bu şekilde gruplara ayırmanın doktrinde neye karşılık geldiği ve ne gibi bir faydası olduğu tam olarak anlaşılamamıştır. Özellikle hukukun ilke ve kurallarına aykırı olmadığı müddetçe adlı veya adsız tüm anlaşmaları ve koşulları caiz gören ve herhangi bir akdin meşruiyeti için bir tür akit özgürlüğünü savunan bir hukuk anlayışı zaviyesinden bakıldığında,⁵¹⁴ akitleri isimli ve isimsiz olarak ayırmanın hukuki sonucunu anlamak güçtür. Roma hukukunda Iustinianus döneminde Beyrut ekolü tarafından terimleştirildiği iddia edilen, aynî akitlere mülhak kabul edilen ve “isimsiz akit” (contractus innominati) adıyla anılan akitler, belirli bir ismi bulunmadığı veya bu şekilde bilinmediği için bu şekilde isimlendirilmemiştir. Nitekim en meşhur isimsiz akitler arasında “permutatio” (trampa akdi), “precarium” (daha çok gayrimenkul iâresi/iğreti akdi), “aestimatum” (satış için tevdi akdi) ve “transactio” (sulh akdi) bu dönemden önce de bu adlarla bilinmektedir. Aksine bu akitlere isimsiz akit denilmesi, Iustinianus döneminden

⁵¹² Semerkandî, *Mizânü'l-usûl*, s. 37-39; Kâsânî, *Bedâ'i'ü's-sanâ'i'*, 4/159, 5/233, 243, 299, 305-306; Sadrüşşerîa, *et-Tavzih (Haşiyetü'l-Telvih* içerisinde), 2/269-270; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, 2. bs., Dimâşk: Dâru'l-kalem, 1425/2004, 1/635-636, 638-639; Şelebî, *el-Medhal*, s. 550-560.

⁵¹³ Örnek olarak bk. Zerkâ, *el-Medhal*, 1/632-635; Şelebî, *el-Medhal*, s. 560-565.

⁵¹⁴ Nitekim modern yazarlardan bir kısmı, bu ayrımın Roma hukuku açısından önemi olsa da İslam hukuku açısından bu kadar önemli olmadığını ve isimli denilerek akitlerin belirli adlarla sınırlandırılmadığını açıkça belirtmektedir. Bk. Zerkâ, *el-Medhal*, 539, 605, 634.

önceki Roma kanunlarında belirli adlarla zikredilip sonucunda ius civile tarafından himaye edilen tam borç (obligatio civilis) ve dava hakkı doğuran akitler arasında yer almamalarından kaynaklanmaktaydı.⁵¹⁵ İslam hukukunda ise dava hakkının tanınması, akdin belirli bir isimle naslarda veya devletin resmî bir belgesinde zikredilmesine bağlı olmadığı için bir kısım akitleri isimli olarak nitelenmek bu açıdan sıkıntılıdır. Fakat mülkiyet devreden yeni bir hukuki işlem oluşturma gibi naslarda şer'î bir hükme sebep olarak bilinmeyen bir vasfın, kıyas ve ta'lîl yoluyla hukuken illet ve sebep olarak belirlenmesinin caiz olup olmadığı usulü fıkıh kaynaklarında tartışılmıştır.⁵¹⁶ Bu meseleye cevaz vermeyenlere göre isimli ve isimsiz akit, bir tür sahih ve sahih olmayan akit anlamına geleceğinden meselenin bu boyutunun araştırılması gerekir.⁵¹⁷

Yine birçok modern İslam hukuku çalışmasında akitlerin, hukukî sonucun doğmasının teslime bağlı olup olmaması açısından aynî ve aynî olmayan/rızâî akit şeklinde iki kısma ayrılmaktadır.⁵¹⁸ Klasik fıkıh kaynaklarında genellikle teberru akitlerinden olan bir grup akit “sadece kabz ve teslimle tamam olan akitler” şeklinde anılsa da⁵¹⁹ “aynî” (maddi mala bağlı) şeklindeki bir nitelendirmeyle karşılaşılma-ş olup bu terimleştirmenin Fransız hukukunda olduğu gibi⁵²⁰ modern dönem İslam hukuku çalışmalarına Roma hukukundan geçtiğini düşünmekteyiz. Diğer bir husus ise Roma hukukunda Klasik Sonrası Dönem'e kadar “contractus realis” veya “re contrahitur” olarak adlandırılan akitler arasında mutuum (karz akdi), commodatum (ariyet akdi), depositum (vedia akdi) ve pignus (rehin akdi) yer almaktayken Iustinianus Dönemi'nde bunlara yukarıda sayılan isimsiz akitler de eklenmişti. Bu akitlerin tamamında, akdin kurulmuş sayılması ve dava hakkının doğması için tarafların irade beyanları dışında bir işin yapılması veya bir şeyin verilmesi gerekmektedir.⁵²¹

⁵¹⁵ Abdürrezzak es-Senhûrî, *Nazariyyetü'l-'akd*, 2. bs., Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî, 1998, 1/120-122; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 42, 122-125; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 357-358, 374-77; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, 48.

⁵¹⁶ Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/390-391; Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh (Haşiyetü't-Telviḥ* içerisinde), 2/179-182.

⁵¹⁷ Aynı şekilde genel olarak şer'î hükümlerin, terimlerin lügat anlamına uygun olması ve özelde akitlerin mahiyet ve şartlarının lafızlarına göre belirlenmesi gerektiğine dair fıkıh kaynaklarında birtakım ibarelerle karşılaşılmalıdır. Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, s. 830; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/127; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 5/306, 6/115.

⁵¹⁸ Örnek olarak bk. Zerkâ, *el-Medhal*, 1/419-420, 636; Şelebî, *el-Medhal*, s. 570-571. Bu eserlerde aynı akitlerin hibe, âriyet, vedia, rehin ve karz akitlerinden ibaret olduğu ifade edilmiştir.

⁵¹⁹ Şeybânî, *el-Asl*, 7/365, 12/115; Debûsî, *el-Esrâr*, s. 266, 675, 884; Serahsî, *el-Mebsût*, 5/184, 9/108, 13/8, 17/60.

⁵²⁰ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-'akd*, 1/116.

⁵²¹ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-'akd*, 1/116; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 44-45, 131; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 336; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, 48-49. Roma hukukunda hibe vadinin (pactum donationis) tam borç doğurması, Iustinianus'un 530 yılındaki emirnamesine kadar kabul edilmemiştir. Bk. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 131.

Modern dönem İslam hukuku çalışmalarında ise aynî akitler arasında Roma hukukundaki gibi karz, ariyet, vedia ve rehin akitleri dışında hibe akdi de sayılmaktadır. Fakat Roma hukukunda hibe (donatio), bir akit (contractus) kabul edilmeyip dava hakkı doğurmayan bir anlaşma (pactum) olarak sayılmakta, dolayısıyla aynî akitler arasında yer almamaktaydı.⁵²² Oysa İslam hukukunda çoğunluğun görüşüne göre hibe, teslim ve kabz ile tamam olan bir akit sayılmaktadır. Konuyu ele alanların, iki farklı hukuk sistemindeki terimin kapsamı açısından bu farka işaret etmemelerinin önemli bir eksiklik olduğu düşünülmektedir.

Modern dönem İslâm hukuku çalışmalarında akitlerin farklı tasniflere tabi tutulduğunu ve klasik fıkıh edebiyatında bu tür bölümlenmeler bir arada ve detaylıca incelenmemiş olsa da benzer nitelemelerle karşılaşıldığını ifade etmiştik. Bunlardan konumuz açısından önemli olduğunu düşündüğümüz bir diğer tasnif ise objektif amaçlara göre yapılan tasniftir. Bu tasnife göre akitler temlikât, iskâtât, şerikât, itlâkât, takyîdât, tevsikât ve korumaya (hıfz) yönelik akitler olmak üzere yedi ana grupta incelenmektedir.⁵²³ Bu tasnifte konumuzla daha çok alakalı olan temlik gayesiyle yapılan akitler olup bu kısım, ayn veya menfaate yönelik ivazlı veya ivazsız şekilde temlik⁵²⁴ öngören akitleri kapsamakta ve teberruât ve muâvazât olmak üzere iki kısımda incelenmektedir. Hanefî fıkıh kaynaklarının ilk dönemlerinde teberru teriminin “ma‘rûf” veya “tatavvu”, muâvazanın ise “ticaret” veya “mübâya‘a” şeklinde ifade edildiğine rastlanmaktadır.⁵²⁵ Fıkıh kaynaklarındaki açıklamalardan hareketle teberru akdi, “yükümlü olmaksızın”⁵²⁶ karşı taraf lehine bir hak oluşturmak veya onun bir

⁵²² Ayrıca Justinianus Dönemi’nde aynî akitlere katılan trampa ve sulh gibi akitler de İslam hukukunda aynî akitler arasında ele alınmamıştır. Hâlbuki kaynak hukuk sistemine bunlar aynî akitlere mülhak kabul edilmektedir.

⁵²³ Şelebî, *el-Medhal*, s. 566-569. Bu tasnif bir kısım çalışmada beşli (bk. Zerkâ, *el-Medhal*, 1/644.), diğer bir kısmında altılı (bk. Ahmed İbrahim Bey, *el-İltizâmât fi’ş-şer’i’l-İslâmî*, Kahire: el-Mektebetü’l-Ezheriyye, 2013, s. 48-51; Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-‘akd fi’l-fikhi’l-İslâmî*, Kahire: Dâru’l-fikri’l-Arabî, 1996, s. 430-432.) olarak da gösterilmiştir. Ayrıca bu tasnif Roma hukukundaki “iusta causa” (yapılan ifanın veya genel olarak eylemin hukuken muteber sebebi ve kaynağı) itibarıyla yapılan bir tasnif gibi görülmektedir. Bk. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 352, 384; a.mlf., *Roma Hukuku Lügatı*, s. 33, 106.

⁵²⁴ Ayna yönelik temlik ile mülkiyet devri kastedilmektedir. Menfaate yönelik temlik ise mal üzerinde menfaatıyla sınırlı biçimde kurulan tasarruf yetkisi olarak anlaşılmalıdır. Tasarruf ise kullanım (usus), gelir elde etme (fructus) ve gerçekten veya hükmen tüketme (abusus) şeklinde olabilir. Nitekim fıkıhta milk, özel bir aidiyetle bağıyla mal üzerinde tasarrufta bulunma gücü (القدرة على التصرف في المحل باختصاص) olarak tanımlanmıştır. Bk. Nesefî, *el-Müstasfâ* (Murad Molla, 921), vr. 163b.

⁵²⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 3/152, 211, 4/85; Cessâs, *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*, thk. Said Bekdâş, Beyrut: Dâru’l-beşâiri’l-İslâmiyye, 1431/2010, 8/490; a.mlf., *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/128-129; Debûsî, *Takvimü’l-edille*, s. 78; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 4/124.

⁵²⁶ Burada hem geçmişte var olan hem de işlem sırasında ilk defa oluşacak olan yükümlülüğün bulunmadığı kastedilmektedir.

talebini yerine getirmek”,⁵²⁷ muâvaza ise “karşı taraftan hak elde etme karşılığında yükümlülük altına girmek” şeklinde tanımlanabilir.⁵²⁸ Teberru akitlerinin mahiyet itibariyle muâvazâttan farklı olduğu hususlar ele alınırken muâvaza akdinin zimmette borç oluşturmak için belirlendiği, teberru işleminin ise borçlandırıcı bir niteliğe sahip olmayıp sadece diğergâmlık alameti olarak kişinin kendine ait bir malı başkasına karşılıksız vermesinden ibaret olduğu ifade edilmiştir.⁵²⁹ Muâvaza akitleri arasında satım, sulh ‘an ikrâr, kısmet (maddi malların taksimi), kiralama akdi, cuâle, müsâbaka, mühâyee, evlilik ve muhâlea gibi akitler sayılmıştır. Teberru işlemleri arasında ise hibe, vasiyet, âriyet, karz, kefalet, havale, vakıf, ibrâ ve sulh ‘an inkâr gibi hukukî işlemler zikredilmiştir.⁵³⁰

Klasik fıkıh kaynaklarında teberru ve muâvaza işlemlerinin arasındaki farklar ele alınırken ayrıca şunlar zikredilmiştir: Muâvazada milk, teslimsiz devredilirken teberruda milkin ve malî sorumluluğun intikali için teslim şarttır. Muâvaza akdi, taraflar arasında milk ve teslim gerekliliği açısından denge oluşturulması gereken bir işlem olup bu durum teberruda söz konusu değildir. Muâvaza akdi, konusunun kusursuz olmasını gerektirdiği için aldanma veya maldaki kusur sebebiyle rücu hakkı doğurur. Fakat teberru akdi, konusunun kusursuz olduğu taahhüdünü içermediği ve hukuken böyle bir gereklilik bulunmadığı için, bağışlanan malın kusurlu olması durumunda karşı tarafa rücu hakkı vermez. Muâvaza akitlerinde altın ve gümüş para, tayin ve işaretle belirlenmiş sayılmaz. Dolayısıyla işaret edilenin yerine başkası verilebilir. Fakat teberru akdinin konusu muayyen olmak zorundadır. Muâvaza akdi bağlayıcılık niteliği taşıırken teberru akdi genellikle bağlayıcı değildir. Faiz, sadece muâvaza akitlerinde söz konusu olabilir. Muâvaza akdi karşı tarafı sıkıştırma ve pazarlık yapma esasına dayanır. Teberru ise müsamaha ve hoşgörü temelinde gerçekleştirilir. Muâvaza akdi, iki tarafa borç yükleyen akit türü olduğu için her iki tarafın onayını ve edimini gerektirir. Teberru ise gönüllülük esasına dayalı bir tür fedakârlık olduğu için, daha çok bağışlayan tarafa bağlı kabul edilir ve

⁵²⁷ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 78; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10; Kâsım el-Konevî, *Enîsü'l-fukahâ' fî ta'rîfâtî'l-elfâzî'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ'*, thk. Ahmed b. Abdürrezzâk el-Kübeysî, Cidde: Dâru'lvefâ, 1407/1987, s. 105, 256.

⁵²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10. Serahsî teberruu “إيجاب لا يقابلة استيجاب”, muâvazayı ise “إيجاب يقابلة استيجاب” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımlarda kullanılan icâb ve isticâb kelimelerinin, Ventura'nın alacaklı için teklif ettiği “mücib” ve borçlu için teklif ettiği “müstevcib” kelimeleriyle aynı kökten gelmesi câlib-i dikkattir.

⁵²⁹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 362; Serahsî, *Usûlü'l-fikh*, 2/280; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/124. Bu son açıklamadan hareketle, muâvaza akdinin modern hukuk tabiriyle bir tür borçlandırıcı işlem olduğu, teberru işleminin ise tasarruf işlemi olduğu söylenebilir.

⁵³⁰ Ahmed İbrahim Bey, *el-İltizâmât*, s. 48-50; a.mlf., *İlmü usûlü'l-fikh*, Kahire: Dâru'l-ensâr, 1939, 148-157; Şelebî, *el-Medhal*, s. 567.

gerçekleşme açısından tek tarafın beyanı ve edimi yeterli görülebilir. Muâvaza akdinde bir ivaz şartı söz konusu iken teberruda ivaz bulunmaz. Muâvaza akitlerinde akit konusu, para dışında sözel olarak belirlenirken teberru konusunun belirlenişi teslimle gerçekleşir.⁵³¹

İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî (ö. 478/1085) bu iki akit türü arasındaki farkı izah ederken muâvazanın, konusu olan maldan vazgeçmeyi ve karşılığında alınacak ivaza rızayı içerdiğini, bu yüzden milkin sırf akitle devredilebildiğini belirtmiş, teberru işleminde ise karşılık olarak verilmesi gereken bir ivaz bulunmadığı için milkin intikalinde, nihai rızayı ifade eden teslimin şart koşulduğunu ifade etmiştir.⁵³² Cüveynî, özellikle ribevî mallardaki aynı mecliste teslim şartına aykırı düştüğü için, karzın kural olarak muâvaza akdi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini, ancak karşılıklı bedel değişimi maksadından da tamamen yoksun olmadığını belirtmiş, bununla birlikte faiz kuralının bir istisnası olarak meşru bir akit olduğunda icmâ bulunduğunu ifade etmiştir. Şâfiî'nin karzda vade şartının bağlayıcı görmemesini, karzı gerçek anlamda muâvaza saymamasına bağlayan Cüveynî, Ebû Hanîfe'nin de bu düşüncede olduğunu söylemiştir.⁵³³ Bu açıklamalardan anlaşıldığına göre karz akdi muâvaza akdi kapsamında değil, teberru akdi kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat muâvazanın genellikle kâr elde etme amacıyla gerçekleştirildiği ve kişinin önceden kendisinde bulunmayan bir malı veya malî bir niteliği elde etme maksadıyla yaptığı işleme söylendiği belirtilse de bazı muâvaza akitlerinin dayanışma ve yardımlaşma maksadıyla da yapılabileceği, karz akdinin bu anlamda bir muâvaza olduğunun söylenebileceği öne sürülmüştür.⁵³⁴

⁵³¹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 783, 831, 868; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/134, 136, 13/105, 14/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/23; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/205.

⁵³² İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418/1997, 2/139.

⁵³³ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/444.

⁵³⁴ Abdülkerim b. Muhammed er-Râfî, *Fethu'l-Azîz fî şerhi'l-Vecîz*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1417/1997, 5/131.

I. KARZ AKDİNİN MAHİYETİ

A. Sözlük Anlamı

MS I. yüzyıla ait Kuzey Arabistan kabilelerinden kalma Lihyânî dilinde yazılmış bir kısım kitabeden hareketle, karz (قرض) kelimesinin Lihyânî dilinde de ödünç anlamında kullanıldığı belirtilmiştir.⁵³⁵ Fıkıhta bir akit ismi olarak kullanılan karz (القَرْض) kelimesi Arapçada, mastar yerine kullanılan isim anlamında “ismi mastar” olup tüketim öduncü verme anlamına gelmektedir. Kelimenin fasih Arapçada fiil olarak kullanımı sülâsî babından ziyade, if’âl bâbından ödünç vermek anlamındaki “اِقْرَضَ”,⁵³⁶ ifti’âl bâbından ödünç almak anlamındaki “اِسْتَقْرَضَ” ve istif’âl bâbından ödünç istemek anlamındaki “اِسْتَقْرَضَ” kelimeleriyle gerçekleşmektedir. Ödünç verilen muayyen mal anlamında da kullanılan karz kelimesi, bu anlamı itibariyle Arapçada somut bir madde için kullanılan isim anlamında “ismi ‘ayn” olarak⁵³⁷ adlandırılır.⁵³⁸ Nitekim Kur’ân-ı Kerîm’de kelime, mecazî olarak farklı bir anlamda kullanılsa da fiil olarak if’âl babından ve isim olarak ismi mastar veya ismi ayn biçiminde sülâsî kalıpta kullanılmıştır.⁵³⁹ Ödünç verene mukriz (مُقْرِض), ödünç alana mukteriz (مُقْتَرِض)

⁵³⁵ Werner Caskel, *Lihyân und Lihyanisich*, Köln: Westdeutscher Verlag 1954, s. 95, 138; Cevâd Ali, *el-Mufasssal fi târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut: Dâru's-sâkî, 1422/2001, 3/245, 5/619. Tüccar bir kabile olarak bilinen Lihyânîler'in Mısırlılarla olan ticari ilişkilerine dikkat çekilmektedir. Ödünç anlamıyla kullanılan karz kelimesinin bu kabileden gelmesi muhtemeldir.

⁵³⁶ Karz vermek anlamında “قَرْضَ فَلَانًا مَالًا” şeklinde sülâsî kullanımın yanlış olduğu, doğrusunun “اِقْرَضَ فَلَانًا مَالًا” biçiminde iki mef’ûle müteaddî if’âl babından kullanımın olduğu ifade edilmiştir. Bk. Ahmed Muhtar Ömer, *Mu'cemu's-savâbi'l-lugavî*, Kahire: Âlemü'l-kütüb, 1429/2008, 1/603.

⁵³⁷ İsmi ayn olduğunda çoğul şeklinde kullanılabilir. Kelimenin çoğulu ise “قُرُوضٌ” şeklinde gelmektedir. Bk. Mutarrizî, *el-Muğrib fi tertibi'l-Mu'rib*, Kahire: Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, ts., s. 379.

⁵³⁸ Sülâsî ikinci bâbdan gelen fiilin mastarı da “قَرْضٌ” veya “قَرْضٌ” olup makasla kesmek, kişinin kendine yapılan iyi veya kötü bir eyleme misliyle mukabelede bulunup karşılık vermesi, birinin hakkında kötü konuşmak, sövmek, halden hale girmek, şiir ve kasideyi kesik kesik okumak, ölmek veya ölmek üzere olmak, fare vb. kemirmesi, deve vb. geviş getirmesi, yalpalamak, yönünü değiştirerek uzaktan geçip gitmek gibi anlamlarda kullanılmıştır. Devenin gevişine “قَرِيضٌ” veya “مَقْرُوضٌ” denir. Hicaz ehlinin “مَقَارِضَةٌ” olarak mudarebe anlamında kullandıkları kelime ve makas anlamındaki “مَقْرَاضٌ” veya “مَقْرَاضَانِ” de aynı kökten gelmektedir. Kelimenin anlamları içerisinde kesmek, odak noktası kabul edilmektedir. Bk. Ezherî, *Tehzibü'l-luga*, “kard”, 8/266-268; Cevherî, *es-Sihâh fi'l-lüga*, thk. Ahmed Abdülgafur Attar, Beyrut: Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, 1407/1987, “kard”, 3/1101-1102; Süleyman b. Muhammed el-Büceyrimî, *et-Tecrid li-nefi'l-'abid*, Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1369/1950, 2/348.

⁵³⁹ el-Bakara 2/245; el-Mâide 5/12; el-Hadid 57/11, 18; et-Tegâbün 64/17; el-Müzzemmil 73/20. Karz (قرض) kelimesinin geçtiği bu âyetlerde kullanıldığı anlam mecazî olup hakikî değildir. Müminin cihat ederken Allah yoluna canını koyması veya Allah yolunda mal harcaması, karşılığı ahirette verilecek bir ödünce benzetilmiş ve hakikî anlamı daha sonra geri almak üzere borç vermek olan kelime bu gibi yerlerde isti'âre-

veya müstakriz (مُسْتَكْرِز), ödünç verilen mala mukrez (مُقَرَّض)⁵⁴⁰ veya karz (قَرْض) ve ödünç alanın borcunu öderken aldığına benzer olarak vereceği mala “karz bedeli” (بَدَلُ الْقَرْض) denir.⁵⁴¹ Kelimenin köken itibariyle kesme anlamı taşıdığına ve diğer anlamlarının bununla bağlantısı olduğuna dikkat çeken dilciler, kişinin sonradan benzerini geri versin diye bir kimseye verdiği ödünç malın da bununla ilişkili olduğunu belirtmişler ve ödünç konusu malını diğer mallarından ayırarak vermesini kesim işlemine benzetmişlerdir.⁵⁴² Yine kökenindeki makasla kesme anlamından hareketle, alınan ve geri verilen malların aynı miktarda olması gerektiği için işlemin karz olarak adlandırıldığı da öne sürülmüştür.⁵⁴³

Dilsel açıdan vadeye bağlanabilirlik hususunda “deyn” (الدَّيْن) ile mukayese edilen karz kelimesinin sadece vadeye bağlanmayan ödünçler için kullanıldığı, deynin ise daha çok vadeli borçlara özgü olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴⁴ Ayrıca yükümlülüğün yerine getirilmesinin belirli bir zamana bağlı olmadığı karz işlemi, vakti içinde kılınmayan namazın kazasına benzetilmiş ve her ikisinin ifasının Arapçada “قَضَى” fiiliyle ifade edilmesinin asıl olduğu zikredilmiştir. Vadeye bağlanabilen deyn kelimesi ise vakti içerisinde kılınan namaza benzetilerek Arapça “أَدَّى” fiiliyle kullanıldığı söylenmiştir.⁵⁴⁵ Karz ile deyn arasındaki farklar

i musarraha veya temsil olarak infak etmek anlamında kullanılmıştır. İhtiyaçtan kaynaklanan ödünç isteme eyleminin, her türlü noksan sıfattan münezze olan Allah için düşünülmesi imkânsız olduğundan hareketle, bu gibi yerlerde karz kökünden gelen kelimenin gerçek anlamıyla kullanılamayacağına dikkat çekilmiştir. Bk. Ezherî, “kard”, 8/266; Serahsî, *el-Mebsût*, 28/111; Beyzâvî, *Envârü't-tenzîl ve esrârü't-te'vîl*, Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, 1418, 1/149. Dolayısıyla Kur'ân-ı Kerim'de karz kelimesi kökünden gelen hiçbir kelime, benzerini sonradan geri almak üzere misli bir malı ödünç vermek şeklindeki fikhî anlamıyla gerçek manasında kullanılmamıştır. Karz kelimesi sülâsî ikinci bâbdan fiil olarak Kur'ân-ı Kerim'de bir yerde geçmekte ve burada kelime, güneş ışığının Ashâb-ı Kehf üzerine düşmeksizin sol taraflarından makaslayıp geçtiği anlamında kullanılmaktadır. Bk. el-Kehf 18/17; Beyzâvî, *Envârü't-tenzîl*, 3/275.

⁵⁴⁰ Bazen ödünç verilen mal için mukterez (مُقْتَرِز) ve müstakrez (مُسْتَكْرِز) kelimeleri de kullanılmıştır.

⁵⁴¹ “Karz”, *el-Mevsû'atü'l-fikhiyyetü'l-Küveytiyye*, Küveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şuûni'l-İslâmiyye, 1983-2006, 33/111.

⁵⁴² Ezherî, “kard”, 8/266; İbn Fâris, *Mu'cemü mekâyisi'l-luga*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun, Beyrut: Dâru'l-fîkr, 1399/1979, “kard”, 5/71-72.

⁵⁴³ Ebû Hilâl el-Askerî, *el-Furûku'l-lugaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim, Kahire: Dâru'l-ilm ve's-s-ekâfe, ts., s. 171.

⁵⁴⁴ Herevî, *Kitâbü'l-Garibeyn*, 2/665, 5/1528; Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-muhîr*, thk. Muhammed Nuaym el-Araksûsî, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1426/2005, “deyn”, s. 1198. Buradan hareketle karz yoluyla gerçekleşen borç ilişkisinin vadeye bağlanıp bağlanamayacağına ilişkin fikhî görüş ayrılıklarının, Arap toplumunun dili ve kültüründen yola çıkarak ele alınmasının meselenin anlaşılmasına yardımcı olacağı düşünülmektedir.

⁵⁴⁵ Askerî, *el-Furûk*, s. 171. Hanefî usulcülerin telif ettiği usul eserlerinde eda ve kaza tarif edilirken yükümlü olunan şeyin bizzat kendisini teslimine “eda”, kendisinin değil de benzerinin verilmesine “kaza” denileceği, bundan dolayı gasbedilmiş bir malın kendisi gasbedenin elinde duruyorsa bunu sahibine iade etmeye eda, telef olmuşsa tazminatını ödemeye kaza denilmesi gerektiği belirtilmiş, deynin ifası kâmil eda, karzın ifası ise kâmil kaza olarak ifade edilmiştir. Bk. Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 87; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/134-138, 160, 168. Tahakkuk etmiş bir deynin, belirli bir malın teslimi şeklinde de

ele alınırken, bir kimseden geri vermek koşuluyla belirli bir miktar dirhem alıp geri ödeyene dek alanda borç kalması şeklinde tanımlanan karz işlemine konu olan malların daha çok altın ve gümüş olduğu, yani karzın özellikle para borçları için kullanıldığı, deyn kelimesinin ise her türlü mal için eşit şekilde kullanıldığı belirtilmiştir. Hem karzın ifasının ödünç alınan malla aynı cinsten olması gerekip deyndе böyle bir zorunluluk olmamasından hem de vadeli olarak satın alınan malın satış bedeline deyn denilip karz denilememesinden hareketle her deynin karz olmadığı, fakat her karzın bir deyn olduğu ifade edilmiş ve kelimeler arasındaki tam girişimlik (‘umûm husûs mutlak) vurgulanmıştır.⁵⁴⁶ Karz işlemini ifade etmek için kullanılan diğer bir kelime ise hicaz lügatindeki selef (السلف) olup bu kelime eş sesli (müşterek) olarak karz anlamına geldiği gibi selem anlamında da kullanılmaktadır.⁵⁴⁷

B. İslam Öncesi Arap Toplumunda Karz

Araplarda tüketim ödünçü vermek anlamındaki karz, bağış yapmakla eş tutulmaktaydı. Nitekim bir Arap atasözünde şöyle denilmiştir: “Karz iki (tür) hibeden biridir/hibe yarısıdır.” (الْقَرْضُ أَحَدُ الْهِبَتَيْنِ).⁵⁴⁸ Cahiliye dönemi

gerçekleşebileceği göz önüne alınarak deynin ifasına eda denilmiş, konusunu tüketilerek kullanılan malların oluşturduğu karzda ise önceden maddeten belirli olmayan bir malın verilmesi söz konusu olup aynen verme söz konusu olamayacağı için karzın ifasına kaza denilmiş olmalıdır. Fakat karz dışındaki bir sebepten deyn kategorisinde yer alan zimmetteki bir borcun ödenmesi esasen kaza olarak ifade edilmesi gerekirken, Hanefî usulcüler bunu da kâmil eda olarak göstermişlerdir. Halbuki “الذَّيْنُ تَقْضَى بِأَمْثَالِهَا” (borçlar aynen değil benzerleriyle kaza edilirler/ödenirler) şeklindeki kuralda da dilsel açıdan özellikle eda yerine kaza kelimesinin tercih edilmesi, zimmet borçlarının ifasının da karz gibi kaza ile ifade edilmesi gerektiğini düşündürmektedir. Diğer taraftan karz olarak bir mal teslim alınmasına rağmen harcanmaz ve aynen iade edilirse burada da eda kelimesinin kullanılması daha uygun olmalıdır.

⁵⁴⁶ Askerî, *el-Furûk*, s. 171. “Her karzın deyn olduğu...” ifadesindeki karzın, karz işlemi sonucunda oluşan deyn olarak düşünülmesi gerekir. Yoksa ödünç verenin malları arasından ayrılarak ödünç alana verdiği muayyen mala da karz denildiği göz önüne alınırsa buna deyn denilemeyeceği açıktır. Bu anlamdaki ismi ayn olan karz ile deyn arasındaki ilişki ise ayrılık (tebâyün) olmalıdır. Karz sonucu oluşan alacak hakkı ile deyn arasındaki ilişki tam girişimlik olup deyn genel, karzdan doğan alacak hakkı ise özeldir. Zira deyn, karz dışındaki bir akitten veya haksız fiilden doğan alacak haklarını da kapsamaktadır. Bk. Neseî, *Tilbetü’l-talebe*, s. 65, 141.

⁵⁴⁷ Ezherî, “selef”, 12/299; İbn Fâris, “selef”, 3/96.

⁵⁴⁸ Hamza el-İsfahânî, *ed-Dürretü’l-fâhire fi’l-emsâli’s-sâire*, thk. Abdülmecid Katâmiş, 3. bs., Kahire: Dâru’l-me’ârif, 2007, 2/512; Mâverî, *el-Emsâl ve’l-hikem*, thk. Fuad Abdülmün’im Ahmed, Riyad: Dâru’l-vatan, 1999/1420, s. 243. Aynı kaynaklarda “الخال/العم أحد الأبوين” (dayı/amca ebeynden birisidir/baba yarısıdır) ve “العدء أحد العطاءين” (vaat iki ihsandan biridir/ihsanın yarısıdır) şeklinde atasözleri de geçmektedir. Bu örnekler nahiv kitaplarında, farklı lafızlara sahip olup biri hakiki, diğeri mecazi anlam taşıyan iki kelimenin tesniye kalıbıyla ifade edilmesi konusunda ele alınmakta, alimler arasında görüş ayrılığı bulunmakla birlikte bu kullanım caiz görülmektedir. Bk. İbn Mâlik et-Tâi, *Şerhu’l-Teshîl*, thk. Abdurrahman es-Seyyid ve Muhammed Bedevî, Kahire: Dâru hecer, 1410/1990, 1/60, 2/289. Bir hadis-i şerifte de şöyle geçmektedir: “Ödünç vermek, sadakanın yarısı yerine geçer.” Bk. Ahmed b. Hanbel, *el-Müsneid*, thk. Ebu’l-Muâti en-Nürî, Beyrut: Âlemü’l-kütüb, 1419/1998, 1/412. Bir kısım klasik fıkıh

şairlerinde karz kelimesinin istiare yoluyla geçmişte yapılan iyi veya kötü bir eylem ya da böyle bir davranışa karşılık yapılan muamele veyahut karşılık beklentisiyle yapılan fiil anlamında kullanıldığı ifade edilmiştir.⁵⁴⁹ Bu anlamlara göre karz kelimesi sadece öduncü değil, ayrıca bağış, ikram ve güzel veya kötü bir davranışı da kapsamına almaktadır.⁵⁵⁰ Araplar genelde ödünç verenin teşekkürden başka bir beklentisinin bulunmadığı, ödünç alanın da aldığı miktarı geri verdiği, vadeye bağlanmayan, bazen deyn ve selem/selef lafızlarıyla ifade edilse de aralarında uygulama farklılıkları bulunan işleme karz tabirini kullanmaktaydılar. Ödünç veren tarafından ifanın başka bir yerde yapılmasının şart koşulduğu veya ödünç alanın bir kâğıda başka bir yerdeki vekiline ödeme emri keşide ettiği süftece, özellikle yol emniyetinin sağlanamadığı yolculuklarda Cahiliye Arapları arasında yaygın olarak uygulanmaktaydı.⁵⁵¹

eserlerinde hem karz akdi hem de hibenin örf ve şeriat nazarında minnet anlamı taşıdıkları ve bu açıdan birbirine benzedikleri ifade edilmiş, mal karşılığı yapılan ticari işlemlerin ise minnet kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1447.

⁵⁴⁹ Nitekim Cahiliye şairlerinden Bısr b. Ebî Hâzim'den (ö. 598) şöyle bir beyit aktarılmıştır: “Kabileme takdire şayan bir yardımda bulun / Cömertçe yapılan iyilikler erdemli insanlar nezdinde ödünç sayılır.” (يَكُنْ لَكَ فِي قَوْمِي يَدٌ تَشْكُرُونَهَا / وَأَيْدِي النَّدَى فِي الصَّالِحِينَ قُرُوضٌ). Ümeyye b. Ebî's-Salt'tan (ö. 9/631) da şöyle nakledilmiştir: “Her kişi, iyi veya kötü yaptığı için karşılığını görecektir / alacaklı olduğu gibi borçlu duruma düşecektir.” (كُلُّ امْرِئٍ سَوْفَ يُجْزَى قَرْضُهُ حَسَنًا / أَوْ سَيِّئًا وَمَعِينًا كَالَّذِي دَانَا). Ayrıca muhadramünden olan Lebîd b. Rebî'a el-Âmirî'den (ö. 41/661) aktarılan şu beyit meşhurdur: “Sana bir iyilik yapıldığında, ona iyilikle mukabelede bulun. Zira cömert ve nazik kişi, iyiliğe iyilikle karşılık verir; zorlanıp baskı altında bırakıldığında fayda sağlayan deve gibi cimri biri değil.” (إِذَا جُوزِيتَ قَرْضًا فَاجْزِهِ / إِنَّمَا يُجْزَى الْفَتَى لَيْسَ الْجَمَلُ). Bk. *Dîvânü Bısr b. Ebî Hâzim el-Esedî*, nşr. İzzet Hasan, 1379/1960, s. 107; *Dîvânü Ümeyye b. Ebî's-Salt*, nşr. Secî Cemil el-Cübeylî, Beyrut: Dâru Sâdir, 1998, s. 136; *Dîvânü Lebîd b. Rebî'a*, nşr. Hamdû Tammâs, Beyrut: Dâru'l-ma'rife, 1425/2004, s. 91; Askerî, el-Furûk, s. 172; Cevherî, “kard”, 3/1102; Ebû Mansûr es-Seâlibî, *Hâssu'l-hâs*, thk. Hasan el-Emin, Beyrut: Mektebetü'l-hayat, ts., s. 24; Serahsî, *el-Mebsûl*, 12/54; Muhammed Murtazâ ez-Zebîdî, *Tâcü'l-'arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, nşr. Abdüssettar Ahmed Ferrâc, Küveyt: Vizâretü'l-irşâd ve'l-enbâ', 1965-2002, “kard”, 19/13-17.

⁵⁵⁰ Nitekim âyet-i kerîmede şöyle geçmektedir: “İyiliğin karşılığı yalnızca iyiliktir.” (هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ). Bk. er-Rahmân 55/60. Yine bu manayı destekleyen farklı özdeyiş ve atasözleri de mevcuttur: “Ey insan evladı, iyilik gördüysen misliyle karşılık ver! Zira iyilik ödünç gibidir; nasıl davranırsan, öyle karşılık görürsün/ettiğini biçersin.” (أَحْسِنْ وَأَنْتَ مُعَانٌ / يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ / إِنَّ الْأَيَادِي قُرُوضٌ / كَمَا تَدِينُ تَدَانُ). “Bugün sen benim elimi tut (bana küçük de olsa bir iyilikte bulun) ki yarın ben de senin ayağını tutayım (sana daha büyük bir iyilik yapayım).” (خُذْ بِيَدِي الْيَوْمَ؛ أَخَذَ بِرِجْلِكَ غَدًا). Bk. Seâlibî, *Hâssu'l-hâs*, s. 24. Bağışlama, ikram etme ve tüketim öduncü gibi işlemlerin arka planındaki karşılık beklentisiyle yapma veya önceki bir iyiliğe misliyle mukabelede bulunma düşüncesi, Antropolojide Marcel Mauss tarafından ortaya atılan hediye değiş tokuşuna ilişkin karşılıklılık (réciprocité) kuramını akla getirmektedir. Bu teoriye göre, ekonomisi gelişmekte olan toplumlarda hediye ve ziyafet verme, kabul etme ve en az aynı değerde geri verme süreci, hukuk nazariyesinde gönüllü olarak görülen ancak pratikte zorunlu bir toplumsal dayanışma yükümlülüğünü temsil etmektedir. Türkçemizde “komşu ekmeği komşuya borçtur” şeklinde bir atasözüyle belirtilen bu kuralın, İskandinav kültüründe de “hediye, daima karşılık bekler” biçiminde ifade edildiği aktarılmaktadır. Bk. Mauss, *Armağan Üzerine Deneme*, s. 72-74, 156, 192-208; Atak, *Mutuum*, s. 37 dn. 107, s. 38-39. Bağışlamadan farklı olarak ödünç işleminde iade zorunluluğu sadece pratikte kalmamış, aynı zamanda hukuka da taşınmıştır.

⁵⁵¹ Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab*, 14/92-93, 99, 123-124.

Genelde kan ve nesep bağıyla birbirine bağlı kabileler halinde yaşayan Arapların diğer milletlerle karşılaştırıldığında hem İslam öncesi hem de İslam ile müşerref olduktan sonraki dönemlerinde öne çıkan vasıflarının başında cömertlik ve ikram gelmekteydi. Belki de bu özellikleri, zorlu çöl hayatına göğüs gerebilmek ve dış saldırılara karşı dayanıklı hale gelebilmek için kabile üyeleri arasındaki dayanışma kuralından (asabiyet) kaynaklanmaktaydı. Nitekim bu dayanışma ve yardımlaşma ruhunu şu Arap atasözü açık bir şekilde ortaya koymaktadır: “İster zalim ister mazlum olsun, kardeşine yardım et!” (أَنْضُرْ أَخَاكَ) ⁵⁵² Ayrıca bu yardımlaşma yoluyla kurulan dayanışma sadece kabile fertleriyle sınırlı olmayıp yardım talep eden komşu kabilelere el uzatmak (الجوار) şeklinde olabildiği gibi başka bir kabileden olup dışlanan ya da herhangi bir kabileye mensup olmayan birinin bir kabileyle veya kabile üyesiyle kardeşlik kurması (جُلْف) veya yemin ederek anlaşma yapması (مُؤَاخَاة) biçiminde de gerçekleşebiliyordu. ⁵⁵³

Araplar darda kalana ve ihtiyacı olana yardım etmekle şöhret salmışlarsa da bu özellik her bir fertte aynı oranda bulunmuyor ve örf-âdet kuralları ile kabile ortamı belirli bir yere kadar bunu sağlayabiliyor, Araplar içerisinde de yardımlaşma ruhuna aykırı eylem sergileyen bireyler çıkabiliyordu. Nitekim Araplara göre bu kötü eylemlerden biri de tefecilikten gelir elde etmektir. Nitekim Peygamberimizin dayısı Ebû Vehb’den Kâbe’nin yeniden inşası sırasında şöyle dediği nakledilmektedir: “Ey Kureyş topluluğu, Kâbe’nin yapımına sadece temiz kazancınızla katılın! Buraya fuhuştan, haksız kazançtan ve faizli satıştan ⁵⁵⁴ elde ettiğiniz geliri karıştırmayın.” ⁵⁵⁵ Bunun üzerine Mekkelilerin bu yöntemlerle elde ettikleri kazançları kullanmaktan kaçındıkları, ancak diğer gelirlerinin inşaatın tamamlanması için yetersiz olması nedeniyle, Kâbe’nin Hicr olarak bilinen bölümünün bina dışında kaldığı aktarılmaktadır. Bu rivayetten hareketle ribânın, Câhiliye Arapları nezdinde yasaklı bir eylem olup elde edilen faizin pis bir kazanç

⁵⁵² Ebû Hilâl el-Askerî, Cemheratü’l-emsâl, thk. Muhammed Ebu’l-Fadl ve Abdülmecid Katâmiş, 2. bs., Beyrut: Dâru’l-fikr, 1408/1988, 1/58.

⁵⁵³ Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi’l-Arab*, 7/360, 365-370, 8/167; Şevki Dayf, *Târihu’l-edebi’l-Arabî: el-‘Asru’l-câhili*, 22. bs., Kahire: Dâru’l-me’ârif, 2000, s. 67-68.

⁵⁵⁴ Rivayette “وَلَا يَبِيعُ رِبَاً” ifadesi geçmektedir. Cahiliye Araplarının peşin satış/trampa yoluyla gerçekleşen fazlalık faizini bilmedikleri göz önüne alınacak olursa buradaki faizli satış ifadesinin, ya faizin şart koşulduğu karzın bir tür kârli satış olarak telakki edilmesinden kaynaklandığı ya da bu ifadeden, vadeli satışta borcun vadesinde ödenmemesi durumunda öteleme karşılığı borç miktarında artırım yapılan faizli satış işleminin kastedildiği düşünülmektedir.

⁵⁵⁵ İbn İshak, *Kitâbüs-Siyer vel-megâzi*, thk. Süheyl Zekkâr, Dımaşk: Dâru’l-fikr, 1978, s. 104-105.

olarak nitelendirildiği, bununla birlikte Arap toplumunda son derece yaygın olduğu ifade edilmiştir.⁵⁵⁶

En başta kabile olmak üzere sosyal bağlarla bağlı Arap toplumundaki fertler, yaygın olan yardımlaşma ruhu gereğince bağış, ikram ve ziyafet gibi çeşitli vesilelerle birbirlerinin günlük ihtiyaçlarını giderdikleri, bu yüzden Araplarda maişeti karşılamaya yönelik ödünçlerin dar bir çerçevede gerçekleştiği, daha çok kan ve nesep bağıyla bağlı akraba ve dostlar arasında gerçekleşen bu tür ödünçlerde faiz alınmadığı ve bağlayıcı bir vade anlayışının bulunmadığı öne sürülmüştür. Diğer taraftan tefecilikten elde edilen büyük servetlerin ise daha çok ticari maksatlı ödünçlerle elde edildiği ve bu tür faizli ödünçlerin başta Mekke, Medine ve Tâif olmak üzere Arap toplumunun çeşitli bölgelerinde yaygın olduğu belirtilmiştir.⁵⁵⁷

C. Hakkındaki Nakle Dayalı Veriler

Karz (قرض) lafzı ve türevleri Kur'ân-ı Kerîm'de toplam yedi yerde geçmekte olup⁵⁵⁸ bu âyetlerden hiçbirinde kelime, doğrudan tüketim ödöncü işlemi anlamında kullanılmamıştır.⁵⁵⁹ Bu âyetlerden Kehf sûresinde (18/17) geçen karz kelimesi, güneş ışığının Ashâb-ı Kehf üzerine düşmeksizin sol taraflarından onları makaslayıp geçtiği şeklinde bir anlamda kullanılmıştır.⁵⁶⁰ Diğer altı yerde geçen karz kelimesi ise doğrudan ödünç vermek anlamında kullanılmamış, bilakis karşılığının âhirette katbekat verilecek olması bakımından ödünce benzetilerek Allah yolunda cihada gidenlere bağışta bulunmak, fakirlere sadaka vermek, Allah rızası için genel anlamda iyilik ve hayır işi yapmak veya aile ve akrabaya nafaka vermek şeklinde yorumlanmıştır. Âyetlerde geçen “hasen” kelimesi ise kelimenin ismi mastar olarak kullanımı itibariyle gönöl rızasıyla veya Allah katındaki ecir umarak başa kakmaksızın vermek şeklinde, ismi ayn

⁵⁵⁶ Abdurrahman b. Abdillâh es-Süheylî, *er-Ravdu'l-ünfî şerhi's-Sîreti'n-nebeviyye li İbn Hişâm*, thk. Ömer Abdüsselam, Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1421/2000, 2/180.

⁵⁵⁷ Muhammed Ali Muhammed Ahmed el-Bennâ, *el-Kardu'l-masrifî*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2006, s. 57-61.

⁵⁵⁸ el-Bakara 2/245; el-Mâide 5/12; el-Kehf 18/17; el-Hadîd 57/11, 18; et-Tegâbün 64/17; el-Müzzemmil 73/20.

⁵⁵⁹ Fıkıh kitaplarının kahir ekseriyetine bakıldığında karz işleminin karz-ı hasen (القرض الحسن) olarak terimleştirilmediği dikkat çekmektedir. Karz teriminin peşine borçlar hukuku terimleri olarak sahih, fasit ve gayrilâzım gibi nitelemeler gelmekteyken örneğin faiz içermeyen sahih bir karz işlemine “karz-ı hasen” dememeleri dikkat çekmektedir. Fakihlerin bu nitelemeden kaçınması, âyetlerde mecazî anlamda kullanılan karz-ı hasen tabirinin gerçek anlamdaki karzla karıştırılmasının önüne geçmek şeklinde yorumlanabilir. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, 28/111.

⁵⁶⁰ “وَإِذَا غَرَبَتْ تَقَرُّضُهُمْ ذَاتَ الشِّمَالِ...” Bk. el-Kehf 18/17; Beyzâvî, *Envâru'l-tenzil*, 3/275.

kullanımına göre de verilenin helal olması biçiminde yorumlanmıştır.⁵⁶¹ Hasan-ı Basrî'den (ö. 110/728) şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Kur'an'da geçen 'karz-ı hasen' ifadelerinin tamamı, tatavvu (yapılması gerekmediği halde gönüllü olarak Allah rızası için yapılan iş) anlamına gelmektedir.”⁵⁶² Ayrıca bu âyetlerde ihtiyaç sahiplerine yapılan yardım, bizzat ihtiyaçtan münezzeh olan Allah'a yapılmış gibi ifade edilerek hayır işlerine teşvik edilmiştir.⁵⁶³

Karz kelimesi veya türevlerinin doğrudan geçmediği, fakat karz akdine dair fakihlerin zikrettikleri âyetler arasında şunlar zikredilebilir: “Belirli bir vadeye bağlı olarak borç verip aldığınızda, bunu yazılı olarak kayıt altına alın...”⁵⁶⁴ Bu âyet daha çok Mâlikî ve Zâhirî fakihler tarafından karz akdinin de vadeye bağlanabileceği hususunda delil gösterilmiştir.⁵⁶⁵ “Allah satış yapmayı helal, tefecilik yapmayı haram kıldı...”⁵⁶⁶ Bu âyet karz faizi hususunda da delil gösterilmiştir.⁵⁶⁷ “(Anapara borçlusu olarak) maddi açıdan darda olan biri söz konusu ise, eli genişleyene dek ona süre tanınması gerekir...”⁵⁶⁸ Bu âyet darda olan karz bedeli borçlusuna da süre verilmesinin vacip olduğuna delil gösterilmiştir.⁵⁶⁹ “Kim size saldırırsa siz de onlara misliyle karşılık verin.”⁵⁷⁰ Bu âyet ise başkasına ait mislî bir malın haksız fiil veya karz akdine istinaden tüketilmesi durumunda o malın mislinin verilmesi gerektiğine delil olarak

⁵⁶¹ “وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا...”: el-Mâide 5/12. “مَنْ ذَا الَّذِي يقرضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا...”: el-Bakara 2/245; el-Hadid 57/11. “إِنْ تَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا...”: et-Tegâbün 64/17. “وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا...”: el-Müzzemmil 73/20. Bk. Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, 5/282-287; Zeccâc, *Me'âni'l-Kur'an*, thk. Abdülcelil

Abduh Şelebî, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1408/1988, 1/324; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 4/368; Mâverdî, *en-Nüket ve'l-uyûn*, thk. Es-Seyyid b. Abdilmaksûd, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, ts., 5/472. ⁵⁶² Sa'lebi, *el-Keşf ve'l-beyân 'an tefsiri'l-Kur'an*, Beyrut: Dâru'ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 1422/2002, 9/243.

⁵⁶³ Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1424/2003, 1/306-307. Bu âyetlerde geçen ve genel olarak Allah rızası için infak etmek şeklinde yorumlanan işlem, malın verildiği kimse ile karşılığını geri verecek olanın aynı olmaması bakımından da karz işleminden ayrılmaktadır. Diğer bir fark ise bu âyetlerin bir kısmında geri verilecek olan karşılığın, verilenden katbekat fazla olacağı belirtilmesidir. Normal bir karz işleminde, geri ödemenin fazlasıyla yapılacağından önceden şart koşulması durumunda bu işlem ribâ olarak nitelendirilirken, her ne kadar aralarındaki cins farklılığından dolayı faiz sayılmasa ve fikhî kurallar âhiret hayatı için geçerli olmasa da âhirette infaka verilecek olan katbekat karşılık bundan âdeta istisna edilmiştir. Nitekim diğer bir âyet-i kerîmede mealen, Allah'ın âhirette karşılığını vermeyerek faizi tamamen sileceği, fakat âhirette karşılığını kat kat vereceği sadakaları artıracığı ve sanki orada hayır işinin faizini vereceği ifade edilmektedir. Krş. el-Bakara 2/276; Sa'lebi, *el-Keşf ve'l-beyân*, 2/283.

⁵⁶⁴ “إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاْتِيبُوا...”: el-Bakara 2/282.

⁵⁶⁵ el-Lahmî, *et-Tefsîr*, thk. Ahmed Abdülkerim Necib, Devha: Vizâretü'l-evkâf, 1432/2011, 6/2877; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts., 6/351.

⁵⁶⁶ “وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...”: el-Bakara 2/275.

⁵⁶⁷ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 2/184.

⁵⁶⁸ “وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ...”: el-Bakara 2/280.

⁵⁶⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 2/204; a.mlf., *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 8/121.

⁵⁷⁰ “فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...”: el-Bakara 2/194.

sunulmuştur.⁵⁷¹

Hanefî mezhebinin temel metinlerinden olan ve mezhepte zâhirî’r-rivâye olarak adlandırılan kitaplar içerisinde Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö. 189/805) tarafından ilk defa kaleme alınan *el-Asl* adlı eserde karz konusu, sarf ana bölümünün (kitâb) altındaki bir alt başlık (bâb) olarak “karz (ödünç verme) ve bundaki sarf (altın veya gümüş değiş tokuşu) hakkında bölüm” ifadesiyle ele alınmıştır. Kitaptaki üslup göz önüne alındığında özellikle muâmelâta dair bölümlerde konuyla ilgili rivayetler genellikle ana bölüm başlığının peşine verilmekteyken, ayrıca alt bölüm başlığı olarak ele alınan karz bâbının başında merfû hadislerin yanı sıra sahabî ve tâbiî kavillerinin zikredilmesi, bu bâbın diğerlerinden ayrıcalıklı olduğunu ve konuya verilen ehemmiyeti göstermektedir.⁵⁷² Şeybânî burada ikisi merfû, sekizi mevkûf ve altısı maktû olmak üzere toplam on altı rivayet aktarmaktadır. Buna göre rivayetleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Abdullah b. Amr b. Âs’ın (ö. 65/685) aktardığına göre Peygamber Efendimiz, Attâb b. Esîd’i Mekke’ye vali tayin ettikten sonra ona şöyle dedi: “Mekke ahalisine, bir satım akdinde iki şart koşmanın, karz ve satım akdinden birinde diğerini şart koşmanın, mülkiyete geçirmeden malı satmanın ve hasar sorumluluğu üstlenilmeyen maldan kâr elde etmenin yasak olduğunu bildir.”⁵⁷³

⁵⁷¹ Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 1/326; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 1/168; Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *el-Câmi’ li ahkâmî’l-Kur’ân*, thk. Ahmed el-Berdûnî, Kahire: Dâru’l-kütübî’l-Mısıriyye, 1384/1964, 2/357.

⁵⁷² Bölüm başlarında o konuya ait merfû hadislerin yanında sahâbe ve tâbiîn sözlerine de yer verilmesi, şer’î delilleri kullanma metoduna dair Ebû Hanîfe’den aktarılan rivayetlerle de uyumlu gözükmektedir: “Şayet sahih bir isnatla Peygamber Efendimizden (sallallahu aleyhi ve sellem) bir hadis gelirse ona uyarız ve onu aşmayız. Sahâbeden farklı görüşler gelirse içerisinden seçeriz. Eğer tâbiînden gelirse onları değerlendiririz ama tamamının söylediklerinden dışarı çıkmayız.” Bk. İbn Abdilber en-Nemerî, *el-İntikâ fi fezâilî’s-selâseti’l-e’immeti’l-fukahâ*, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Halep: Mektebû’l-matbû’âtî’l-İslâmiyye, 1417/1997, s. 266-267.

⁵⁷³ Ebû Yûsuf, *el-Âsâr*, thk. Ebu’l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, ts., s. 181-182; Şeybânî, *el-Asl*, 3/22-23; a.mlf., *el-Âsâr*, thk. Ahmed İsa el-Mî’sarâvî, Kahire: Dâru’s-selâm, 1427/2006, 2/709; Ebû Dâvûd es-Sicistânî, *es-Sünen*, thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut: Dâru’r-risâleti’l-âlemiyye, 1430/2009, “el-Büyû”, 70; Tirmizî, *el-Câmi’u’s-sahih*, thk. Beşşar Avvâd Ma’rûf, Beyrut: Dâru’l-garbi’l-İslâmî, 1998, “el-Büyû”, 19; Nesâî, *es-Sünen*, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Halep: Mektebû’l-matbû’âtî’l-İslâmiyye, 1406/1986, “el-Büyû”, 71; Ebu’l-Müeyyed el-Hârizmî, *Câmi’u’l-mesânid*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, ts., 2/7; Muhammed Âbid es-Sindî, *el-Mevâhibü’l-latife şerhu Müsnedi’l-İmâm Ebî Hanîfe*, thk. Takıyyüddin en-Nedvî, Dimaşk: Dâru’n-nevâdir, 1434/2013, 5/392-402. Şeybânî’nin bizzat kendisi bu hadisi şöyle açıklamıştır: “Karz ve satım akdinin...”: Bir kimsenin diğerine ‘bana şu kadar ödünç vermen şartıyla, sana bu kölem şu kadara satıyorum’ veya ‘bana şu malını şu kadara satman şartıyla, sana şu kadar ödünç veriyorum’ diyerek koşullu işlem yapmasıdır. Bu caiz değildir. “Bir satım akdinde iki şart koşmanın...”: Bir kimse belirli bir malını peşin (örneğin) bin dirheme, bir ay vadeyle iki bin dirheme satıp satış akdinin bu şekilde bırakılmasıdır. Bu da caiz değildir. “Hasar sorumluluğu üstlenilmeyen maldan kâr elde etmenin...”: Kişi bir mal satın alıp onu teslim almadan önce onu üzerine kâr koyarak satmasıdır. Bu da caiz değildir. Aynı şekilde satın henüz teslim almadığı bir malı satması da caiz değildir. Akar, ev ve arsa gibi gayrimenkuller dışında bu meselelerin tümünde Ebû Hanîfe, bu hadislerle göre hüküm vermiştir. Gayrimenkulün ise olduğu yerden nakledilemeyeceği için, satın alınıp henüz teslim alınmadan evvel satımında bir beis olmadığını söylemektedir. Bu bana göre caiz değildir. Gayrimenkulün de diğer menkul

Bu hadiste birden fazla konuya dair delil bulunsa da bu başlık altında ele alınmasına uygun düşen kısmı, karz ve satım akdinden birinde diğersinin yapılmasını koşul olarak ileri sürmenin caiz olmadığını belirten bölümdür. Bir akit olarak satışın da esasen bir tür şarttan ibaret olduğu, karz vermek gibi ek bir şart koşulduğunda ise yine hadiste yasaklanan bir satış akdinde iki şart koşma yasağına gireceği belirtilmiştir.⁵⁷⁴ Hanefî mezhebinde bir satım akdinin kuruluşu sırasında taraflardan biri, satışın yanı sıra karz akdinin de gerçekleştirilmesini şart koşması durumunda bu koşulun satım akdini ifsat edeceği bildirilmiştir.⁵⁷⁵ Bunun tersine ödünç verme esnasında taraflardan biri, karzın yanında ayrıca bir mal satışının gerçekleştirilmesini de koşul olarak ileri sürerse, böyle bir şeyi şart koşmak hadiste ifade edildiği gibi caiz olmasa da karz akdinin bu şarttan etkilenmeyeceği ve yalnızca şartın batıl ve hükümsüz hale geleceği bildirilmiştir. Zira karz akdi, koşulması caiz olan şartlara bağlanıp onlarla sınırlı hale gelmeyeceği gibi, fasit şartlara bağlanması da onu etkilemez. Çünkü karz akdindeki hukukî açıdan ödeme sorumluluğu, ödünç alana akitle değil teslimle geçtiği için ek şartların burada bir etkisi olamaz.⁵⁷⁶

Satış ve karz akdinden birinde diğersinin şart koşulmasının caiz olmadığı hususunda fakihlerin görüş birliği içerisinde oldukları aktarılmış, ayrıca ümmetin alimlerinin bu hadisi kabul edip gereğince hüküm vermelerinin onun manasının doğruluğunu ve Peygamber Efendimize aidiyetini gösterdiği, bunun da isnadın yerini tuttuğu ileri sürülmüştür. Mâlikîlere göre bu hadis, şartları ve hükümleri bakımından birbirine zıt olan iki sözleşmeden birinin, diğersinin kuruluşunda şart koşulmasının caiz olmadığını göstermektedir. Nitekim satış sözleşmesi kâr elde etme, sıkı pazarlık yapma ve çekişme üzerine kurulu olup sevap beklentisiyle Allah rızası için yapılan bir eylem değildir. Karz akdi ise bir muâvaza akdi olmayıp cömertlik ve yardımseverlik temelinde sevap beklentisiyle yapılan bir işlemdir; dolayısıyla karşılık ve özellikle kâr elde etme beklentisiyle yapılan bir

mallar gibi teslim öncesi satımının caiz olmaması gerekir.” Bk. Şeybânî, *el-Âsâr*, 2/709. Serahsî ise karz (selef) ve satışın birleştirilmesinden maksadın iki türlü olabileceğini söylemiş ve bu kapsamda bu ifadenin, ödünç alma beklentisiyle birine bir mal satmak veya faiz (kâr) vermek karşılığında satış bedelinde vadeyi

⁵⁷⁴ Bedreddin el-Aynî, *Nuhabü'l-eşkâr fî tenkîhi mebâni'l-ahbâr fî şerh Me'âni'l-âsâr*, thk. Ebû Temîm Yasir b. İbrahim, Devha: Vizâretü'l-evkâf, 1429/2008, 12/38.

⁵⁷⁵ Karzın şart koşulduğu bir satış işleminin diğer fasit akitlerde olduğu gibi feshedilmesi gerekir. Böyle bir akitte mal henüz teslim edilmemişse her iki tarafında akdi feshetme yetkisi vardır. Fakat mal teslim edilmişse bu durumda Şeybânî'ye göre fesih yetkisi ek şarta göre yarar sağlayacak tarafa, yani ödünç alacak olan tarafa ait olup ister bu fasit şartı ortadan kaldırarak akdi sahih hale çevirebilir isterse fasit şarta binaen akdi tümünden feshedebilir. Şeyhayna (Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf) göre hukuk kuralına binaen akdin feshi gerektiği için, her iki durumda da fesih yetkisi taraflar için eşit derecededir. Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/465. Hidâye sahibi Merginânî'nin, Şeybânî'nin görüşünü tercih ettiği anlaşılmaktadır.

⁵⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/16; 14/40; 20/126.

işlem değildir. Şayet satış sözleşmesinde karz verilmesi şart koşulursa bu durumda istenen ödünç miktarı, satış bedeline eklenir ve bu durumda karz akdi muâvazanın bir parçası bir parçası haline gelir; böylece karz akdinin amacı dışına çıkmış olur ve şart olarak eklendiği satış işlemini geçersiz hale getirir. Yine bu bağlamda, bağlayıcı bir sözleşmenin yanında bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin şart koşulmasının da caiz olmadığı belirtilmiştir.⁵⁷⁷

2. Tâbiînden Atâ b. Ebî Rebâh (ö. 114/732) mürsel bir isnatla şöyle aktarmıştır: Peygamber Efendimiz birinden karz olarak bir miktar dirhem almış ve borcunu geri öderken aldığı miktardan fazlasını geri vermişti. Alacaklısı fazla verdiği dair uyarınca Peygamberimiz şöyle buyurdu: “Bize böyle tartıp vermek yakışır.”⁵⁷⁸ Bu hadisteki geçen olayda ödünç verilirken fazla geri ödeme yapılmasının şart koşulmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü akit sırasında şart koşulmuş olsaydı alacaklı Peygamberimizi uyarmaz ve fazla ödemeyi normal karşılardı. Dolayısıyla bu hadiste, ödünç verme esnasında şart koşulmamış olan fazla ödemenin ödünç verene yarar sağlayan ve faiz olarak değerlendirilen karz olmadığı, bilakis borcun daha güzel bir şekilde geri ödenmesi anlamına geldiği için teşvik edildiği anlaşılmaktadır. Hadisteki “biz” ifadesiyle kimine göre peygamberler topluluğu,⁵⁷⁹ kimine göre de Müslümanların genel tavrı kastedilmiştir.⁵⁸⁰ Ayrıca hadisten çıkarılan akit sırasında şart koşulmamış miktarca fazla geri ödemenin caiz olması sonucundan hareketle, kalite bakımından daha üstün bir malın geri verilmesinin de evleviyetle caiz olduğu hükmüne varılmıştır. Diğer taraftan şart koşmanın sadece açıkça yapılanla sınırlı olmadığı, aynı hükmün fazlasıyla geri ödemenin yapılacağının açık örf aracılığıyla bilinmesi durumunda da geçerli olduğu, dolayısıyla geri ödemede verilecek fazlalığın ödünç sebebiyle verildiği bir şekilde biliniyorsa bundan uzak durmanın evlâ olduğu Hanefî mezhebi fakihlerinden aktarılmıştır.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ Bâcî, *el-Müntekâ*, Kahire: Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, ts., 5/29; Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, *el-Mesâlik fî şerhi Muvattai Mâlik*, thk. Muhammed b. el-Hüseyin es-Süleymânî, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1428/2007, 6/144.

⁵⁷⁸ Şeybânî, *el-Asl*, 3/25; Abdürrezzak, *el-Musannef*, thk. Habîbürrahman el-A'zamî, Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1403, 8/68.

⁵⁷⁹ Ahmed b. Mansûr el-İsbîcâbî, *el-Mebsût*, İstanbul: Süleymaniye Kütüphanesi, Nuruosmaniye, 1602, 157a.

⁵⁸⁰ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, thk. Abdullah Nezir Ahmed Abdurrahman, 2. bs., Küveyt: Esfâr, 1445/2024, 5/590.

⁵⁸¹ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590-591; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35-36; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 7/395. Şeybânî, akit sırasında şart koşulmadığı sürece karzın geri ödemesi sırasında karz bedelini fazla vermede bir beis olmadığına işaret etmiş, süftecenin şart koşulmadan yapılması durumunda işlemin caiz olduğunu ifade etmiş, yine borçlunun hediyesini alacaklının kabul etmesinde ve davetine icabet etmesinde de bir sakınca olmadığını belirtmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/25-26. Tahâvî, *Kerhî*, Cessâs, Kudûrî ve Serahsî gibi birçok fakih şart koşulmadan verilen ziyadenin veya alacaklı lehine gerçekleşen faydalandırmanın caiz olup bunda bir sakınca olmadığını söylemektedir. Bk. Cessâs, *Muhtasaru İhtilâfî'l-ulemâ*, thk. Abdullah Nezir Ahmed, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1417, 4/277; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590-591; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35-36.

Ahmed b. Mansûr el-İsbîcâbî'ye (ö. 480/1087-1088 sonrası) göre karzla ilişkili olarak bu hadis müşkildir. Zira karz bedelinin alınandan fazla verilmesi, ödünç verene fayda sağlayan bir ribâ olarak değerlendirilmesi gerektiği için⁵⁸² caiz olmamalıdır. Ona göre bu hadis, ya faizin haram kılınmasından önceki döneme ait mensuh bir hadistir veya hadiste geçen fazlalık, hibe yoluyla verilmiş parçalara ayrılması sakıncalı olan sahih (parçalanmış olmayan, sağlam) dirhemler olabilir. Dolayısıyla hadiste geçen fazlalığın verilmesi, taksimi kabil olmayan bir maldaki müşâ hissenin bağışlanması anlamına yorulabilir. Veya hadiste geçen fazlalık iki ağırlık biriminin arasındaki farktan az olduğu için, fazlalık miktarı faizin alt sınırı altında kalarak yasak kapsamı dışında kalmış olabilir.⁵⁸³

Buradaki yorumun bir tür detaylı açıklaması Kâdîhan'ın (ö. 592/1196) *el-Fetâvâ* adlı eserinde bulunmaktadır. Orada verilen bilgiye göre, borçlu borcunu öderken ağırlık bakımından borcundan fazla bir miktar veriyse ve bu fazlalık iki ağırlık birimi arasında kalıp müsamaha gösterilebilecek kadarsa bu ödeme caizdir. Ona göre Peygamber Efendimizden borcunu fazlasıyla ödediğine dair nakledilen rivayet ise, fazlalığın iki ağırlık birimi arasında kalıp müsamaha gösterilebilecek bir fazlalık olduğu duruma hamledilmelidir. Hanefî meşâyihî, yüz dirhemde bir dânekin⁵⁸⁴ iki ağırlık birimi arasında kalıp göz ardı edilebilecek kadar küçük bir miktar olduğu, bir dirhem'in ise itibara alınması gerektiği konusunda hemfikirdirler. Yarım dirhem konusunda ise ihtilaf etmişlerdir. Ebû Nasr ed-Debûsî (ö. 432/1040-1041), yüz dirhemde yarım dirhem'in hukuken muteber bir miktar olduğunu ve sahibine iade edilmesi gerektiğini söylemiştir. Borç ödemesinde verilen fazlalık hukuken itibar edilen alt sınırın üstündeyse ve borçlu bu fazlalığı farkında olmadan ödemişse ödemeyi alan kişi fazlalığı sahibine iade etmelidir. Şayet borçlu fazlalığı bilerek ve gönüllü olarak vermiş olup alan da bunu biliyorsa ve verilen dirhemler parçalanmışsa ya da bölünmesinde sakınca olmayan sağlam (sahihi) dirhemler ise, bu durumda taksimi kabil bir malda müşâ hissenin bağışlanması anlamına geleceğinden dolayı işlem, hibe olarak değerlendirilse bile caiz olmaz. Dolayısıyla böyle bir ödeme faize

⁵⁸² İsbîcâbî, akit esnasında şart koşulmamış olan fazlalığın niçin faiz olarak değerlendirildiğini burada beyan etmemiştir. Karz akdi kurulurken şart koşulmamış fazlalığın ribâ kapsamında değerlendirilmesinin karzı sonuç itibarıyla muâvaza olarak değerlendirmekle paralel bir görüş olduğu akla gelmektedir. Aynı şekilde verilen fazlalığın hibe olarak değerlendirilmesinin, sadece misli misline ödeme yapmanın caiz olduğu hususlarda Şeybânî'nin gündeme getirdiği çözüme dayandığı düşünülebilir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/118-119; Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyira*, 1/223. Fakat Şeybânî'nin hibe değerlendirmesinin ziyade durumunu da kapsadığı şüphelidir.

⁵⁸³ İsbîcâbî, *el-Mesûr*, 157a-b.

⁵⁸⁴ Dânek: Ağırlık bakımından bir dirhem'in altıda birini (1/6) gösteren bir ölçü birimidir. Bu kelime kayıtsız kullanıldığında tartılanın genellikle gümüş olduğu anlaşılır. Bk. Debusi, *el-Esrâr*, s. 882; Serahsî, *el-Mesûr*, 14/27-28, 18/99; Cengiz Kallek, "Dânek", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1989, 8/457.

gireceği için caiz değildir. Ancak veren ve alanın bilerek verdiği miktar, bölünmesinde sakınca bulunan sahih dirhem ise ödeme işlemi, taksimi gayrikabil bir malda müşâ hissenin bağışlanması anlamına geldiği için hibe olarak değerlendirilerek caiz olduğuna hükmedilir.⁵⁸⁵

Burhâneddin el-Buhârî de (ö. 589/1193)⁵⁸⁶ benzer şekilde konuyu açıkladıktan sonra, ödeme kapsamında bölünmesinde sakınca bulunan sahih dirhem verilmesinin hibe olarak değerlendirilebilmesi için ayrı bir kayıt getirmiştir. Buna göre ödeme kapsamında bölünmesinde sakınca bulunan sahih dirhem verildiğinde, taksimi gayrikabil bir malda müşâ hissenin hibesi olarak caiz olduğunun söylenebilmesi için, ödeyenin yanında daha yeğni bir dirhem bulunmaması gerekir. Şayet böyle bir dirhem varsa o verilerek fazla olan miktar kırmaya ihtiyaç kalmadan ayrılmalıdır. Ancak böyle bir imkân yoksa yapılan fazla ödeme, bölünmeye elverişli olmayan bir maldaki payın hibesi olarak değerlendirilerek caiz olduğu söylenebilir.⁵⁸⁷ İsbicâbî, Kâdihan ve Burhâneddin el-Buhârî'nin dediklerinden, karz akdinin kuruluşu esnasında şart koşulmuş olmasa bile borçlunun karz bedelini ifa ederken misli yerine fazla miktarda ödeme yapmasının, alacaklıya çıkar sağlayan karz kapsamında değerlendirilerek ribâyâ girdiği ve haram olduğu, fakat aldığından daha kalitelisini ödeme gibi bir durumun şart koşulmadığı müddetçe caiz olduğu anlaşılmaktadır. Muhtemelen şart koşulmamış miktarsal fazlalığın caiz olup olmadığı hususunda Hanefî mezhebi içerisinde bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Zira birçok mezhep fakihî, akit sırasında şart koşulmadığı sürece borçlunun aldığından daha iyisiyle ifasında miktar ile kalite arasında bir fark belirtmemiştir.⁵⁸⁸

3. İbn Mes'ûd'un hanımı Zeyneb bint Muâviye'den (ö. 32/653) şöyle aktarılmaktadır: “Resulullah bana (Hayber'in fethinde kendisine düşen beşte birlik ganimet payından olmak üzere) dalından koparılmış elli ölçek (vesk)⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Kâdihan, *el-Fetâva'l-Hâniyye (el-Fetâva'l-Hindiyye kenarında)*, 2. bs., Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1310-1311, 2/253, 280.

⁵⁸⁶ Burhâneddin el-Buhârî'nin vefat tarihi birçok kaynaktan hicrî 616 olarak belirtilmişse de doğruya en yakın tarihin hicrî 589 olduğu öne sürülmüştür. Detay için bk. Okan Kadir Yılmaz, “Orta Asya Hanefî Fetva Literatürünün Gelişimi ve İcâre-i Tavile”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2023), s. 160.

⁵⁸⁷ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, thk. Nuaym Eşref Nûr Ahmed, Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân, 2004/1424, 10/353.

⁵⁸⁸ Cessâs, *Muhtasarı İhtilâfî'l-'ulemâ*, 4/277; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590-591; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35-36.

⁵⁸⁹ Vesk: Medine'de Hz. Peygamber döneminde kullanılan kuru gıda hacim ölçü birimi. 60 Peygamber sâ'ına denk geldiği söylenmektedir. Günümüzde bir vesk yaklaşık 165 lt.'ye karşılık gelir. Bk. Cengiz Kallek, “Vesk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 2013, 43/70.

Hayber hurması ve yirmi ölçek (vesk) arpa⁵⁹⁰ vermişti.⁵⁹¹ Âsım b. Adî bana şöyle bir öneride bulundu: ‘Hayber’deki malını burada (Medine’de) sana (karz olarak) vereyim, senin yerine Hayber’deki hurmanı kilesince alayım?’ Ben de ona ‘bunu Ömer b. el-Hattâb’a sorayım’ dedim. Ömer ise bunu yapmamamı söyleyip şöyle dedi: ‘İkisi (Hayber ile Medine) arasında (Hayber’deki hurmaların başına bir iş gelirse) ödeme ve hasar sorumluluğu kime ait olacak?’⁵⁹² Bu mevkûf rivayette geçen örnek olayda, taşınması masraf gerektirecek miktardaki mislî mallara ilişkin bir tasarruf söz konusu olup olaydaki işlemin karz olması ihtimali üzerinden mesele ele alınmaktadır. Hz. Ömer’in bu işlemi, ifa mekânını farklı bir yerde şart koşarak ödünç verenin karz işleminden yarar sağlaması olarak değerlendirdiği için onaylamadığı söylene de⁵⁹³ farklı bir açıdan olaya bakılabilir. Hayber’de muhtemelen hasat vakti geldiğinde toplanıp kendisi için ayrılacak hurmalar o mevsim telef olsa Zeyneb’in, orada başka bir mal varlığı olmadığı için şarta uygun biçimde ödemeyi orada yapamayacak, dolayısıyla bununla ödeme sorumluluğu kalkmayacağından şart anlamsız hale gelecektir.⁵⁹⁴ Şayet Medine’deyken aldığı hurmaları tüketirse bu durumda borcunu ödemesi de zorlaşacaktır. Hz. Ömer, böyle özel bir sebepten dolayı Zeyneb’i bu işe girmemesini tavsiye etmiş olabilir.

İsbicâbî’ye göre bu rivayetten vadeli ikraz vermenin geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Zira Ömer’in onay vermediği örnek olayda, Asım geri ödemeyi Hayber’de alacakken Zeynep, hurmaları peşin olarak teslim almaktadır. Oysa

⁵⁹⁰ Bu arpanın Medine’deki arpa olduğuna dair rivayet için bk. Taberânî, *el-Mu’cemü’l-kebir*, thk. Hamdî es-Silefi, 2. bs., Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, 1415/1994, 24/287.

⁵⁹¹ Zeyneb’in soruyu Peygamberimiz yerine Ömer’e sormasından o sırada Peygamberimizin hayatta olmadığı, olayın Ömer’in hilafeti zamanında gerçekleştiği anlaşılmaktadır. O takdirde zikredilen miktarlardaki hurma ve arpa bir defalık verilmemiş, bilakis Hayber’den her hasatta veya her yıl elli ölçek (vesk) hurma alma hakkı verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim diğer bir rivayette olayın Ömer’in hilafeti zamanında gerçekleştiği açıkça belirtiliyor. Bk. Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru’l-kütübü’l-ilmiyye, 1424/2003, 5/576. Bu anlatıdan hareketle humustan verilen payların sadece savaş sonucu toplanmış mallar olmadığı, bununla beraber örneğin ganimet arazisi üzerindeki hurma ağaçlarından her hasat mevsimi veya her yıl hurma toplama hakkı şeklinde de gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

⁵⁹² Şeybânî, *el-Asl*, 3/20-21; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 8/140; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, thk. Kemal Yusuf el-Hût, Beyrut: Dâru’t-tâc, 1409/1989, 4/358; İbn Râhûye, *el-Müsned*, thk. Abdülgafur el-Belûşî, Medine: Mektebetü’l-imân, 1412/1991, 5/252; Taberânî, *el-Mu’cemü’l-kebir*, 24/287; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/576. Hz. Ömer’in bu sözü şu şekilde açıklanmıştır: “Hayber’deki hurmalar hâlâ senin mülkiyetindeyken burada bu hurmaları alman neye dayanarak caiz olacak? Nitekim Hayber’deki hurmaların telef olsa senin malvarlığından gidecek ve burada aldığın hurmaları iade etmen gerekecektir.” Bk. İsbicâbî, *Mebcut*, 2/157a.

⁵⁹³ Serahsî, *el-Mebcut*, 14/35.

⁵⁹⁴ Bu şart her türlü geçerli olsa Hayber’e gidip hurmalar telef olduğu için alacağını tahsil edemeyen Asım, bu şarttan dolayı Zeyneb’i dava edip orada ifa etmeye veya bir kefil göstermeye zorlayabilecekti. Halbuki karzda zaman şartı gibi mekân şartı da bağlayıcı olmadığı için, böyle bir şartın akde etki etmeyeceği ve alacaklıya dava hakkı vermeyeceği düşünülmektedir. O takdirde mesele Zeyneb’in aldığı borcu geri ödemesinde düğümlenmektedir. Muhtemelen onun mali durumunu bilen Hz. Ömer, geri ödeyemeyeceğini düşünerek bu işe girmemesini söylemiş olabilir.

Asım'ın Hayber'deki hurmaya ne zaman erişeceği belirsizdir. Çünkü kimse Asım'ın ne zaman oraya ulaşip hurmaları teslim alacağını kesin olarak bilemez. Dolayısıyla burada belirsiz vadeye bağlanarak icra edilen bir karz söz konusu olduğundan işlem caiz değildir.⁵⁹⁵ Serahsî ise Hanefiler olarak bu haberi kabul ettiklerini ve işlemin yapıldığı yerin dışındaki bir yerde karz bedelinin ifa edilmesini şart koşmanın caiz olmadığına hükmettiklerini belirtmiştir. Çünkü bu koşul, taşıma masrafı ile yolda malın başına gelebilecek tehlikelerin borç veren lehine düşürülmesi anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla işlem, borç verene çıkar sağlayan karz akdi kapsamına girer ki Peygamberimiz borç verene kazanç sağlayan ödünç işlemini yasaklamış ve onu ribâ olarak adlandırmıştır.⁵⁹⁶

4-5. Atâ b. Ebî Rebâh'tan şöyle aktarılmıştır: Abdullah b. Zübeyr (ö. 73/692) Mekke'de tüccardan karz olarak gümüş para alır, sonra o günlerde Irak'ta bulunan kardeşi Mus'ab b. Zübeyr'e (ö. 72/691)⁵⁹⁷ hitaben tüccar adına

⁵⁹⁵ İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a.

⁵⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35. Serahsî, hadisteki işlemin satış olarak yorumlanması durumunda da işlemin caiz olmayacağını belirtmiş ve taşınması masraf gerektiren bir satış bedelinin ifasının akit yeri dışındaki bir yerde gerçekleştirilmesini şart koşmanın satış akdini ifsat edeceğini bildirmiştir. Fakat birkaç sayfa sonraki açıklamalarından aynı meselede vade belirli olursa işlemin caiz olacağı, yukarıdaki meselenin ise vadenin belirlenmemesinden ötürü caiz olmadığı anlaşılmaktadır. Aynı meselenin karz versiyonunu da ele alan Serahsî, yukarıda belirttiği gibi karz işleminin değil sadece başka yerde ifa şartı koşmanın caiz olmadığını söylemiştir. Bunun gerekçesi olarak da ödünç alınan malın misliyle ödenmesi gerektiği için başka yerde ifa şartının buna aykırı olacağını beyan etmiştir. Diğer bir gerekçe olarak da ifanın, bir eylem olması bakımından zorunlu olarak bir mekânda ve zamanda gerçekleşeceği için, koşula bağlanma hususunda ifa mekânı ile zamanı arasında fark bulunmadığını beyan etmiş, karzın vadeye bağlanmasının bağlayıcı olmadığı gibi karzda ifa mekânının şarta bağlanmasının da bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35, 37-38. Serahsî'nin ifa mekânını şart koşmayı, borç verene menfaat sağlayan karz olarak faiz kapsamında değerlendirmesi bu şekilde yapılan karz akdini fasit olarak değerlendirdiği izlenimi oluşturmaktadır. Fakat birkaç sayfa sonraki açıklamalarından anlaşıldığı gibi fasit olan akit olmayıp şartın kendisidir. Sonraki dönem Hanefî fakihleri fasit şartın ifsat etmeyip akit sahih kalarak şartın lağvolduğu akitler arasında karzı da saymışlar ve bu gibi meselelerde çelişkiyi kaldırmak amacıyla fasit kelimesini akde değil şarta yönelik bir niteleme olarak algılamışlardır. Bk. İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 5/249. İfa mekânı koşula bağlanan karz akdinin fasit olduğuna yönelik açıklamaların Şeybânî'nin *el-Asl*'daki benzer bir meseledeki ifadelerinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Nitekim Şeybânî, bir kimsenin diğerinden Basra'da ödemek şartıyla Küfe'deyken ödünç bin dirhem ödünç istemesinin fasit olduğunu, ödünç verene yarar sağlayan bir karz olduğu için caiz olmayıp mekruh olduğunu belirtmiş, bu açıklamasının peşine alacaklının ödünç verdiği dirhemlerini istediği yerde peşin olarak talep edebileceğini, aynı şekilde süftecenin durumunun da böyle olduğunu söylemiştir. Şeybânî, *el-Asl*, 3/25-26. Şeybânî'nin böyle bir karza fasit ve mekruh dedikten sonra ödünç verilen malı sahih karzdaki gibi ödünç alanın zimmetinde peşin bir borç olarak nitelemesi ve alacaklının dilediği zamanda alacağını isteyebileceğini ifade etmesi, buradaki fasit kelimesiyle şartı kastettiğini göstermektedir. Şayet karz akdi böyle bir şartla fasit olmuş olsaydı, diğer fasit akitlerde olduğu gibi derhal feshedilmesi ve devam ettirilmemesi, ayrıca ödünç olarak alınan mal duruyorsa aynen iade edilmesi gerekirdi.

⁵⁹⁷ Mus'ab b. Zübeyr b. Avvâm, Emevî hanedanına karşı isyan hareketinin öncüsü olan Abdullah b. Zübeyr'in küçük kardeşi olup onun tarafından Basra valiliğine tayin edildi (67/687). Aynı yıl Küfe'yi de eline geçiren Mus'ab'ın Irak hâkimiyeti, 72 (691) yılında öldürülmesiyle son buldu. Abdullah b. Zübeyr'in emriyle 70 (689-690) yılında Basra'da az miktarda dirhem bastığı aktarılmaktadır. Bk. İrfan Aycan, "Mus'ab b. Zübeyr", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 2020, 31/227. Dolayısıyla yukarıdaki rivayetin en fazla hicri 67-72 (687-691) yılları arasında geçen bir olayla ilişkili olduğu, para bastırıldığı sene olan 70 senesi ve sonrasında meydana gelen bir olay olmasının kuvvetle muhtemel olduğu düşünülmektedir. Bastırıldığı paralarla ödeme yapması ihtimaline göre bu paraların Mekke'deki paralardan

alacaklarına dair ödeme emrini ihtiva eden bir mektup gönderir ve alacaklı tüccar Irak'a gittiklerinde verdikleri gümüşten daha kalitelisini alırlardı. Ravi Atâ b. Ebî Rebâh bu durumu İbn Abbas'a sorduğunda şöyle cevap aldığını nakletmektedir: “Şart koşulmadığı sürece bunda bir sakınca yoktur.”⁵⁹⁸ Bu rivayette esasen süftece denilen ve borçlunun alacaklısına, borç miktarını borçlanılan yerin dışındaki belirli bir yerde muhatabı olan üçüncü bir kişiye kayıtsız şartsız ödeme emrini ihtiva eden kıymetli evrakla yapılan bir tür havale işlemi ele alınmaktadır. Nakledilen olayda Abdullah b. Zübeyr'e ödünç veren tüccarın ödünç verirken başka yerde ifayı şart koşup koşmadıkları kesin olarak belirtilmemektedir. Zaten olayın sorulduğu sahabî İbn Abbas da bu ihtimali sezmiş ve ödünç verme esnasında şart koşulmaması durumunda böyle bir işlemde sakınca olmadığını belirtmiştir. Hanefî mezhebi de İbn Abbas'ın bu görüşünü tercih etmiş ve şart koşulmadan gerçekleştirilen böyle bir işlemi, yapılan iyiliğe iyilikle mukabele etmek şeklinde değerlendirerek şartsız olarak ödünç verilen yerden başka bir yerde ifayı gerçekleştirmenin, daha kalitelisiyle ödeme yapmanın, borçlunun hediyesini kabul etmenin ve davetine icabet etmenin mekruh olmadığını söylemişlerdir. Dolayısıyla rivayette geçen olay, önce şart koşulmaksızın Abdullah b. Zübeyr'in ödünç aldığı, sonra süftece keşide ettiği şeklinde yorumlanmıştır.⁵⁹⁹

6. Tâbiünden Amr b. Dînâr'ın (ö. 126/744) aktardığına göre İbn Abbas, Kufe'ye gönderilmek üzere tüccar lehine ödeme emri şeklinde belge düzenlemek şartıyla gümüş ödünç alırdı.⁶⁰⁰ Bu rivayette, âdeta bir önceki nakildekini nakzedercesine İbn Abbas'ın süftece şartıyla ödünç aldığı geçmektedir. Şeybânî iki farklı yoldan bu rivayeti aktardıktan sonra doğrudan nakle ilişkin bir açıklamada bulunmamış, bunun peşine Ebû Hanîfe'nin alacaklıya çıkar sağlayan

daha kaliteli olduğu anlaşılmakta, buradan hareketle Mus'ab'ın veya o günkü Basra'nın mali durumunun Mekke'dekinden daha iyi olduğu zannedilmektedir.

⁵⁹⁸ Şeybânî, *el-Asl*, 3/24; a.mlf., *el-Hüccetü 'alâ ehli'l-Medîne*, thk. Mehdî Hasan el-Kilânî, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1403, 2/610; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 8/140; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/358; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/576.

⁵⁹⁹ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/592; İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/37.

⁶⁰⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 3/25. Rivayetin lafzı şu şekildedir: “حدثنا عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن عبد الله بن عباس: “Bu rivayet bu isnatlarla ve bu ifadeyle başka bir yerde bulamadım. Özellikle bu nakildeki problemli nokta, İbn Abbas'ın süftece şartıyla ödünç aldığı belirtmesidir. Halbuki aynı İbn Abbas'tan yukarıdaki rivayette, bu işlemin şart koşulmadan yapılması durumunda sakıncalı olmadığını aktarılmıştı. İbn Ebî Şeybe başka bir isnatla Atâ'dan, İbn Abbas ve İbnü'z-Zübeyr'in her ikisinin de malın Hicaz topraklarında teslim alınıp Irak topraklarında verilmesine veya tersinin yapılmasına cevaz verdiklerini ve bunda bir sakınca görmediklerini aktarmıştır. Nitekim bu rivayette işlemi şart koşarak gerçekleştirdiklerine dair bir ifade yoktur. İbnü'l-Münzir de bu nakli esas almıştır. Bk. İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/358; İbnü'l-Münzir, *el-Evsat mine's-sünen ve'l-icmâ' ve'l-ihtilâf*, nşr. Ahmed b. Süleyman, Feyyûm: Dâru'l-felâh, 1430/2009, *el-Evsat*, 10/416.

her ödöncü kerih gördüğünü bildirmişti.⁶⁰¹ Kudûrî (ö. 428/1037), İbn Abbas'ın Kûfe'de geri vermek şartıyla Medine'de ödönc aldığına dair rivayeti aktardıktan sonra bunu, önce şartsız ödönc alıp sonra süftece keşide etmiş olabileceği veya İbn Abbas'ın bu işlemleri, vadeyi uzatma karşılığı borç miktarını artırma şeklindeki nesîe faizine girmedeği için yapıp sonra bundan rücu etmiş olabileceği şeklinde yorumlamıştır.⁶⁰² İsbîcâbî bu rivayetin, İbn Abbas'ın görüşüne aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiştir.⁶⁰³ Serahsî ise bu rivayetin önce şartsız ödönc aldığı şeklinde yorumlanması gerektiğini; zira şartlı olursa, yol tehlikesinin bertaraf edilmesi suretiyle alacaklıya fayda temin eden ödönc kapsamına gireceği için işlemin mekruh olacağını belirtmiştir.⁶⁰⁴ Kâsânî (ö. 587/1191) de benzer bir yorum yapmıştır.⁶⁰⁵

7. Tâbiünden İbn Sîrîn (ö. 110/729) şöyle aktarmıştır: Ömer b. el-Hattâb, Übey b. Ka'b'a on bin dirhem karz olarak vermişti. Übey, erken meyve veren hurma ağaçlarından bir miktar taze hurmayı Ömer'e hediye olarak gönderdi ama Ömer hediyeyi geri çevirdi. Bunun üzerine Übey onun yanına gidip şöyle dedi: "Alacağından ötürü sana hediye gönderdiğimi mi zannettin? Alacağın için birini gönder de onunla borcumu sana göndereyim." Bunun üzerine Ömer Übey'e şöyle dedi: "Hediyemizi bize geri ver."⁶⁰⁶

Bu haberde sahâbenin, alacaklıya çıkar temin edilen karzdan nasıl sakındıklarına dair bir örnek olay ele alınmıştır. Hz. Ömer'in başlangıçta hediyeyi kabul etmemesinin, Übey'in hediyeyi borç nedeniyle gönderdiği düşüncesine dayandığı, ancak hediye borçla ilişkili olmadığını fark ettikten sonra kabul

⁶⁰¹ *el-Asl'* in tahkikli nüshasında burada Ebû Hanife, "Ebû Ca'fer" olarak kaydedilmiş, bu kişinin Ebû Ca'fer el-Bâkır olup bunu aktarının da İsmail b. Müslim olabileceği ifade edilmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl'*, 3/25 dn. 2. Her ne kadar birçok yazma nüshada ibare bu şekildeyse de bunun doğru olmadığı ve burada tahrifin bulunduğu düşünülmektedir. Zira bazı yazmalarda burası Ebû Hanife olarak kaydedilmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl'*, Kayseri: Raşit Efendi, no: 325, vr. 160b. Ayrıca İsbîcâbî, Burhaneddin el-Buhârî ve Âlim b. Alâ gibi Hanefî âlimleri tarafından Şeybânî'nin sarf kitabında, "Ebû Hanife'nin çıkar sağlayan her ödöncü kerih gördüğü" şeklinde bir ifadeye yer verdiği aktarılmıştır. (قال محمد رحمه الله في كتاب الصرف: إن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يكره كل قرض جر منفعة) Sarf kitabından maksadın *el-Asl'* in sarf bölümü olduğu düşünülmektedir.

Bu bölüme bakıldığında bu lafızla böyle bir görüşün, İbrahim en-Nehai ve Atâ b. Ebî Rebâh'tan başka sadece burada yer aldığı görülmüştür. Buna göre ibarede tahrif vardır ve "Ebû Ca'fer" in doğru şekli "Ebû Hanîfe" olmalıdır. Bk. İsbîcâbî, *el-Mebsût*, 157a; Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 10/351; Âlim b. Alâ, *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*, thk. Şebbîr Ahmed el-Kâsimî, Diyûbend: Mektebetü Zekerîya, 1431/2010, 9/388. Şeybânî, İbrahim en-Nehai'den söz konusu görüşü aktardıktan sonra Ebû Hanife'nin de bu görüşte olduğunu belirtmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Âsâr*, 2/738.

⁶⁰² Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/592.

⁶⁰³ İsbîcâbî, *el-Mebsût*, 157a.

⁶⁰⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/37.

⁶⁰⁵ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 7/395-396.

⁶⁰⁶ Şeybânî, *el-Asl'*, 3/21; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 8/142; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/326; Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1415/1994, 11/114; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/572.

ettiği belirtilmiştir. Bu rivayetten hareketle, borçlunun ödünç nedeniyle alacaklıya verdiği hediyeleri çıkar sağlayan ödünç kapsamına gireceği için kabul etmemesi gerektiği, fakat hediyein ödünçle ilişkili olmadığı, önceden var olan dostluk bağı gibi bir sebebe dayandığının bilinmesi durumunda ise hediyein kabul edilmesinde bir sakınca olmadığı söylenmiştir.⁶⁰⁷ Ayrıca bu naklin konuya ilişkin hükümlere dayanak noktası olduğu belirtilmiş, akit esnasında şart koşularak alacaklıya sağlanacak yararın faiz kapsamına girip caiz olmayacağı, fakat koşula bağlanmadan gerçekleşen faydada herhangi bir sakınca olmadığı, aksine böyle bir ifanın daha güzel olduğu ve dinen teşvik edildiği belirtilmiştir.⁶⁰⁸

8-9. Tâbiinden Şa'bî (ö. 104/722) İbn Mes'ûd'dan şöyle aktarmıştır: Bir keresinde İbn Mes'ûd, birine karz olarak bir miktar dirhem vermiş, borçlusu da geri ödemeyi beytûlmalden kendisine tahsis edilen yüksek kaliteli maaş (atıyye)⁶⁰⁹ parasından yapmak istemişti. Bunun üzerine İbn Mes'ûd, bu isteğini hoş karşılamayarak ona şöyle dedi: “Hayır, ancak maaşındaki paralardan en iyisini seçmeksizin benim dirhemlerime denk olanı bana ver.”⁶¹⁰ Şa'bî'ye bu konu sorulduğunda ise o şöyle demiştir: “Şart koşmadığı sürece karz olarak verdiği dirhemlerden daha kalitelisini geri ödeme olarak almasında bir sakınca yoktur.”⁶¹¹ Bu rivayette karz olarak verilen malın, kalite bakımından daha üstte olanıyla ifası ele alınmış, İbn Mes'ûd bunu kerih görürken rivayeti aktaran tâbiinden Şa'bî ise bunun şart koşulmadıkça caiz olduğunu söylemiştir. Hanefî mezhebi de genel olarak Şa'bî'nin bu görüşünü tercih etmiş ve İbn Mes'ûd'un işlemi mekrûh görmesi ise onun takvasına yorulmuştur.⁶¹² İbn Ömer'in de ödünç alıp atıyye vaktinde aldığından daha kalitelisini verdiği delil gösterilerek, alacaklı

⁶⁰⁷ İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a. Nitekim tarafların ödünç işleminden önce din kardeşliği ve dostluğa binaen aralarında bir hediyeleşme varsa bu durumda, ödünç verdikten sonra borçlunun alacaklıya hediye vermesinde bir sakınca olmadığına dair Enes b. Mâlik'ten merfû bir hadis aktarılmıştır. Bk. İbn Mâce, *es-Sünen*, thk. Muhammed Fuâd Abdûlbaki, Kahire: Dâru ihyâi'l-kütûbi'l-'Arabiyye, 1373/1953, “es-Sadakât”, 19; Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfî'l-'ulemâ*, 4/278; Beyhakî, *Şu'abü'l-îmân*, thk. Muhammed Zağlûl, Beyrut: Dâru'l-kütûbi'l-ilmiyye, 1410, 4/397. Örfen borçlunun hediye vereceğinin bilinmesi ödünç verirken şart koymak gibi değerlendirilmesi ile burada bir çelişki olduğu akla gelmektedir. Fakat ödünç verenin borç verirken hediye gibi bir karşılık beklentisinde ve yarar sağlama niyetinde olmaması durumunda, örfen borçlunun hediye vereceğinin bilinmesinin işleme zarar vermeyeceği düşünülmektedir.

⁶⁰⁸ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590-591; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35. Nitekim Kudûrî ve Serahsî buna delil olarak Atâ'dan aktarılan merfû hadisi de delil göstermiştir.

⁶⁰⁹ Atâ/Atıyye: Hz. Ömer'in kurduğu divan teşkilatında feyden Müslümanlara yılda bir defaya mahsus verilen maaş. Emevî ve Abbâsîler zamanında ise askerlerin maaşlarına bu isim verilmekteydi. Mustafa Fayda, “Atâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1991, 4/33.

⁶¹⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 3/23; Ebû Yûsuf, *el-Asâr*, s. 184; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/522; Nesefî, *Tilbetü'l-talebe*, s. 117.

⁶¹¹ Şeybânî, *el-Asl*, 3/23-24; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/522.

⁶¹² İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a.

tarafından şart koşulmadan temin edilen yararların caiz olduğu belirtilmektedir.⁶¹³

10-11. Sahâbeden İbn Ömer ve tâbiînden Hasan-ı Basri'nin, dirhem alacağı olup borçlusunun ödemeyi dinar ile yapmak istediği durumla ilgili olarak şu şekilde görüş belirttikleri aktarılmaktadır: “Alacaklı olduğun dirhemin piyasadaki değerince ödemeyi dinar olarak alabilirsin.”⁶¹⁴ Karşılıklı rızaya dayanarak esas borca mukabil diğer türden bir malın verilmesiyle gerçekleştirilen ifaya istibdâl veya ifa yerine edim denilmektedir.⁶¹⁵ Bu rivayet, altın ve gümüş gibi kendisinde ribâ cereyan edebilecek olan malların, taraflar arasında anlaşmaya varıldıktan sonra birbirlerinden ayrılmadan teslim edildiği müddetçe birini diğerinin yerine vermenin caiz olduğunu göstermektedir. Hanefî mezhebine göre verilen malın esas alacakla aynı değerde olması gerekmemekte, daha değerli veya daha ucuz bir malın ödeme olarak verilmesi caiz görülmektedir. Zira verilenle zimmetteki borç arasında cins farklılığı bulunduğu için fazlalık caiz olup miktar birlikteliği devam ettiği için tehir, yani istibdâl yapılması hususunda anlaşmaya varılan meclisten sonrasına ödemenin bırakılması caiz değildir. Yine bu hususta borcun satış bedeli veya karzdan kaynaklanması arasında bir fark da yoktur.⁶¹⁶

⁶¹³ Cessâs, *Muhtasarı İhtilâfî'l-'ulemâ*, 4/277-279; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/11, 36.

⁶¹⁴ Şeybânî, *el-Asl*, 3/22; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 8/126, 128; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/375-376. Bu hadisin esasen hasen bir isnatla merfû olarak rivayet edilmiştir. Bk. Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 2/139; İbn Mâce, “et-Ticârât”, 51; Ebû Dâvûd, “el-Büyû”, 14; Tirmizî, “el-Büyû”, 24; Nesâî, “el-Büyû”, 50; Taceddin es-Sübkî, *Tekmilâtü'l-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî'î, Cidde: Mektebetü'l-irşâd, 1980, 10/110-111. Deliller hiyerarşisinde merfû hadis daha üstte olmasına ve bu hadisin esasen merfû olmasına rağmen Şeybânî'nin İbn Ömer'in mevkûf ve Hasan-ı Basri'nin maktû rivayetini zikretmesi, bir kısım muhaddisin de belirttiği gibi muhtemelen hadisin mevkûf olarak rivayetini daha sahih görüp bunu tercih ettiğine delil gösterilebilir. Nitekim İbn Ömer'den bu rivayeti aktaranlardan sadece Simâk b. Harb merfû olarak nakletmiş, geriye kalan Nâfi, Sa'id b. el-Müseyyeb, Sa'id b. Cübeyr ve Sâlim ise mevkûf olarak aktarmıştır. Şu'be b. el-Haccâc da bunu gerekçe göstererek merfû nakli eleştirmiştir. Şeybânî'nin rivayeti aktardığı senede bakılırsa Nâfi' tarihiyle İbn Ömer'den aktardığı görülecektir. Bk. Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsar*, Beyrut: Dâru İbn Kuteybe, 1412/1991, 8/113.

⁶¹⁵ Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV, 1998, s. 92-93.

⁶¹⁶ Şeybânî, *el-Asl*, 2/591, 3/51; İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/11, 36. Bu hadis aynı zamanda akdin kuruluşu esnasında satış veya sarf bedelinin tarafların mülkiyetinde bulunmamasının caiz olduğuna ve bu durumun akdin sıhhatini etkilemeyeceğine, ribâ gerçekleşmeyecek olan satış bedelinin tesliminin akit meclisi sonrasına bırakılabileceğine ve selem borcu dışındaki borçlarda istibdâl suretiyle tasarrufta bulunmanın caiz olduğuna da delil gösterilmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/2. Fakihler altın alacağı olup onun yerine karşılıklı rızayla ödemeyi gümüş olarak almak konusunda ihtilaf etmişlerdir. Çoğu âlim bunun caiz olduğunu söylemiş, tâbiînden Ebû Seleme b. Abdurrahman b. Avf (ö. 94/713) ve İbn Sübrûme (ö. 144/761), Lays b. Sa'd (ö. 175/791), İbn Hazm (ö. 456/1064) ise bunu yasak olduğunu belirtmiş, tâbiînden Tâvûs (ö. 106/725) bu işlemin satışta mekruh, fakat karzda caiz olduğunu söylemiştir. İbn Mes'ûd ve Abbas'tan her iki yönde görüş aktarılmıştır. İşlemi caiz görenlerden İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765), İshak b. Râhûye (ö. 238/853) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) yalnızca esas alacağın değeriyle sınırlı olarak başka bir bedel ödenmesini caiz görmüş ve diğer âlimler ise kıymeti dikkate almamışlardır. Şâfiîlere göre esas alacağın değeriyle sınırlı olarak başka bir bedel ödenmesi müstahab ise de bu zorunlu olmayıp farklı değerlerde de ödeme yapılabilir. Bk. İbnü'l-Münzir, *el-Evsat*, 10/191-193; Hattâbî,

12. Tâbiinden Sıla b. Züfer'in (ö. 72/691) şöyle dediği nakledilmiştir: Benî Hemdân kabilesinden bir adam alaca bir at üzerinde İbn Mes'ûd'a gelip ona, amcasının arkasında bir yetim bıraktığını ve kendisini ona vasî tayin ettiğini, bindiği atın onun terekesinden olduğunu ve bunu veya terekedeki başka bir atı satın almasının doğru olup olmayacağını sordu. İbn Mes'ûd da ona şöyle dedi: "Onun malından ne bir şey satın al ne de bir şeyi karz olarak kullan!"⁶¹⁷ Bu nakli esas alan Hanefî mezhebine göre, yetim malı teberrua uygun olmadığı ve ödünç vermek bir tür teberru niteliğinde olduğu için vasî, yetimin malını başkasına borç veremeyeceği gibi kendisi de onu ödünç olarak kullanamaz.⁶¹⁸ Fakat baba veya baba tarafından dedesinin vasî olması durumunda bunlar vesayetleri altındaki yetimin malından ödünç alabilirler. Üçüncü şahıslara bu maldan ödünç vermeleri ise zâhirü'r-rivâyeye göre caiz değildir. Geri alabileceklerini düşündükleri kimselere ödünç vermelerinin caiz olduğu da söylenmiştir. Geri alma konusunda yeterli yetki ve gücü bulunduğu için, kadı tarafından yetim malının üçüncü şahıslara ödünç verilebileceği kabul edilmektedir.⁶¹⁹

13. Hammâd b. Ebî Süleyman'ın (ö. 120/738) aktardığına göre tâbiinden İbrahim en-Nehaî (ö. 96/714), alacaklıya çıkar devşiren her ödünçü kerih görürdü.⁶²⁰

Me'âlimü's-sünen, Halep: el-Matba'atü'l-ilmîyye, 1351/1932, 3/73; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/452; Tîbî, *el-Kâşif 'an hakâiki's-sünen*, thk. Abdülhamid Hindâvî, Riyad: Mektebetü Nizâr, 1417/1997, 7/2155; Ahmed b. Hüseyin er-Remlî, *Şerhu Süneni Ebi Dâvûd*, Feyyûm: Dâru'l-felâh, 1437/2016, 14/76; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, thk. İsmâüddin es-Sabâbetî, Kahire: Dâru'l-hadîs, 1413/1993, 5/186-187.

⁶¹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 3/24; a.mlf., *Muvaṭṭa'ü'l-İmâm Muḥammed*, 2. bs., Beyrut: el-Mektebetü'l-ilmîyye, ts., s. 331; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 9/93; Ali b. Ca'd, *el-Müsned*, thk. Âmir Ahmed Haydar, Beyrut: Müessesetü nâdir, 1410/1990, s. 370; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, 9/347; Beyhaki, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 6/5, 466.

⁶¹⁸ İsbicâbî, *el-Mebsût*, 157a; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/37, 21/102-103; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/201-207.

⁶¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/102-103. Satın alma hususunda ise ihtilaf vardır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un son kavline göre, şayet vasî yetimin malını ona açık bir fayda sağlamayacak şekilde, yani piyasa ederiyle veya daha düşük bir fiyata satın alırsa, bu işlem vasiyi töhmet altında bırakacağı için caiz değildir. Fakat vasî yetimin malını piyasa değerinin üzerinde bir fiyattan satın alırsa o takdirde işlem caizdir. Şeybânî ise İbn Mes'ûd'dan aktardığı yukarıdaki rivayetin zahirine dayanarak vasînin, her halükarda yetim malından kendisi için bir şey satın almasının caiz olmadığını söylemektedir. Ebû Yûsuf da ilk görüşü de bu yöndedir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/37, 46.

⁶²⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 3/22; a.mlf., *el-Âsâr*, 2/738.; Abdürrezzak, *el-Musannef*, 8/145; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/327. Karz mahiyeti itibarıyla ödünç alanın yararına olunca, burada yarar temin edilmesi yasak olduğu bildirilen tarafın ödünç veren olduğu ifade edilmiştir. Bu lafızla rivayet Hz. Ali'den merfû olarak aktarılmışsa da senesinde metruk ve son derece zayıf bir ravi olan Sevvâr b. Mus'ab bulunduğu için hadisin şiddetli zayıf olduğuna hükmedilmiştir. İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî ve Gazzâlî hadisin sahih olduğunu söylemişlerse de hadisçiler tarafından bu kabul görmemiş, konuyla alakalı bu lafza yakın sahih bir merfû hadis bulunmadığı ifade edilmiştir. Sahâbeden İbn Mes'ûd, Übey b. Ka'b, Abdullah b. Selâm, İbn Abbas ve Fadâle b. Ubeyd'den bu konuda mevkuf rivayetler olduğu bildirilmiştir. Bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/571-573; Heysemî, *Bugyetü'l-bâhis 'an zevâ'idü Müsnedi'l-Hâris*, Hüseyin Ahmed Sâlih el-Bâkerî, Medine: Merkezü hidmeti's-sünne, 1413/1992, 1/500; İbn Hacer el-Askalânî, *Telhisü'l-habir*, thk. Ebû Âsım Hasan b. Abbas, Kahire: Müessesetü Kurtuba, 1416/1995, 3/80; Münâvî, *Feyzu'l-kadir Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr*, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1356, 5/28; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, 5/276. İbn Hazm,

14. Haccâc b. Ertât'ın (ö. 145/762) naklettiğine göre Atâ b. Ebî Rebâh, alacaklıya yarar sağlayan her ödöncü mekruh sayardı.⁶²¹

15. Muhammed b. Sâlim'in aktardığına göre Şa'bî, karz talebinde bulunan kişiye bir şey satmayı şart koşarak "sana ancak bir şey satarsam ödönc veririm" demenin mekruh olduğunu söylerdi.⁶²² Bu rivayeti inceleyen Serahsî'ye göre, Şa'bî burada îne satışının alacaklıya fayda sağlayan bir ödönc işlemi anlamına geldiği için mekruh olduğunu ifade etmek istemiştir. Mahiyeti itibariyle ödönc vermek şeriatta teşvik edilen bir davranış iken aldatmak haramdır. Birtakım cimri kimseler, borçlunun durumunu suistimal ederek teşvik edilen davranışlardan uzaklaşmaya ve yasaklanan faizli işlemlere de îne satışıyla girişmeye yönelmişlerdir. Bu hususta şöyle bir hadis aktarılmıştır: 'İne satışı yapar ve (cihadı bırakıp) öküzlerin kuyruklarına sarılırsanız (yani çiftçiliğe razı olursanız) zillete düşersiniz ve (düşmanlarınız tarafından) üzerinizde hüküm sürölmeye başlanır.'⁶²³

16. Zekeriyâ b. Ebî Zâide'den (ö. 149/767) şöyle aktarılmıştır: Şa'bî'ye, bir kadının diğerine on miskal kaliteli altın borç verdiği ama geri ödeme sırasında borçlu kadının elinde sadece kalitesiz altın bulunduğö için bu altından on iki miskal vermek istediğı şeklinde bir soru soruldu. Bunu mekruh olduğunu belirten Şa'bî şöyle dedi: "Elindeki (on iki kalitesiz) altını pazarda satıp yerine başka kaliteli (on) altın satın alarak ona versin."⁶²⁴ Bu rivayette, aynı türden faiz malları arasındaki kalite farkına itibar edilmeyip her halükarda miktar şartına uyulması gerektiğı ifade edilmiştir. Hanefî mezhebinin görüşü de bu doğrultudadır.⁶²⁵

Buraya kadar ele aldığımız ikisi merfû, sekizi mevkûf ve altısı maktû olmak üzere toplam on altı rivayet, Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eserinin sarf kitabının karz alt başlığı altında isnatlarıyla birlikte nakledilmiştir. Isnatlara bakıldığında Şeybânî'nin bu rivayetlerin tamamını, sarf kitabının diğer bölümlerinde olduğu gibi Ebû Yûsuf aracılığıyla rivayet ettiğı görölmektedir. Fakat buradaki nakiller,

alacaklının borçluya hediye vermesini veya başka bir fayda sağlayacak şeyi şart koşması durumunda ödönc işleminin haram olduğunu kabul etmekle birlikte "yarar sağlayan ödönc" ifadesini eleştirmiştir. Zira tüm ödönclerde alacaklı gerek malını geri tahsil ederek gerekse borçlunun minnettarlığını kazanarak bir yarar elde etmektedir. Dolayısıyla bu ifadeye göre bütün ödönc işlemlerinin yasak olması gerekirdi. Bk. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 6/359-361.

⁶²¹ Şeybânî, *el-Asl*, 3/24; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/327.

⁶²² Şeybânî, *el-Asl*, 3/22. Bu rivayet araştırılmasına rağmen başka yerde bulunamamıştır.

⁶²³ Ebû Dâvûd, "el-Büyû", 56; Serahsî, *el-Mebsûr*, 14/36. Hadis İbn Ömer'den merfû olarak aktarılmıştır. Peşin para elde edilmek istendiğı için bu işleme îne denildiğı ve hadiste geçen îne satışı yapmaktan kastın ise satış görüntüsü altında faizli helal saymak olduğu söylenmiştir. Bk. Remli, *Şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, 14/-376-384. Hadiste îne satışından bahsedildiğine göre bu satış çeşidinin, Peygamberimiz zamanında Araplar tarafından bilinen bir satış türü olduğu anlaşılmaktadır.

⁶²⁴ Şeybânî, *el-Asl*, 3/22. Bu rivayet araştırılmasına rağmen başka yerde bulunamamıştır.

⁶²⁵ Serahsî, *el-Mebsûr*, 11/52, 14/11.

Ebû Yûsuf'un *el-Asâr* adlı eserinde araştırılınca çoğunun orada geçmediği fark edilmiştir. Bu rivayetler içerisinde 6 numaradaki İbn Abbas'tan nakledilen mevkûf rivayet ile 15 ve 16 numaralardaki Şa'bî'den aktarılan maktû rivayetlere, Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eseri dışında bir eserde rastlanılmamıştır. Konuyla ilgili getirilen bu rivayetlerde, çoğunlukla mezhep görüşüne uygun olan nakiller getirilmekle beraber, bazen mezhep görüşüne uymayan görüşler de aktarılmıştır.

D. Terimsel Anlamı

Şeybânî, *el-Asl* adlı eserinin karza dair alt bölümünde karzı doğrudan tanımlamamışsa da karz işlemini kimin yapabileceği, işlemin nasıl gerçekleşeceği ve sonucunda oluşan hukuki durumu ve karz olarak verilebilecek malları belirtmek suretiyle dolaylı bir tarif yaptığı söylenebilir. Nitekim Şeybânî sahih bir karz akdini özetle köle, mükâteb, çocuk ve ma'tûhun dışındaki birinin, ya dinar, dirhem ve fels gibi para türünden ya da diğer veznî, keylî veya adediyyât-ı mütেকâribeden bir malı tür, kalite ve miktar açısından benzerini aynı yerde almak üzere birine ödünç olarak vermesi şeklinde anlatmaktadır. Şeybânî söz konusu bölümde karza konu olabilecek malları sayarken onların mislî olması gerektiğine dikkat çekse de tüketilebilir olma özelliğine doğrudan temas etmemiştir. Gerçi karza konu olabilecek dirhem, dinar, fels ve diğer mislî mallarda karz gibi âriyetin de caiz olduğunu, altın, gümüş ve diğer madenlerden yapılmış kaplar ile süs eşyaları, mücevherler, kumaş ve canlılarda sadece âriyetin caiz olup karzın caiz olmadığını belirtmişse de karza konu olacak malın, mislî olması yanında özellikle tüketilebilen bir mal olması gerektiğine değinmemiştir.⁶²⁶ Yine Şeybânî birden fazla yerde bizzat Ebû Hanîfe'nin karzı âriyet olarak değerlendirdiğini aktarmış,⁶²⁷ keylî mallar ile dinar, dirhem ve fels gibi veznî, yumurta ve ceviz gibi adediyyât-ı mütেকâribeden bir malın âriyet olarak verilmesi durumunda buradaki işlemin âriyet değil karz olacağını ve ödünç alanın bunların bizzat kendisini değil benzerini geri verme borcu altına gireceğini bildirmiştir.⁶²⁸ Şeybânî'nin diğer eserlerinde ise karza dair bir tanıma rastlanmamıştır.

⁶²⁶ Şeybânî, *el-Asl*, 3/17-20, 25-27, 31-33. Fakat bulûğa ermemiş mahcûr bir çocuğa tüketim ödünçü olarak bir mal verilmesi durumunda işlemin, Ebû Hanîfe ve Şeybânî'ye göre çocuğun malı tüketmesine ve itlaf etmesine izin anlamı taşıdığı için herhangi bir ödeme sorumluluğu doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bu meselede dolaylı olarak karz işleminin, verilen malın itlafına izin anlamı taşıdığı anlaşılmaktadır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/32, 8/435, 486; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/118-120, 14/41.

⁶²⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 3/19, 20, 57, 8/203, 212, 213, 456, 10/508.

⁶²⁸ Şeybânî, *el-Asl*, 8/456. Bunun gerekçesini ise şöyle açıklamıştır: "Belirli bir miktar paranın buğday veya cariyeye satın alma amacıyla âriyet olarak alınıp, ödünç alanın bu parayla buğday veya cariyeye satın alması durumunda, buğdaydan yiyecek yapıp yeme ya da cariyeyi cinsel birliktelik için kullanma hakkının

Kerhî (ö. 340/952) âriyeti, tazmine konu olmayan (عَئِيرَ مَضْمُون) ve tazmine konu olan (مَضْمُون) şeklinde iki kısma ayırmıştır. Ödünç verilen maldaki menfaatin icâre akdine konu olabilmesi durumunda, bu ödünçün tazmine konu olmayan âriyet kategorisine gireceğini ve bu tür malların ödünç alanın elinde emanet hükmünde olacağını söylemiştir. Kerhî, bu kategoriye giren bir ödünç işleminde maldan sağlanacak faydanın ödünç alana devredilmediğini (temlik), yalnızca kullanıma izin verildiğini (ibâha) belirtmektedir. Ödünç verilen maldaki yararın kira sözleşmesine konu olmasının caiz olmadığı hallerde ise böyle bir ödünçün, âriyet lafzıyla ifade edilse bile karz işlemi kapsamında değerlendirileceğini söylemiş, tazmine konu olan âriyet kısmında yer aldığı için malın teslimiyle birlikte ödünç alan kişinin malî sorumluluğu üstlenmiş sayılacağını ifade etmiştir.⁶²⁹ Şârih Kudûrî ise ikinci kısma giren ödünç işlemlerinde akdin sadece menfaat üzerinde değil, malın bizzat kendisi (ayn) üzerinde gerçekleştiğini ifade ederek, dinar ve dirhem gibi malların ödünç verilmesinin gerçek anlamda bir âriyet işlemi sayılmayacağını vurgulamış ve bu bağlamda Kerhî'nin tasnifini, sadece isim benzerliği üzerinden gerçekleştiğini söyleyerek eleştirmiştir.⁶³⁰ Kerhî'nin bu tasnifinin temelinde, Ebû Hanîfe'den aktarılan karzı âriyet olarak yorumlama görüşünün yer aldığı düşünülmektedir.

Cessâs (ö. 370/981) hocasının görüşüne paralel olarak âriyet konusunu iki ana kategoride ele almış, fakat tazmine konu olmayan âriyette menfaatin devredildiği görüşünü savunarak ondan farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Tazmine konu olan âriyette, menfaatin kira sözleşmesiyle devrinin caiz olmadığını belirtmiş ve bu kısmın aslında karz akdi niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Cessâs'ın buradaki açıklamalarından hareketle karz akdini şu şekilde tanımladığı sonucuna varılabilir: Karz akdi, konusu itibariyle ancak maddi varlığı tüketilerek faydalanılabilen ve menfaati icâre akdiyle temlik edilemeyen dinar, dirhem, fels gibi veznî ve keylî malları kapsayan, tazmine dayalı âriyet mesabesinde bir akittir. Ayrıca Cessâs, tazmine konu olmayan gerçek âriyetin, kullanım hakkının devriyle işlediğine dikkat çekmiş, karza konu mallardaki menfaatin ise ancak malın maddi olarak tüketilmesiyle elde edilebileceğini, dolayısıyla bu durumun ödünç veren açısından malın maddi olarak tüketilmesine izin verme anlamı taşıdığını söylemiş ve karz akdinin özünde bundan ibaret olduğunu ifade

bulunduğunu ifade ederek, bu durumu işlemin karz niteliği taşıdığına dair bir delil olarak sunmuştur.” Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 8/456.

⁶²⁹ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/512.

⁶³⁰ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/512.

etmiştir.⁶³¹ Cessâs'ın bu açıklamalarının, karza konu mallarda tüketilebilirliğe dikkat çekmesi açısından önemli olduğu düşünülmektedir.

Tazmine konu olmayan âriyette menfaatin devredildiği görüşünde olan Kudûrî, genelde tüketilerek kullanılan malların âriyet olarak verilmesi durumunda işlemin karz akdi olarak kabul edilmesinin gerekçesini, Cessâs'ın açıklamaları paralelinde şu şekilde izah etmiştir: Âriyet, malın menfaatinin ve kullanım hakkının devrini (temlik) gerektirmektedir. Tüketilerek kullanılan malların olağan kullanım şekli ise maddi olarak harcanıp tüketilmeleri suretiyle gerçekleşir. Dolayısıyla ödünç veren bu tür malları âriyet olarak verince bir bakıma tüketilmelerine de izin vermiş sayılır. Gerçek anlamdaki bir âriyet akdi, ödünç verilen malın aynen iadesini gerektirdiği gibi mecazen âriyet akdi de verilen malın mislen iadesini icap etmelidir. Bir şeyin misliyle ödenmesi karşılığında verilmesi ise karzdan başka bir şey değildir. Diğer yandan maldan yararlanma yalnızca maddi olarak teslimiyle elde edilebileceği için, gerçek bir âriyet akdinde kullanımın devredilebilmesi için malın maddi teslimi şart olduğu gibi, karz olarak verilen malın devri için de maddi teslim şart koşulmuştur. Ayrıca karz işlemi bir teberru türü olup zayıf bir milk sebebi olduğundan, akdi güçlendirecek ek sebep olmadıkça mülkiyetin devri için tam bir sebep teşkil etmez.⁶³² Alâeddin es-Semerkandî de (ö. 539/1144) âriyeti aynı şekilde sınıflandırarak konuyla ilgili benzer açıklamalar sunmuştur.⁶³³ Tazmine konu olan ve âriyet lafzıyla gerçekleştirilen karz işlemi hakkındaki bütün bu açıklamaların, kendine ait lafızlarla icra edilen karz işlemi hakkında da geçerli olmaması için bir sebep gözükmemektedir. O takdirde bu açıklamalardan karz işleminin, mahiyeti itibarıyla âriyet gibi menfaati ve malın kullanımını hedefleyen bir akit olduğu, âriyette mal maddî olarak aynen iade edildiği gibi ona benzeyen ve âdeta bir türü olan karzda da malın iadesinin gerektiği, fakat malın kendisinin tüketilmesinden ötürü iadenin mislen yapıp bunun aynen yapılmış gibi kabul edildiği ve malın misliyle iade borcunun esasen kullandırmanın gerçekleşebilmesi için bir zorunluluk olduğu anlaşılmıştır.

IV. asır Buhara Hanefî fakihlerinden Zendevisetî (ö. 382/992)⁶³⁴ karzı şöyle tanımlamıştır: “Karz, dinar ve dirhem gibi paraların veya başka mislî bir eşyanın,

⁶³¹ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/318-319.

⁶³² Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/515.

⁶³³ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2. bs., Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1414/1994, 3/178; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/215.

⁶³⁴ Ebû Ali Hüseyin b. Yahya b. Muhammed el-Buhârî ez-Zendevisetî el-Hanefî: *Ravzatü'l-'ulemâ ve Nazmü'l-fikh* adında eserleri vardır. Adının Ali b. Yahya olduğu söylense de bunun yanlış olduğu belirtilmiştir. Bk. Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vusûl ilâ tabakâti'l-fühûl*, thk. Mahmud Abdülkadir el-Arnaût, İstanbul: IRCICA, 2010, 2/59; Ziriklî, *el-A'lâm*, Beyrut: Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, 2002, 5/31.

daha sonra benzerini almak üzere ödünç verilmesidir.”⁶³⁵ Bu tanım, erken dönemde yapılmış olması açısından dikkati çekmektedir. Necmeddin en-Neseî (ö. 537/1142) ise karzı şöyle tanımlamıştır: “Karz, kişinin mallarından ayırarak verdiği muayyen (ayn) mala denir.”⁶³⁶ Neseî’nin yaptığı bu tanımın, karz işleminden ziyade karz konusu mala yönelik olduğu anlaşılmaktadır.⁶³⁷ Pezdevî karzı, “ihtiyaç sahibi kişinin zimmetinde bir bedel karşılığında mal üzerindeki mülkiyetin sona erdirilmesi” şeklinde tanımlamıştır.⁶³⁸

II. KARZ AKDİNİN GAYESİ

Şeybânî *el-Asl* adlı eserinin farklı yerlerinde Ebû Hanîfe’den, karz akdini açıkça âriyet olarak nitelendirdiğini aktarmıştır.⁶³⁹ Karzın, esasen malın menfaatini temlik gayesi için belirlenmiş bir akde benzetilmesi, karz akdinin de hukuk nazarında rakabeye yönelik değil, menfaate yönelik bir akit olduğuna dair yorumlara yol açmıştır. Nitekim *el-Esrâr* adlı eserinde karz akdini vadeye bağlamanın bağlayıcı olmayacağına dair meseleyi izah ederken Ebû Zeyd ed-Debûsî (ö. 430/1039), Şeybânî’nin bu nakline gönderme yaparak karzın âriyet mertebesinde bir sözleşme olduğunu, âriyetin ise menfaatin hibesine yönelik bir akit olduğu ve verilen malın faydası peyderpey elde edileceği için henüz elde edilmemiş menfaatlara ilişkin teslimin de gerçekleşmemiş sayılacağı, teslim öncesinde ise akde konu menfaat henüz oluşmadığından buna yönelik vade şartının da maddi mallarda olduğu gibi bağlayıcı olamayacağını belirtmiş, ariyete

⁶³⁵ Hüseyin b. Yahya ez-Zendevisetî, *Ravdatü'l-'ulemâ ve nüzhethü'l-fudêlâ*, thk. Beşir Berman, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2020, s. 504; Âlim b. Alâ, *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*, 18/250. Zendevisetî aynı yerde deyni de şöyle tarif etmektedir: “Deyn, belirli bir vadeyle birine yapılan satış işleminde söz konusu olur.” Bk. Zendevisetî, *Ravzatü'l-'ulemâ*, s. 504. Deyni sadece vadeye bağlı satışla sınırlandırmanın lügat ve istilah açısından eksik olduğu düşünülmektedir.

⁶³⁶ Neseî, *Tilbetü't-talebe*, s. 65, 141. Neseî, kişinin karz olarak vereceği eşyaya kefil olduğunda, vadeli satıştan doğan borcunun kefalet kapsamında değerlendirilmeyeceğini, ancak genel anlamda borçlarına kefil olduğunda karz almasıyla oluşan borcunun kefalet kapsamında kabul edileceğini ifade etmiş ve karz ile deyn arasındaki farkı kefalet bağlamında açıklamaya çalışmıştır. Bu durumu gerekçelendirirken “borç” (الدين) teriminin, hem sözleşme yoluyla zimmette sabit olan borçları hem de karz veya haksız fiil gibi sebeplerle doğan borçları kapsadığını belirtmiş, dolayısıyla deyn kavramının daha genel, karzdan doğan borcun ise daha özel bir anlam taşıdığını vurgulamıştır. Bk. Neseî, *Tilbetü't-talebe*, s. 141.

⁶³⁷ Sonraki dönemlerde farklı tanımlar da yapılmıştır. Örneğin, Muhammed b. Abdillâh et-Timurtâşî (ö. 1006/1598) karz akdini “belirli bir miktar misli malın, benzerini iade etsin diye başkasına verilmesi üzerine kurulu özel bir akit” olarak tarif etmiş, Muhammed Kadri Paşa (ö. 1306/1888) ise “tüketildiğinde benzeriyle geri ödenebilen misli eşyadan belirli bir mal, benzerini iade etsin diye birine vermek” şeklinde tanımlamıştır. Bk. İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/161; Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1308/1891, s. 112.

⁶³⁸ Fahrü'l-İslâm el-Pezdevî, *Şerhu'l-Câmii's-sagîr*, İstanbul: Topkapı Sarayı Müzesi Ktp., 3. Ahmed, No: 727, vr 283b.

⁶³⁹ Şeybânî, *el-Asl*, 8/203, 456, 10/508.<

benzediği için karz akdinde de vadenin bağlayıcı olmayacağı sonucuna varmıştır.⁶⁴⁰

Bu açıklamadan sonra Debûsî, karz akdinin neden bir tür âriyet olduğunu detaylıca izah etmeye çalışmıştır. Debûsî'ye göre karzın bir tür âriyet olarak kabul edilmesinin arkasında karz akdini sadece teberru ehliyetine sahip kişilerin yapma yetkisine sahip olması, karz işleminin iâre lafzıyla sahih biçimde kurulabilmesi, ödünç verilen malın mülkiyet devrinin teslimle gerçekleşmesi, karz akdi kapsamında ödünç verilen malın geri ödenecek olan karz bedeliyle değiştirilmesine şariat nazarında vade (nesâ') faizi nedeniyle muâvaza olarak bakılamaması ve ödünç verilen malın para olması durumunda tayin ve işaretle belirlenebilir olması gibi nedenler bulunmaktadır.⁶⁴¹

Bir kimsenin karz akdi kapsamında birine ödünç verebilmesi için, ehliyet açısından genel anlamda karşılıksız kazandırma işlemi (teberru) yapma yetkisine sahip olması gerekmektedir. Bunun şartı ise akıl ve bulûğdur. Bundan dolayı kısıtlı olmasalar bile köle, çocuk ve ma'tûhun (bunak) ödünç verme işlemleri geçersiz sayılır. Halbuki çocuğun, veli veya vasisinin izni veya icazetiyle yaptığı satış işlemi geçerlidir.⁶⁴² Diğer taraftan karz işleminin iâre (ödünç) ifadesiyle yapılabilmesi de karzın teberru olduğunu göstermektedir. Şayet karz işlemi, kanun koyucu nazarında rakabe mülkiyetinin devrini sağlayan bir akit olsaydı, icâre lafzıyla satış veya iâre kalıbıyla hibe sahih olmayacağı ve mülkiyet devri gerçekleşmeyeceği gibi, karzın da menfaat mülkiyetinin devrini sağlayan iâre ifadesiyle kurulması mümkün olmazdı. Yine, karz verilecek malın mülkiyet devrinin akitle değil, teslimle gerçekleşmesi de bir başka gerekçedir. Çünkü muâvaza akitlerinin karakteristik özelliği, mülkiyetin akitle devredilebilmesidir. Diğer bir sebep ise karz işleminin, ödünç verenin verdiği ile ileride geri ödeme olarak alacağına benzer bir malın değişimi anlamında bir muâvaza akdi olarak değerlendirilmemesidir. Zira karz işlemi şariat nazarında bir muâvaza akdi sayılıysaydı, özellikle ödünç verilen malın altın veya gümüş para olması durumunda, işlemin sarf akdi kapsamında değerlendirilmesi ve sahih bir şekilde gerçekleşebilmesi için bedellerin aynı mecliste karşılıklı olarak teslim edilmesi gerekirdi. Oysa karz akdiyle ilgili olarak böyle bir şart hiçbir görüşe göre yoktur. Ayrıca karz olarak verilecek malın para olması durumunda, işaret ve tayinle belirli hale gelmesi de karzın muâvaza olmadığını göstermektedir.⁶⁴³ Zira

⁶⁴⁰ Debûsî, *el-Esrâr*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, no: 751, vr. 133b (krş. Salim Özer tahkiki, s. 884.)

⁶⁴¹ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 133b (krş. Salim Özer tahkiki, s. 884.)

⁶⁴² Şeybânî, *el-Asl*, 3/32; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/41, 21/148.

⁶⁴³ Burada ayn değil deyn olan karz bedelini kastetmediği açıktır. Fakat karz isteyene ayn olarak verilen

muâvaza akitlerine konu olan paralar tayinle belirli hale gelmez.⁶⁴⁴

Karz akdinin teberru niteliğinde bir akit olduğunu yukarıdaki beş gerekçeyle açıklamaya çalışan Debûsî, bu işlemin sadece menfaatin devri amacıyla meşru kılındığı sonucuna ulaşmıştır. Hanefî mezhebine göre karz konusu olabilecek malların, hukuka aykırı olarak yok etmede (itlâf) olduğu gibi miktarı hacim (mekîlât) ve ağırlık ölçü birimiyle tespit edilen mallar (mevzûnât) ile hacim ve ağırlık ölçüsüne gerek olmaksızın miktarı birim sayısı ile belirlenebilen, birimlerinin piyasa değeri sabit olan aynı tür ve kalitedeki standart mallar (adediyyât-ı mütekâribe) ile sınırlı olduğunu, bunların dışındaki gayrimisli mallarda karz işleminin sahih olmadığını ifade ettikten sonra, söz konusu misli mallarda menfaatin rakabeden ayrılmadığına ve ödünç alınan maldan istenilen faydanın elde edilebilmesinin malın maddî olarak tüketilmesine bağlı olduğuna dikkat çekmiştir. Uygulama sahası, elde edilmek istenilen yararın maddî varlığından ayrılmadığı mallarla sınırlı olan karz işleminin, bu tür malların menfaatlerinin devri amacıyla meşru kılınmış olması ise bu malların maddî varlıklarının, tüketildikten sonra iade şartıyla menfaatlerinin yerine geçmek üzere devredilmiş olduğunu göstermektedir. Fakat karz akdi âriyet mesabesinde olduğu ve âriyette ise maddî varlığı kalmakla birlikte menfaatten faydalanılabilen ödünç malların geri verilmesi gerektiği için, karz olarak verilen malın da aynen iade edilmesi gerekir. Karzda maddeten tüketildikten sonra malın iadesi ise, ancak geri ödenmesi gereken ve ödünç alınan malın maddî varlığının yerini tutan zimmetteki başka bir malla tasavvur edilebilmektedir. Âriyet akdi ödünç verilen malın telef olmasıyla geçersiz hale geldiği gibi, onun mertebesinde olan karz akdinde de ödünç verilen malın tüketilmesiyle akdin geçersiz olmaması için,

dirhemlerin tayinle taayyün etmesinin hukuki açıdan ne gibi bir semeresi olduğu tam olarak anlaşılamamıştır. Zira dirhemler, ödünç olarak teslim edilmeden önce ödünç verenin mal varlığına dahildir. Dolayısıyla ödünç veren, teslimden önce bunları bir başkasıyla değiştirip verebilir. Ödünç isteyen, ödünç verenin belirli dirhemlerine işaret ederek özellikle onların verilmesini istese ve ödünç veren bunların yerine başkasını verse ödünç isteyen buna dair herhangi bir tazyik hakkı yoktur. Diğer taraftan ödünç verilen dirhemler teslim alınmış olup henüz tüketilmeden ödünç veren tarafından geri istenirse bu durumda teslimle dirhemlerin mülkiyeti ödünç alana geçmiş olduğu ve mislini iade borcu zimmetinde tahakkuk ettiği için zâhirü’r-rivâye olan görüşe göre dirhemler taayyün etmez. Ancak Ebû Yûsuf’tan aktarılan bir görüşe göre ödünç verilen mal tüketilmeden önce ödünç verenin mülkiyetindedir. Dolayısıyla ödünç alanın elinde henüz tüketilmemiş olan dirhemlerin aynen geri istenilmesi durumunda bu rivayete göre aynen iadesi gerekir. Debûsî’nin dirhemlerin tayinle taayyün edeceğini söylemesi, Ebû Yûsuf’un görüşünü tercih ettiği şeklinde yorumlanmaya uygun gibi gözükmektedir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 126b, 133b; (krş. Salim Özer tahkiki, s. 868, 884); Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i’*, 7/396. Başka bir açıdan bakılırsa bu ifadeyle, muâvaza değil de teberru akdi olması bakımından karz akdine konu malın tayinle taayyün edeceğini ve karzın bir akit olarak teslim öncesinde borç doğurmadığını belirtmiş olabilir.

⁶⁴⁴ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 133b (krş. Salim Özer tahkiki, s. 884.) Bir başka yerde karz akdinin iâre mertebesinde bir akit olduğunu, faydası fiziksel varlığından ayrılarak iâre yoluyla menfaati temlik edilebilen malların rakabe veya menfaat mülkiyetlerinin karz ifadesiyle devredilememesiyle istidlâl etmiştir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1428.

ödünç alanın zimmetindeki borcun, aldığı malın maddî varlığının yerine geçtiği kabul edilmiş, zimmetin varlığı da menfaatin yerini tutan rakabenin devamı olarak görülmüştür.⁶⁴⁵

Debûsî'ye göre karz bedeli borcunun, malın maddî varlığının yerine geçerek kişiye sabit olması yönünde bir yoruma gidilmesinin nedeni, karz akdinin ancak farklı bir akdin örnek alınması durumunda şeriata uygun biçimde kurulabilmesidir. Bu akit de âriyet sözleşmesidir. Âriyet olarak ödünç verilen malın iadesi, yalnızca fiziksel olarak durduğu sürece gerekli olup, kasıt ve kusur olmadan zayı olan malın tazmin edilmesi gerekmez. Bir tür âriyet olarak değerlendirildiği ve bu kapsamda verilen malın iadesi gerektiği için, karz akdinde ödünç verilen mal, iade zorunluluğu açısından hükmen mevcut kabul edilir. Karzdan doğan borcun ibrasının sahih olması, onun ayn değil gerçek bir borç (deyn) sayıldığını gösterse de karz akdi kapsamında geri verme yükümlülüğünü ortaya koyabilmek ve tutarlı biçimde açıklayabilmek için, tüketilmiş olsa bile malın maddeten mevcut gibi kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde karz bir tür âriyet sayıldığına göre, sözleşme uyarınca ödünç verilen malın tüketilmesi durumunda aynen âriyette olduğu gibi geri ödeme zorunluluğunun olmaması gerekirdi. Bu ise herkese göre işlemin hukukî sonuçlarına aykırı bir durum teşkil eder.⁶⁴⁶ Görüldüğü gibi Debûsî, mezhep imamlarından gelen nakiller doğrultusunda karz akdinin mahiyetini, bir teberru işlemi olan âriyet akdine paralel biçimde açıklamış, karzın bir muâvaza akdi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Karz akdinin menfaatin devrine yönelik bir akit olduğuna dikkat çeken Debûsî, maddî varlığı devam ederken yararlanmanın mümkün olmadığı mallarda karz akdinin meşru olması sebebiyle fiziksel varlığın menfaat yerine geçerek mülkiyetinin devredildiğini, tüketildikten sonra aynı malın iadesi imkânsız olduğu için benzerini ödeme borcunun oluştuğunu, bu borcun ise malın fizikî varlığının yerini aldığını ifade etmiştir.

Debûsî yine *el-Esrâr* adlı eserinde, âriyet gibi karz akdinin de asli amacının faydaya yönelik olduğunu ve icmâ ile bir teberru sözleşmesi olarak kabul edildiğini ifade ettikten sonra, işlemi “malın maddî varlığının benzeri (misli) karşılığında temlik” olarak değerlendirmenin teberru olmasıyla çelişeceğine işaret etmiştir.⁶⁴⁷ Ayrıca karz olarak verilen mal ile geri verilecek mal arasındaki

⁶⁴⁵ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 133b-134a (krş. Salim Özer tahkiki, s. 884-885.)

⁶⁴⁶ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 134a (krş. Salim Özer tahkiki, s. 885.)

⁶⁴⁷ Kudûrî'nin benzer açıklamalarına binaen Debûsî'nin böyle bir çelişkiye dikkat çekmiş olması muhtemeldir. Bk. Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590. Nitekim Debûsî'nin, *el-Esrâr* adlı eserinin farklı yerlerinde “bazı kimseler” (البعض) ifadesiyle Kudûrî'yi kastetmiş olabileceği düşünülmektedir. Krş. Kudûrî, *et-Tecrîd*,

benzerliğin akitle değil, teslim sırasında ele geçenle belirlendiğini söyleyen Debûsî, bu açıdan karz bedeli borcunun mala yönelik haksız fiilden (itlâf) doğan tazmin borcuna benzediğine dikkat çekmiş ve tazmin borcunun aynı türden misli bulunan mallarda misli ile ödendiği gibi, karz akdinin de sadece misli mallarda geçerli olduğunu belirtmiştir. Şâfiîlerin, karzı görünüşe bakarak hibeye benzettiklerini ve malın fiziksel varlığını temlike yönelik bir akit olmasından hareketle karzın birtakım gayrimisli malda da gerçekleşebileceğini söylediklerini bildirmektedir.⁶⁴⁸ Âriyet akdine konu olabilecek malların karz lafzıyla ödünç verilemeyeceğini belirten Debûsî bunu, aslında âriyete konu olabilen malların menfaatlerinin, rakabeden ayrı olarak devredilebilmesi bakımından, karza konu malların faydalarından üstün olmasıyla açıklamıştır.⁶⁴⁹

Cessâs *Ahkâmü'l-Kur'ân* adlı eserinde, karz akdinde vade şartının geçersiz olma nedenini açıklarken işlemin hem hibe hem de âriyetle benzerliğine temas etmiştir. Karz akdinin, sadece fiilen teslim alındığında sahih şekilde kurulan bir teberru akdi olması bakımından hibeye benzediğini söyleyen Cessâs, dirhem gibi malların âriyet olarak verilmesinin karz sayılmasından hareketle de karzın âriyete benzediğini belirtmiştir.⁶⁵⁰ Cessâs'ın buradaki açıklamalarından karzın bir açıdan aynın temliki, diğer açıdan menfaatin temliki olarak değerlendirildiği ve aynın temliki yorumunun sadece Şâfiîlere özel olmadığı anlaşılmaktadır. Fakat Cessâs *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî* adlı kitabında, yalnızca maddî varlığı tüketilerek yararlanılabilen mallarda menfaatin temlik edilmesi durumunda bunun, faydanın yanı sıra malın fiziksel varlığının tüketilmesine de izin verme anlamı taşıdığını ve bu açıdan karzın bir tür âriyet olduğunu açıkça belirtmiştir.⁶⁵¹

Kudûrî'nin karzı, doğrudan âriyet olarak nitelendirmeyip “malın misli karşılığında temliki” olarak tanımlaması dikkat çekicidir.⁶⁵² Kudûrî, karz ile âriyet karşılaştırmasını yaparken bu akitler arasındaki farkı iki şekilde izah etmiştir. Bu bağlamda karz konusu malın, ivaz karşılığında mülkiyetinin devralınması maksadıyla teslim alındığını ve geri verme yükümlülüğünün bu niyetten kaynaklandığını; âriyette ise malın, mülkiyetin devri amacı taşımaksızın sahibinin izniyle kabzedildiği için alan kimsenin elinde emanet sayıldığını ve işlemiden dolayı aynen iade dışında bir yükümlülük doğmadığını belirtmiştir.

thk. Muhammed Ahmed Sirâc ve Ali Cuma Muhammed, Kahire: Dâru's-selâm, 1425/2004, 8/3810, 12/6290; a.mlf., *el-Muhtasar*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418/1997, s. 124; Debûsî, *el-Esrâr* s. 1267; a.mlf., *el-Esrâr* İstanbul: Süleymaniye Ktp., Ayasofya, no: 751, vr. 718a.

⁶⁴⁸ Şâfiîlerin görüşü için bk. Ebû İshak eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fi fihhi'l-İmâm eş-Şâfi'î*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1416/1995, 2/ 83.

⁶⁴⁹ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 134b (krş. Salim Özer tahkiki, s. 886.)

⁶⁵⁰ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/188-189.

⁶⁵¹ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/319.

⁶⁵² Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/590.

İkinci açıklamasına göre “karz” terimi, benzer (misil) bir malın borç olarak zimmette sabit olduğunu göstermek için kullanılmakta olup alınan malın benzerini iade etme borcu lafızdan kaynaklanmaktadır.⁶⁵³ Ayrıca karzın teberru akdi olduğunu, ancak işlemdeki asıl amacın ileride geri alınacak olan karşılık (ivaz) olduğunu ifade etmiştir.⁶⁵⁴ Belirsiz bir ivazın şart koşulduğu hibenin meşruiyetini ele alırken, bu işlemin karz akdi gibi malın fiziksel varlığını temlike yönelik bir akit olduğunu ve her ikisinde de teslimin gerçekleşmesiyle mülkiyetin devredildiğini belirtmiş, bu nedenle ivaz koşulunun sözleşmenin ruhuna aykırı olmadığını savunmuştur.⁶⁵⁵ Diğer taraftan âriyetin Kerhî tarafından yapılan ikili tasnifine karşı çıkmış; tüketilerek kullanılabilen malların âriyet ifadesiyle ödünç verilmesini mecazi bir kullanım olarak değerlendirip bu işlemin aslında karz anlamına geldiğine dikkat çekmiştir.⁶⁵⁶ Bu açıklamalardan yola çıkarak, Kudûrî’nin karz akdini dolaylı olarak ivaz şartlı hibeye benzettiği ve geri verme borcunun ya akdin isminden ya da akdin mahiyeti gereği mevcut olan zımnî bir şarttan kaynaklandığını öne sürdüğü söylenebilir. Ayrıca geri ödeme borcunu “bedel” değil de “ivaz” lafzıyla ifade etmesi, teberru olduğunu açıkça belirtmesine rağmen akdi muâvaza olarak kabul ettiğini düşündürmektedir.

Debûsî ise karzın ittifakla teberru akdi sayıldığına dikkat çektikten sonra işlemin, benzeri (misil) karşılığında aynın temlik olarak değerlendirmenin, akdin teberru olarak yorumlanmasına aykırı olacağını belirtmiştir. Ayrıca söz konusu değerlendirmenin kabul edilmesi durumunda bile yükümlülük kapsamında geri verilecek malın benzerliğinin akitte şart koşularak belirlenmediğini, teslim esnasında ele geçenle tespit edildiğini, dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan tazmin borcu gibi sayıldığını, bundan dolayı karzın sadece misli mallarda geçerli olduğunu öne sürmüştür.⁶⁵⁷ Diğer bir yerde Ebû Yûsuf ve Şeybânî arasında ihtilaflı bir meseleyi açıklarken Debûsî, karz akdi kapsamında alacak hakkının temlik şartıyla kazanıldığı şeklindeki Ebû Yûsuf’un görüşünü destekleyen bir yoruma karşı çıkmış, buradaki alacak hakkının ödünç verilen maddî maldaki mülkiyet hakkının yerini doldurmak ve kaybolan bu hakkı telafi etmek için doğduğunu, bundan dolayı verdiği aynın karşılığında mislini alma hakkı kazandığını belirtmiştir. Ayrıca verilen aynın ileride verilecek misliyle değiştirilmesi şeklinde görünüşte gerçekleşen mübadelenin, tarafların irade beyanlarıyla oluşturulmadığını, aksine işlemin zorunlu bir hukukî sonucu

⁶⁵³ Kudûrî, *et-Tecrid*, 7/3288.

⁶⁵⁴ Kudûrî, *et-Tecrid*, 7/3833.

⁶⁵⁵ Kudûrî, *et-Tecrid*, 7/3840.

⁶⁵⁶ Kudûrî, *et-Tecrid*, 7/3290-3291; *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/512.

⁶⁵⁷ Debûsî, *el-Esrâr* (Murad Molla, 751), vr. 134b (krş. Salim Özer tahkiki, s. 886.)

olduğunu beyan etmiştir. Mahiyeti açısından karz işleminin aslında, ödünç alınan malı tüketmek anlamına gelen teaddî (kasıt/zarar veren eylem) ve alınanın iadesi etaplarından oluşan bir hukukî işlem olduğunu söylemiş, bir mübadele ve muâvaza işlemi olmadığına dikkat çekmiştir.⁶⁵⁸

Serahsî, karz akdinin vade şartına bağlanmasının hükmünü açıklarken zıt görüşleri aktardıktan sonra, sorunun çözümünde iki farklı yaklaşımın (tarik) bulunduğunu belirtmiştir. Birinci yaklaşıma göre ödünç veren, teberru işlemi gerçekleştiren kimse mertebesindedir. Bu yüzden çocuk, köle ve ma'tûh gibi teberru işlemi gerçekleştirme ehliyeti bulunmayan kimselerin ödünç vermeleri geçersizdir. Dolayısıyla karz akdinde vade şartının ödünç vereni bağlayıcı olması, vade bitene dek talep hakkından vazgeçmesi anlamına geleceği ve teberru niteliğindeki işlemin yapısına aykırı bir durum ortaya koyacağı için bağlayıcı sayılmamaktadır.⁶⁵⁹ İkinci yaklaşıma göre karz işlemi âriyet mesabesinde bir akit olup karz bedeli borcu ayn hükmünde sayıldığı için, fiziksel olarak elde bulundurulmuş mallar vadeye bağlanmadığı gibi karz akdinde de vade şart koşulamaz. Aynı şekilde karz bedeli borcu ayn hükmünde sayıldığı için, ödünç vermekle kişinin borç üzerindeki yetkisi sona ermez. Dolayısıyla vade dolana kadar talep hakkından vazgeçme anlamına gelen vade şartı, bu yetkiye ters düşeceği ve teberru işleminin ruhuna aykırı olacağı için bağlayıcı değildir.⁶⁶⁰ Birinci yaklaşıma göre karz akdinin, özel olarak âriyet olarak değil de genel olarak teberru işlemi şeklinde nitelenmesi, ikinci yaklaşımda ise özellikle âriyet mertebesinde olduğunun vurgulanması, birinci yaklaşıma göre karz akdinin hibe olarak düşünülebileceğini akla getirmektedir. Ayrıca ikinci yaklaşıma göre karz bedeli borcu “ayn” hükmünde kabul edilirken birinci yaklaşımda böyle bir zorunluluktan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla Serahsî, bu iki farklı yaklaşım tarzıyla karzın iki farklı yorumuna işaret etmiş olabilir. Kâsânî de vade şartının bağlayıcılığı konusunda karz bedeli borcu ile diğer borçlar arasındaki farkı bu iki yaklaşımla izah etmeye çalışmıştır.⁶⁶¹

Bir kısım Hanefî mezhebi kaynaklarında, karz akdinin aslında bir âriyet akdi olduğu söylemine ve doğrudan malın menfaatini temlike yönelik bir akit olarak nitelenmesine rağmen,⁶⁶² mezhep kaynaklarının çoğunluğunda karz akdinin bey' ve sarf gibi muâvaza akitlerinin alt başlığı olarak getirilmesi ise ilginçtir.⁶⁶³ Bu

⁶⁵⁸ Debûsî, *el-Esrâr* s. 1091.

⁶⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/33.

⁶⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/33.

⁶⁶¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/396.

⁶⁶² Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 10/496, 12/100.

⁶⁶³ Örnek olarak bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/20; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/589; Suğdî, *en-Nütef*, 1/493; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/35; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, 3/35. Kâsânî, karzı müstakil ana bölüm (كتاب)

durum sadece Hanefî mezhebiyle sınırlı olmayıp diğer mezheplerde de genelde böyledir.⁶⁶⁴ Karzın görünüş itibariyle sarfa benzemesi veya isim olarak selem ile aynı anlama gelen “selef” teriminin kendisi için de kullanılması, bu akdin muâvaza akitleri arasında ele alınmasını bir yere kadar izah ettiği düşünülmektedir. Diğer bir bakış açısına göre, Allah rızası için Müslüman kardeşine yardım etme niyetiyle yapılması durumunda ibadet olarak da nitelendirilebilecek olan karz işleminin, daha çok malî konulara ilişkin muâmelât bahislerinde, özellikle de satım akdi bölümü altında ele alınması, karzın satıma münasebeti ve uygunluğuyla açıklanmıştır.⁶⁶⁵ Muhtemelen buradaki uygunlukla da iki akit arasındaki görünüş itibariyle benzerlik kastedilmektedir.

A. İstikrâzın Zekâtta Nisaba Etkisine İlişkin Mesele Üzerinden Karz Akdinin Amacını Tespit

Hanefî mezhebi kaynaklarında farklı konu başlıkları altında karzın ticari bir işlem olup olmadığı, muâvaza sayılıp sayılamayacağına dair görüş ayrılıkları aktarılmıştır. Örneğin, altın ve gümüş dışındaki bir malı (urûz) ödünç almanın (istikrâz) ticari bir işlem olup olmadığı hususunda Hanefî mezhebi meşâyihî arasında görüş ayrılığı meydana gelmiştir. Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eserindeki bir meselede, sadece iki yüz dirhemi bulunan bir kimse henüz sene dolmadan, ticaret yapma niyeti olmaksızın beş ölçek buğday⁶⁶⁶ ödünç alıp kenara koysa ve buğdayı tüketmeden yıl tamamlansa bu kişinin zekât vermesinin vacip olmadığı beyan edilmiş ve bu mesele ihtilafın çıkış noktası olarak gösterilmiştir.⁶⁶⁷ Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı kitabının şârihlerinden

olarak ele almış az sayıdaki alimlerden birisidir. Elimizdeki matbu nüshalarda karz bölümü kitabın en sonunda yer alsa da bir kısım yazma eserde karz bölümü “kitâbü'l-büyü”dan sonra yer almaktadır. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 7/394; a.mlf, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, İstanbul: Millet Ktp., Feyzullah Efendi, No: 678, vr. 141b. Mezhep imamı tarafından âriyet olarak nitelenen karz akdinin, mezhep kaynaklarında âriyet bölümünde veya bu bölümün peşine getirilmesi beklenirdi. Nitekim Kerhî'nin *Muhtasar*'ından itibaren âriyet başlığı altında karzın bir tür âriyet olarak ele alındığı aktarılmıştı. Fakat Hanefî mezhebi kaynaklarında karzı âriyetin içerisinde bir alt başlık veya onun peşine ana başlık olarak ele alındığına son döneme kadar rastlanmamıştır. Son dönem âlimlerinden Muhammed Kadri Paşa (ö. 1306/1888) karzı, ayrı bir ana bölüm olarak âriyet kitabının peşinde ele almıştır. Bunda Fransız hukuk sisteminin etkisi olduğu söylenebilir. Bk. Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/512; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, s. 112. Karz satım ve sarfın dışında mudârebe ve kerahiyet gibi bölümlerde de ele alınmıştır. Bk. Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Kahire: Matba'atü'l-istikâme, 1356, s. 342; Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 8/115.

⁶⁶⁴ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Ma'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, thk. Hamîş Abdülhak, Mekke: el-Mektebetü't-ticâriyye, ts., 2/998; Şîrâzî, *el-Mühazzebe*, 2/81; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1388/1968, 4/235.

⁶⁶⁵ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/500.

⁶⁶⁶ Beş ölçek buğdayın kıymeti yaklaşık beş dirhem olmalıdır.

⁶⁶⁷ Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, s. 24; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/12; Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehira*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1440/2019, 2/502-503; Şihâbüddin eş-Şelebî, *Hâşiyetü Tebyîni'l-hakâik*

Fahru'l-İslâm el-Pezdevî (ö. 482/1089),⁶⁶⁸ Hanefî meşâyihinden bir kısmının meselede geçen “ticaret niyeti olmaksızın ödünç alsa...” ifadesinin mefhûm-i muhâlifinden yola çıkarak, satın alma işlemine benzer şekilde karşılıklı bedellerin değiştirilmesi söz konusu olduğu için karz işleminde ticaret niyetinin geçerli olduğu sonucuna vardıklarını aktarmıştır.⁶⁶⁹ Bu çıkarımın yanlış olduğunu ve böyle bir mefhûm-i muhâlifle delil getirilemeyeceğini öne süren Pezdevî, zâhiru'r-rivâye olan görüşe göre hibe ve sadaka gibi değerlendirilerek karz işleminde de ticarete niyet etmenin geçersiz olması gerektiğini söylemiş, bunun gerekçesi olarak da karzın âriyet mesabesinde olup işlemdeki alacak hakkının ayn mertebesinde olduğunu ifade ederek kıyasa en uygun olan görüşün bu olduğunu belirtmiştir. Ayrıca hibe ve sadaka gibi mübadele anlamında olmayan işlemlerde ticarete niyet etmenin geçerli olacağına dair zâhiru'r-rivâye dışında Ebû Yûsuf'a ait bir görüş⁶⁷⁰ aktarıldığına işaret etmiştir.⁶⁷¹ Pezdevî, *el-Câmi'u'l-kebir*'de

(*Tebyinü'l-Hakâik* ile birlikte), Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1313, 1/257; İbn Âbidîn, *Minhatü'l-hâlik 'ale'l-Bahru'r-râ'ik*, Kahire: el-Matba'atü'l-ilmîyye, 1311, 2/225-226; a.m.lf., *Reddû'l-muhtâr*, 2/274.

⁶⁶⁸ Burhaneddin el-Buhârî *ez-Zehîra*'da, karzın âriyet olduğu için ticaret niyetinin etkisi olmayacağı yönündeki esah olarak zikrettiği görüşü “Şeyhu'l-İslâm” lakabıyla bir Hanefî fakihine nispet etmektedir. Bu lakapla meşhur iki kişiden biri olarak zikredilen (Bk. Ahmed en-Nakîb, *el-Mezhebü'l-Hanefî*, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1422/2001, 1/319.) Ali b. Muhammed el-İsbîcâbî'nin (ö. 535/1140) *Şerhu'l-Câmi'u'l-kebir* adlı eserinin ilgili yerinde böyle bir ifadeye rastlanmamıştır. Bu lakapla meşhur diğer kişi ise Ebû Bekir Hâherzâde (ö. 483/1090) olup onun bu adla olan eserinin ilgili kısmına ulaşamamıştır. Fakat ilgili kaynaklarda aktarılan görüş ve gerekçeler, Pezdevî'nin *Şerhu'l-Câmi'u'l-kebir* adlı eserinde neredeyse aynı ifadelerle geçmektedir. Krş. Fahru'l-İslâm el-Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'u'l-kebir*, Kastamonu: Kastamonu İl Halk Ktp., No: 3530, vr. 32b-33a; Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehîra*, 2/502. Aynı tarihlerde yaşamış iki kişiden aynı ifadelerin sadır olması imkân dahilinde ise de bu görüşün Pezdevî'ye ait olduğu kanaati ağır basmaktadır.

⁶⁶⁹ Sonraki dönemlerde Kâsânî ve İbn Nüceym gibi âlimlerin bu görüşü tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/12; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râ'ik*, 2/225; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 2/274.

⁶⁷⁰ İbn Âbidîn, bu meseledeki karzın iâre sayıldığı ve ticaret niyetinin geçerli olmadığına dair görüşün, karz verilen malın ödünç alanın mülkiyetine üzerinde gerçekleştirdiği tasarrufla geçebileceğine dair Ebû Yûsuf'un görüşüne dayandığını iddia etmiştir. Hatta ödünç alan aldığı malı tüketmeyip ödünç alana satmak istese bu işlemin Ebû Yûsuf'a göre caiz olup Ebû Hanîfe ve Şeybânî'ye göre caiz olmayacağını öne sürmüştür. Bk. İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 2/274. İbn Âbidîn'in bu temellendirmesinin yanlış olduğunu düşünüyoruz. Zira yukarıdaki meselenin Ebû Yûsuf'un bu görüşüne göre tasviri durumunda ilgili kişinin zekât vermesi gerekir. Nitekim sadece iki yüz dirhemi bulunan bir kimse henüz sene dolmadan, ticaret niyeti olmaksızın beş ölçek buğday ödünç alıp buğdayı tüketmeden yıl tamamlanırsa Ebû Yûsuf'a göre, tüketmeden önce buğdayın mülkiyeti ödünç alana geçmeyeceği, dolayısıyla da bunun karşılığında bir borç oluşmayacağı için, kişinin nisap miktarı olarak iki yüz dirhem parası bulunup bunu eksiltten bir borcu olmayacaktır. Dolayısıyla mesele Ebû Yûsuf'un bu görüşüne değil, yukarıda aktarıldığı gibi zekât konusunda hibe ve benzeri işlemlerde ticaret niyetinin geçerli olduğuna dair görüşüdür. Ayrıca ödünç alanın, aldığı malı tüketmeyip ödünç alana satmak istemesi durumunda işlemin Ebû Hanîfe ve Şeybânî'ye göre caiz olmayacağını iddiası da ilerideki kendi aktarımıyla çalışmaktadır. Bk. İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/164. Zira onlara göre ödünç alınan malın mülkiyeti teslimle birlikte ödünç alana geçtiği ve benzeri (misil) iade borcu aynı anda doğduğu için, malın ödünç verene ilişkin kesilmiş olup ödünç alan kendi malını satmaktadır.

⁶⁷¹ Bu görüş için bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/12; Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehîra*, 2/501. Ebû Yûsuf'un bu görüşü, onun hibe gibi işlemleri ticarî işlem saydığı anlamında ele alınmamış, ibadet konularında ihtiyata binaen, karşılıksız da olsa mal elde etmenin ticarî işleme katılması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır. Bk. Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehîra*, 2/501.

geçen meseledeki “ticaret niyeti olmaksızın...” ifadesinin ise ödünç veren için getirilmiş bir kayıt olduğunu iddia etmiş; meselede geçen beş ölçek buğdayın işlemiden önce ödünç verenin elinde ticaret niyetiyle bulunması ve karz işlemi feshedilip buğday aynen iade edilmesi durumunda ödünç verenin ticarî mal olarak zekat nisabına dahil etmesi gerektiği şeklinde bir yoruma gitmiştir.⁶⁷²

B. Üçüncü Şahıstan İstikrâzın Diğer Ortağı Bağlayıp Bağlamayacağı Üzerinden Karz Akdinin Gayesini Belirleme

İnan şirketi ortaklarından birinin karz kapsamında borçlanması ortakların her ikisini bağlayıp bağlamayacağı hususu da tartışılmıştır. Bir görüşe göre karz olarak borç almanın (istikrâz) ticarî bir işlem olup, ödünç alanın aldığı mala sahip olması ve aynı anda benzerini verme borcu altına girmesi bakımından gerçekte bedellerin karşılıklı değiştirilmesi (mübâdele/muâvaza) anlamına geldiği, dolayısıyla işlemin sarf veya âriyet olarak ödünç almadan farksız olduğu iddia edilmiştir. Bununla birlikte bu görüşü aktaranlar, tüketim ödünç vermenin (ikrâz) anlık bir karşılığı olmadığı için teberru kapsamında değerlendirildiğini vurgulamışlardır.⁶⁷³ Fakat bu tasvirin, şirket malı elinde olan ortağın, malın bir kısmını üçüncü bir şahıstan karz olarak ödünç aldığını ikrar etmesiyle ilişkili olduğu söylenmiş ve meselenin akit şirketiyle değil, milk şirketi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷⁴

Sahih olduğu vurgulanan diğer görüşe göre ise inan şirketi ortaklarından birinin üçüncü bir şahıstan karz olarak ödünç alması diğer ortağı bağlamayacağı gibi ortaklardan birinin diğerine borç almasına yönelik talimatı da geçersizdir. Ödünç veren alacağını sadece ödünç alan ortaktan isteyebilir, diğerinden talep hakkına sahip değildir. Zira ödünç alma işlemi, ticarî bir işlem olarak değerlendirilmediği gibi bu hususta verilecek olan vekalet de geçersizdir.⁶⁷⁵

⁶⁷² Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'u'l-kebir* (Kastamonu, 3530), vr. 32b-33a; Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehira*, 2/502. *Zehira*'da meşâyihin görüş ayrılığının temelinde, Ebû Yûsuf'un *el-Emâlî* adlı kitabında böyle işlemlerde ticaret niyetinin geçerli olduğunu ve Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebir* adlı kitabında ise ticaret niyetinin geçersiz olduğunu gösteren meselelerin yer aldığı bildirilmektedir. Bk. Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehira*, 2/502-503.

⁶⁷³ Ebu'l-Leys es-Semerkandî, *‘Uyûnü'l-mesâ'il*, Bağdat: Matba'atü Es'ad, 1386, s. 386-387; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/324-325; Velvâlicî, *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 1424/2003, 3/36; Râdiyüddin es-Serahsî, *el-Muhtû'r-radavî*, İstanbul: Millet Ktp., Feyzullah Efendi, No: 963, vr. 132b; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/72; Kâdîhan, *el-Fetâva'l-Hânîyye*, 2/280.

⁶⁷⁴ İbn Âbidîn, *el-'Ukûdü'd-dürriyye fî tenkihi'l-fetâva'l-Hâmidîyye*, Beyrut: Dâru'l-ma'rife, ts., 1/87-88; a.mlf, *Reddü'l-muhtâr*, 4/330-331.

⁶⁷⁵ Sadrüşşehid, *el-Vâkı'ât*, thk. Abdünnasır Hakîmî (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2018), s. 474; Velvâlicî, *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*, 3/37; Kâdîhan, *el-Fetâva'l-Hânîyye*, 3/614, 616; Burhaneddin el-Buhârî, *ez-Zehira*, 8/242; İbn Âbidîn, *el-'Ukûdü'd-dürriyye*, 1/87-88; a.mlf, *Reddü'l-muhtâr*, 4/330-331. Velvâlicî, bu görüşün sahih olduğunu belirtmiştir. Bk. Velvâlicî, *el-*

Nitekim Ebu'l-Leys es-Semerkindî (ö. 373/983), ortaklardan birinin diğerine borç alma konusunda izin verse bile zâhiru'r-rivâye olan görüşe kıyasla alınan borcun diğerini bağlamaması gerektiğini bildirmiştir.⁶⁷⁶ Burada zikredilenlerden anlaşıldığına göre Hanefî mezhebinde bir kısım fakihe göre istikrâz işlemi, ödünç alınan mal ile ileride ödenecek borcun değişimi (mübâdele/muâvaza) olarak değerlendirilmişse de mezhep içinde tashih edilen ve zâhiru'r-rivâyeye uygun olan diğer görüşe göre işlem, ticaret kapsamında değerlendirilemez. Zira istikrâzın muâvaza olduğunu savunanlar, ortakların yetkili olmadığı işlemler arasında ikrâz işlemini de zikretmişler ve ikrâz işleminin hüküm ve örf bakımından iâre mertebesinde olduğunu ve işlemin muâvaza olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmişlerdir.⁶⁷⁷ İstikrâzı muâvaza sayan görüşün, Hasan b. Ziyâd (ö. 204/819) aracılığıyla Ebû Hanîfe'den zâhiru'r-rivâyeye dışında aktarılan, mufâvada şirketinde ortaklardan birinin ödünç vermesi (ikrâz) durumunda bunun diğer ortağı da bağlayacağına dair nakli esas aldığı düşünülmektedir.⁶⁷⁸

C. “İbtidâen Teberru, İntihâen Muâvaza” Söylemi

Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eserinde, âriyet vurgusu ön plana çıkan karz akdinin⁶⁷⁹ hicrî V. asırdan itibaren, yükümlülük altına girmeksizin karşı taraf lehine bir hak

Fetâva'l-Velvâliyye, 3/37. Burada garip olan diğer bir husus, ilk görüşü aktaranların diğerini de nakletmesidir. Örnek olarak bk. Kâdîhan, *el-Fetâva'l-Hânîyye*, 3/614, 616.

⁶⁷⁶ Semerkandî, *'Uyûnü'l-mesâ'il*, s. 386-387. Ayrıca krş. Şeybânî, *el-Asl*, 4/66, 79, 147; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/180.

⁶⁷⁷ Serahsî, *el-Muhîtu'r-radavî* (Feyzullah Efendi, 963), vr. 132b; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 6/72. Fakat Kerhî, ikrâzın teberru işlemi olduğunu ve ortakların birbirleri adına teberru yapma yetkisi olmadığını belirttiikten sonra, diğer ortağın açık izni olması durumunda şirket hesabına borç verilebileceğini, fakat buna rağmen işlemin ticaret kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemiştir. Bk. Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/325, 330.

⁶⁷⁸ Semerkandî, *'Uyûnü'l-mesâ'il*, s. 388-389; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/339-340; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/180; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 6/75. Ebu'l-Leys es-Semerkindî, bu rivayetin zâhiru'r-rivâyeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Bk. Semerkandî, *'Uyûnü'l-mesâ'il*, s. 389. Meseleyi kefalete bağlayan Kudûrî'nin ise bu rivayeti eleştirmemesi dikkat çekicidir. Esasen bu mesele mufâvada ortaklığıyla ilgili ise de hükmünün inan şirketine taşındığı anlaşılmaktadır. Mufâvada şirketinin daha geniş tasarruf yetkisi verdiği düşünülürse bu hükmün inan şirketine taşınması sıkıntılı olabilir. Üstelik *el-Asl*'da, mufâvada şirketinde ortaklardan birinin kefil olması durumunda Ebû Hanîfe'ye göre diğerini bağlayacağı, İmâmeyn'e göre bağlamayacağı ifade edilirken, inan şirketinde diğer ortağı bağlamayacağı ihtilafsız olarak aktarılmıştır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 10/457-459. Bu görüşü Pezdevî, Ebû Hanîfe'nin mufâvada ortaklarından birinin kefil olması durumunda diğer ortağı bağlayacağına dair görüşünü temellendirirken Hasan b. Ziyâd'dan aktarmaksızın ve eleştirmeksizin zikretmiş ve karz gibi kefaletin de caiz olacağını söylemiştir. Bk. Fahrû'l-İslâm el-Pezdevî, *Şerhu'l-Câmii's-sagîr* (3. Ahmed, 727), vr 271b. Pezdevî'nin bu söylem tarzı, ortaklar tarafından karzın tartışmasız biçimde yapılabileceğini düşündürmektedir.

⁶⁷⁹ Şeybânî, *el-Asl*, 8/203, 456, 10/508. Hatta *el-Asl*'ın bazı yerlerinde satım akdinin karza, karzın satım akdine benzemediği açıkça belirtilmektedir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 10/509, 565. Ayrıca bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/223.

oluşturması (teberru) bakımından hibeye, borç doğurması ve malî sorumluluk yüklemesi bakımından satım akdine benzediği ve iki benzerliğin özelliklerinin farklı meselelere yansıdığı hususu vurgulanmaya başlanmıştır.⁶⁸⁰ İlk dönem kaynaklarında, karz akdinin başlangıcı itibariyle teberru, devamı veya sonu itibariyle muâvaza olduğuna dair bir söylem yer almamakla birlikte, bu ifadeye daha çok ivaz şartlı hibe ve kefalet akitlerinde rastlanmaktadır. Karz ise bu gibi yerlerde aradaki benzerlik kadar farkı da ortaya koymak için getirilmiştir.⁶⁸¹ Örneğin, malın bir kısmının mudârebe, diğer kısmının karz veya ivaz şartlı hibe olarak verilmesine dair mesele ele alınırken, ivaz şartlı hibenin akdin kuruluşu itibariyle teberru olup her iki tarafın ivaz teslimi tamamlandıktan sonra muâvazaya dönüştüğü, dolayısıyla teslim zamanına kadar hibe sayıldığı için taksimi kabil mallarda geçersiz olacağı belirtilmiştir. Karzın ise böyle olmayıp teberru olması açısından hibeye, malî sorumluluk yüklemesi bakımından da satıma ve tazmin borcu doğuran akitlere benzediği öne sürülmüş, aynı anda mahiyetinde bulunan bu benzerliklerin ise farklı meselelere yansıdığı iddia edilmiştir. Teberru akdine benzerliğinden dolayı akdin kuruluşunda teslimin şart koşulduğu; muâvazaya benzerliğinden ötürü de hibeden farklı olarak kısmeti kabil mallarda teslimin yanında ayrıca bölme işleminin (kısmet) şart koşulmadığı ifade edilmiştir.⁶⁸² Fakat hibede olduğu gibi bölünebilir mallarda teslimin yanı sıra ayrıca kısmetin karzda şart koşulmaması, bundan başka gerekçelerle de açıklanmış, bu kapsamda karzdaki teslim şartının naslarla belirlenmediğine dikkat çekilerek, teslimin her yönüyle tam olarak bulunmasının dikkate alınmadığı belirtilmiştir.⁶⁸³ Diğer bir yoruma göre ise karz âriyet mertebesinde bir akit olduğu için bu kapsamda yapılacak olan teslimle, başlangıçta emin sıfatıyla oluşan fer'î bir zilyetlik (yed-i emânet) kurulmakta, dolayısıyla mudârebenin ödeme sorumluluğu yüklemeyen zilyetliği gibi şüyu oluşturmayacak şekilde gerçekleştiği takdir edilmektedir. Fakat âriyetten farklı olarak karzda menfaat aynın tüketilmesiyle gerçekleştiği ve menfaatin yerine geçerek aynın mülkiyeti teslimle devredildiği için, akit gereği gerçekleştirilen teslimin taksimi gerektirmeyecek şekilde tamamlandığı var sayılmaktadır.

⁶⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 22/137.

⁶⁸¹ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/26; Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 7/459; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/196, 12/78, 22/137, 30/148. Debûsî, Şâfîilerin delillerini aktarırken bunlar arasında, Hanefîlerin karzı başlangıcı itibariyle teberru sayıp teslim sırasında damânı (alacak hakkını) gerektirdiği iddialarını zikretmiş, sonra kendisinin buna katılmadığını belirterek karzın âriyet olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr* (Ayasofya, 751), vr. 717a-b.

⁶⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, 22/137. Dikkat edilirse ivaz şartlı hibede başlangıçta teberru ve sonda muâvaza şeklinde açıklama yapılırken karzda bu iki benzerliğin akdin mahiyetinde aynı anda bulunduğu ve akdin kuruluşu ile borcun ödenmesi arasında bu açıdan bir fark yapılmadığı anlaşılabacaktır.

⁶⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/66.

Karzda teslimin başlangıcı itibariyle şüyu gerçekleşmeyip farklı bir zilyetlik oluşmadığı için böyle bir işlem geçerli sayılmıştır.⁶⁸⁴

Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eserinde malın yarısının mudârebe, diğer yarısının karz olarak verilmesine dair mesele ele alınmışsa da karz yerine ivaz şartlı hibenin olduğu surete değinilmemiş, şartsız ve ivazsız gerçekleştirilen hibenin yer aldığı tasvir zikredilmiştir.⁶⁸⁵ Fakat aynı eserin farklı yerlerinde ivaz şartlı hibenin, ivazın teslim alındığı andan itibaren satış (البيع) mertebesinde bir akit sayıldığı ve teslime dek hibe hükümlerine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.⁶⁸⁶ Bununla birlikte ilgili yerlerde karzın satıma benzerliğine değinilmemiştir.

Kitabü'l-Asl'a bakıldığında kefalet akdinin birden fazla yerde karz akdi gibi teberru olduğu belirtilmekte ve bunu ifade etmek için “ma'rûf” terimi kullanılmaktadır.⁶⁸⁷ Hatta bu yerlerden birinde kefalet gibi karzın da teberru akdi olduğu ma'rûf ifadesiyle anlatılmakta,⁶⁸⁸ diğer bir yerde ise ticarî işlem yapmaya izinli olan kölenin, üzerine yüklenecek bir borç ve yapacağı bir iyilik (ma'rûf) anlamına geleceği için kefil olamayacağı görüşü Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Şeybânî'nin (eimme-i selâse) ortak görüşü olarak aktarılmaktadır. Yine ilgili yerin bir sayfa sonrasında, ticarî işlem yapmaya izinli kölenin kefalet gibi karz işlemi gerçekleştirmesinin de caiz olmadığı üç imamın ortak görüşü olarak nakledilmektedir.⁶⁸⁹ Bunlara rağmen *el-Asl*'da Ebû Hanîfe'nin, mufâvada şirketi ortaklarından birinin mala kefil olması durumunda bu kefalet borcunun diğer ortağı da bağlayacağını söylediği ve kefaleti bir tür “ticaret” olarak nitelendirdiği aktarılmıştır. İmâmeyn'den ise böyle bir durumda kefaletin ticaret değil, ma'rûf kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle diğer ortağı bağlamayacağı görüşü nakledilmiştir.⁶⁹⁰

Meseleyi ele alan Serahsî İmâmeyn'in görüşlerini açıklarken, bunu kefillerden her birinin kefalet kapsamındaki malî sorumluluk alanının ticarî işlemlerle sınırlı olup birinin yapacağı teberru işleminin diğerini bağlamayacağına dayandırmıştır.

⁶⁸⁴ Debûsî, *el-Esrâr* (Ayasofya, 751), vr. 717b-718a.

⁶⁸⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 4/277-278. Bu tasvire göre, taksime kabil bir mal şayi hisselerinin yarısı hibe, diğer yarısı mudârebe olarak değerlendirilmesi şartıyla taksim edilmeksizin mudârebe verilirse buradaki hibenin fasit olacağı bildirilmiştir. Kâr elde edilmesi durumunda kârın yarısının doğrudan

⁶⁸⁶ Şeybânî, *el-Asl*, 3/385, 7/363, 9/280, 281.

⁶⁸⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 3/211, 5/210, 8/356, 9/168, 169, 10/376, 395, 403, 458. *el-Asl*'da teberru anlamını ifade etmek için “ma'rûf” terimi kullanılmışsa da daha çok “tatavvu” ifadesi kullanılmaktadır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 5/242, 8/441, 9/168, 10/466, 577. *el-Asl*'da “teberru” ve “muâvaza” terimlerine ise rastlanmamıştır.

⁶⁸⁸ Şeybânî, *el-Asl*, 3/211.

⁶⁸⁹ Şeybânî, *el-Asl*, 9/168, 169.

⁶⁹⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 4/85, 8/195, 10/457-458; Ebu'l-Leys es-Semerkanî, *Muhtelefû'r-rivâye*, thk. Abdurrahman el-Ferec, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1426/2005, 3/1359. Fakat zâhirü'r-rivâyeye göre inan şirketi ortaklarından birinin kefil olması durumunda bunun diğerini bağlamayacağına ise üç imam görüş birliği içerisindedirler. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 10/459.

Zira mükâteb ve ticarete izinli köle gibi teberru işlemi yapmaya dair fiil ehliyeti bulunmayan kimsenin kefaletinin geçersiz olması ve ölüm hastalığına yakalanan kimsenin kefalet miktarının malının üçte biriyle sınırlı olması, kefaletin de bir teberru akdi olduğunu göstermektedir. Bu gerekçeyle İmâmeyn, meselede geçen kefaletin diğer ortağı bağlamayacağı kanaatindedirler.⁶⁹¹ Serahsî, Ebû Hanîfe'nin bu meseleyle ilgili görüşünün ise iki farklı şekilde gerekçelendirildiğini ifade etmiştir. Birinci yaklaşıma göre kefalet, vekalet gibi mufâvada şirketinin gereklerindendir. Nitekim inan şirketinde kefalet akdin gereklerinden olmadığı için, ortaklardan birinin kefil olması ittifakla diğerini bağlamamaktadır.⁶⁹² Dolayısıyla mufâvada ortakları akit gereği birbirlerinin kefil sayıldıkları gibi, ortaklardan birinin üçüncü bir şahsa kefil olması durumunda da yapılan işlem, akde tamamen yabancı bir işlem olarak sayılmayıp ticaret tarzları kapsamında değerlendirilebilir.⁶⁹³ Serahsî'nin zikrettiği bu yaklaşıma göre Ebû Hanîfe'nin kefaleti "ticaret" olarak nitelendirmesi, kefaletin bir tür ticarî işlem olup muâvaza akdi olduğu şeklinde değil, bu durumun mufâvada ortaklığına özel bir hüküm olduğu ve esasen ticarî işlem olmasa da o kapsamda değerlendirildiği şeklinde yorumlanmaktadır. Kanaatimizce bu bakış açısı, diğer meselelerle uyum içerisinde olduğu için hukukî açıdan daha isabetlidir. Zira hem birine kefil olan kişinin, mufâvada ortağı olduktan sonra önceki kefaletinin diğer ortağı bağlamaması hem de inan şirketi ortağının kefil olmasının diğer ortağı bağlamaması ve her iki meselede de görüş birliğinin olması, kefalet için Ebû Hanîfe'nin "ticaret" ifadesini genel anlamıyla değil, mufâvada ortaklarına özel olarak kullanmış olduğunu göstermektedir.⁶⁹⁴

Meseleye ilişkin Serahsî'nin zikrettiği yaklaşımlardan ikincisine göre kefalet, başlangıcı itibariyle teberru niteliğinde bir akit olsa da borçlunun talebi üzerine gerçekleştiğinde, kefilin ödediği miktarı geri almak üzere borçluya rücu hakkı bulunduğundan, ivaz şartlı hibe gibi sonuçta muâvaza niteliği kazanmaktadır.

⁶⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/196.

⁶⁹² Şeybânî, *el-Asl*, 10/459.

⁶⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/196; Velvâlicî, *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*, 4/408-409. Bu yaklaşımın Serahsî'ye ait olması muhtemeldir.

⁶⁹⁴ Ayrıca bu ifadenin geçtiği yerlerde Ebû Hanîfe'nin ya "من التجارة" ya da "من تجارتها" şeklindeki ifade tarzı, kefalete doğrudan ticaret denilmediğini, bilakis mufâvada ortaklarının kefaletinin ticarî işlemler arasında değerlendirileceğini, bunun ise kefaletin gerçekten ticaret sayılmaksızın diğer ticarî işlemlere katılması suretiyle olabileceği düşünülmektedir. Nitekim mufâvada ortaklarından birinin şirket malını üçüncü bir şahsa âriyet olarak verip malın helak olması durumunda Ebû Hanîfe istihsânen, âriyeti veren ortağa şirket malını tazmin borcu yüklememekte, böyle bir durumda yapılan iâre işlemini ticaretin yan unsurları olarak (من توابع التجارة) gördüğü anlaşılmaktadır. Konumuzla alakalı olarak daha dikkat çeken ise mufâvada ortağının üçüncü şahsa iâre verme yetkisi olsa da karz verme yetkisinin bulunmadığının ve karz vermesi durumunda ortağının payını tazmin etmesi gerektiğinin açıkça belirtilmesidir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 4/66, 4/79-84; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/180-181.

Buna göre kısıtlılarda başlangıca bakılarak teberru kabul edilip onların kefaleti geçersiz sayılmış, kısıtlı olmayan mufâvada ortaklarında ise sonuca itibar edilerek kefalet geçerli kabul edilmiş ve diğer ortağı bağlayacağı söylenmiştir. Böylelikle meselenin iki benzerliğinden her biri farklı meselelere yansıtılarak her iki delille de amel edilmiştir.⁶⁹⁵ Meseleyi bu ikinci yaklaşıma göre izah ettiği görülen Ebu'l-Leys es-Semerkandî, kefaletin başlangıçta teberru olduğunu, fakat ilerleyen süreçte üstlenilen miktar asıl borçludan tahsil edilebildiği için işlemin ticarete (muâvazayı kastediyor) dönüştüğünü söylemektedir. Kefaletin diğer ortağı bağlamasının başlangıçta değil, ilerleyen süreçte söz konusu olduğunu belirten Semerkandî, kefaletin ise bu esnada ticaret kabul edildiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca ölüm hastalığına yakalanan kimsenin kefalet ikrarının malının en fazla üçte biri için değil tamamı için geçerli olduğuna temas etmiş ve bunu kefaletin ticaret oluşuna delil göstermiştir.⁶⁹⁶ Ölüm hastalığına yakalanan kimsenin ikrarının malının en fazla üçte birinde geçerli olacağı *el-Asl*'da görüş ayrılığı belirtilmeksizin ifade edilmiştir.⁶⁹⁷ Kudûrî ise Ebû Hanîfe'nin meseleye ilişkin görüşünü açıklarken kefaleti doğrudan, akit aracılığıyla malın mal karşılığı temliki olarak nitelemiş ve bu hususta onu sarf akdine benzetmiştir. Ayrıca mufâvada ortaklarından birinin şirket malını karz olarak vermesi meselesini de Hasan b. Ziyâd aracılığıyla Ebû Hanîfe'den aktaran Kudûrî, aksi görüşü kıyas yoluyla sadece Ebû Yûsuf'a dayandırmış ve meselenin esasen kefalet meselesindeki ihtilaftan kaynaklandığını vurgulamıştır.⁶⁹⁸

Debûsî ise kefaletin, aslında kefilin mamelekini mecbur olmaksızın kullandırması bakımından teberru niteliğinde olduğunu, fakat aynı zamanda üstlenilen borç ödendikten sonra rücu hakkı doğduğu için de mübadele mertebesinde bir işlem olduğunu ifade etmiştir. Şirket kapsamına girmese de kefalet, esasen sadece mamelek tarafında kurulduğu ve anlık fiili ödeme gerektirmediği için mufâvada ortağının böyle bir işlem yapması yasaklanmamıştır. Debûsî, kefilin alacaklıya ödeme yapması durumunda asıl borçluya rücu edip yaptığı ödemeyi geri almasını ise gasptaki tazmin borcu gibi değerlendirmiş ve bunun gerçekte bir ticaret olmamasına rağmen hukukî açıdan zorunlu olarak böyle sayıldığını vurgulamıştır. Zira yok edilen bir şeyin telafisi ancak onun yerine geçebilecek bir bedelin verilmesiyle gerçekleşebilir. Fakat

⁶⁹⁵ Şemsüleimme es-Serahsî, *Şerhu'l-Câmî's-sagîr*, thk. Ertuğrul Boynukalın, İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2021, 2/146; a.mlf., *el-Mebsût*, 11/196, 17/195.

⁶⁹⁶ Semerkandî, *Muhtelefû'r-rivâye*, 3/1359-1360.

⁶⁹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 10/567.

⁶⁹⁸ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/333, 339-340; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/75.

Debûsî'ye göre şirket malının karz olarak maddeten verilmesi ticaret sayılamaz. Çünkü ortak maldaki fiili tasarruf izne bağlıdır.⁶⁹⁹

Serahsî, aynı meseleye Ebû Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765) arasındaki ihtilafları ele alırken de değinmiştir. Kefaletin bir tür ticarî işlem olduğunu savunan İbn Ebî Leylâ'ya göre, ticarete izinli kölenin kefaleti caiz olup bu konuda Ebû Hanîfe'nin yukarıda anlatılan görüşü de bunu göstermektedir. Serahsî ise izinli kölenin yalnızca ticarî konularda kısıtlılığının kalktığını, kefaletin ise ticarî bir işlem veya ticarete gerekli bir muamele olmadığını belirtmiştir. Hatta buna delil olarak, kefaletin başının kınanma, ortasının pişmanlık, sonunun ise borçluluk olduğuna dair bir atasözü naklederek, tacirlerin kefil olmaktan sonra derece kaçındıklarını ifade etmiştir. Ayrıca, karz kapsamında benzeri geri alınacak olsa bile mecburiyet olmaksızın mülkiyetin devredilmesi nasıl bir teberru sayılıyorsa, kefalette de borç ödendiğinde rücu hakkı doğsa bile borç üstlenmenin teberru niteliği taşıdığını, dolayısıyla kefaletin de ödünç verme (ikrâz) gibi teberru mahiyetinde bir akit olduğunu vurgulamış ve bu bağlamda, ticarete izinli bir kölenin karz vermesinin caiz olmadığı gibi kefil olmasının da caiz olmadığını bildirmiştir. Mufâvada ortaklarında ise kefalet işlemi, her ne kadar başlangıcı itibariyle teberru niteliğinde olsa da bu işe giren ortağın irade beyanını göz ardı etmemek ve işlemi düzeltmek amacıyla, sonuca bakılarak işlemin muâvaza niteliği ön plana çıkarılmıştır.⁷⁰⁰

Bu yaklaşımda, mufâvada ortaklarının kefaletine mahsus olan bir hükmün tüm kefalet çeşitlerini kapsayan bir gerekçeyle açıklanması, bu hükmün inan ortaklarının kefaletinde niçin geçerli olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Ayrıca kefalet, ivaz şartlı hibeye benziyor olsaydı taksimi kabil bir malın hissesinin taksimden önce hibe edilmesinde hibe şeklinde yorumlanarak fasit kabul edildiği gibi, mufâvada ortaklarından birinin üçüncü şahsa kefil olup henüz ödemeyi yapmamış olduğu durumunda fasit kabul edilmesi ve ödemeyi yapmasının bunu değiştirmemesi gerekirdi. Ayrıca kefâlet akdinin bir yandan ticarî işlem olmadığını söyleyip diğer yandan ticaret ve muâvaza olarak kabul etmek çelişkili gözükmektedir.

Bu ikinci yaklaşımın konumuz için önemi, başlangıçta teberru şeklinde başlayıp sonunda rücu hakkı bulunması bakımından kefaletin karz işlemine benzetilmesi, sonra da mufâvada ortaklığı kapsamında kefaletin başlangıçta teberru, sonuçta muâvaza olduğuna dikkat çekilmesidir. Karzın doğrudan başlangıçta teberru, sonuçta muâvaza olarak değerlendirilmesi, tespit

⁶⁹⁹ Debûsî, *el-Esrâr* s. 944-945.

⁷⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 30/148.

edebildiğimiz kadarıyla Hicrî VI. asırdan itibaren başlamıştır. Sadrüşşehîd (ö. 536/1141), yetimin malını vasisinin karz olarak vermesinin caiz olmayıp hâkimin buna yetkisi olduğuna dair meseleyi ele alırken, aradaki farkı karzın başlangıçta teberru, sonuçta muâvaza olmasıyla açıklamıştır.⁷⁰¹ Bundan önce Serahsî buna işaret etse de doğrudan böyle bir şey söylediği tespit edilememiştir. Hem Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945) hem de Serahsî, *el-Mebсут*'un farklı yerlerinde görülebileceği üzere karz vermeyi teberru olarak nitelemişler ve muâvazaya dönüştüğüne dikkat çekmemişlerdir.⁷⁰² *el-Mebсут*'un iki farklı yerinde ise taksimi kabil mallarda şayi hissenin ödünç verilmesinin cevaz nedenine değinmiş ve buralarda karzın bir yönden teberru diğer yönden ödeme sorumluluğu yükleyen bir akit olduğunu söylemişse de doğrudan muâvaza olarak nitelememiş ve başlangıç ile son ayrımı yapmamıştır.⁷⁰³ Ayrıca bir yerde karzı, satım gibi ivaz karşılığı temlik olarak nitelemişse de devamında daha doğru yorumun hibe ve satımın her ikisine benzerliğinden dolayı her birinin özelliklerinden aldığını söylemek olduğunu belirtmiştir.⁷⁰⁴ Son olarak kefalet ve karz vermenin her ikisinin de ticarî işlem olmayıp teberru olduklarını izah ederken, ödünç verenin rücu hakkı olsa bile malı maddeten verme esnasında teberru işlemi gerçekleştirdiğine dikkat çekmiştir.⁷⁰⁵ Pezdevî ise Ebû Hanîfe'nin mufâvada ortaklarından birinin kefil olması durumunda diğer ortağı bağlayacağına dair görüşünü temellendirirken, Hasan b. Ziyâd'dan aktarmaksızın bu ortakların üçüncü bir şahsa karz verebileceğini zikretmiş ve bu görüşü eleştirmemiştir. Üstelik mufâvada ortaklarının kefalet işleminin karz gibi caiz olacağını söyleyerek, karza ilişkin görüşün tartışmasız biçimde kabul edildiğini îham etmiştir.⁷⁰⁶

Kâsânî *Bedâ'i'u's-sanâ'i'* adlı eserinin birden fazla yerinde ödünç verme (ikrâz) işlemini başlangıçta teberru, sonuçta muâvaza sayıldığını ama ticarî işlem sayılamayacağını söylemiş,⁷⁰⁷ fakat bir yerde ödünç alma (istikrâz) işleminin sarf gibi olduğunu dile getirmiştir.⁷⁰⁸ Sadrüşşehîd'in talebesi olan Burhâneddin el-Mergînânî (ö. 593/1197) de borçların tecile uygunluğuna dair meseleyi ele

⁷⁰¹ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdi*, 3/388; a.mlf., *Şerhu'l-Câmii's-sagîr*, 2. bs., Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2020, s. 475.

⁷⁰² Serahsî, *el-Mebсут*, 7/227, 9/10, 11/180, 12/64, 14/32, 33, 37, 41, 21/103, 22/39, 40, 25/8, 26/28.

⁷⁰³ Serahsî, *el-Mebсут*, 12/66, 22/137.

⁷⁰⁴ Serahsî, *el-Mebсут*, 22/136-137.

⁷⁰⁵ Serahsî, *el-Mebсут*, 30/148.

⁷⁰⁶ Pezdevî, *Şerhu'l-Câmii's-sagîr* (3. Ahmed, 727), vr 271b. Debûsî, Şâfiîlerin delillerini aktarırken bunlar arasında, Hanefîlerin karzı başlangıcı itibariyle teberru sayıp teslim sırasında damânı (alacak hakkını) gerektirdiği iddialarını zikretmiş, sonra kendisinin buna katılmadığını belirterek karzın âriyet olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bk. Debûsî, *el-Esrâr* (Ayasofya, 751), vr. 717a-b.

⁷⁰⁷ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 2/12, 4/144, 5/153, 6/72, 75, 83, 92, 7/197, 394.

⁷⁰⁸ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 6/72.

alırken karzı, iâre lafzıyla gerçekleştirildiğinde karz olarak geçerli olması ve sadece teberru ehliyetine sahip kimselerin yapma yetkisine sahip olması bakımından başlangıçta iâre ve yardım, sonuçta ise muâvaza olarak nitelendirmiştir. Teberru işlemlerinde cebir uygulanamayacağı gerekçesiyle âriyette olduğu gibi, karz işleminin başlangıcına ve kuruluşuna bakılarak tecil edilmesinin bağlayıcı olmayacağını söylemiştir. Fakat bununla yetinmeyip tecilin geçersizliğini ikinci bir gerekçeyle açıklamaya çalışan Mergînânî, bu kapsamda karz işleminin sonu itibariyle muâvaza olduğunu ve bu açıdan bakıldığında işlemin, ribevî malların eşit miktarda da olsa vadeli satımı anlamına geleceği ve faiz tahakkuk edeceği için tecilin sahih olmayacağını ifade etmiştir.⁷⁰⁹

Şârihler, karzın sonuçta muâvaza olması itibariyle tecilin sahih olmayışına dair Mergînânî'nin sözünü açıklarlarken, esasen sadece birinci gerekçeye itimat edildiğini, ikincisine ise ümmetin ittifakıyla caiz olan karz işleminin sahih olmamasını gerektirdiği için itibar edilmediğini belirtmişlerdir. Zira karz işlemi, genelde bedellerin aynı mecliste verilmemesi suretiyle gerçekleştirildiği için, muâvaza ve sarf şeklindeki yorum karzı bütünüyle meşru olmaktan çıkarılmasını gerektirir.⁷¹⁰ Nitekim bu itibarla karz, vade faizi (ribe'n-nesâ') yasağının bir istisnası olarak kabul edilmektedir.⁷¹¹ Ayrıca karz işleminde vade şart koşulması veya sonradan tecil edilmesi durumunda bunun işlemi etkilemeyip sahih kalacağı, aksine şartın geçersiz olacağı belirtilmiştir.⁷¹² Bu sonuç ise akdi ifsat edecek bir şart koşulması durumunda teberru akitlerinde görülen bir durumdur.⁷¹³ Mergînânî'nin bu ikinci yorumu, Kudûrî'nin *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*'deki açıklamasından esinlendiği kanaatindeyiz.⁷¹⁴

Mergînânî, maddeten teslim edilen taksimi kabil bir maldaki şayi hissenin karz olarak verilmesinin cevaz gerekçesini açıklarken, karzın bir yönden teberru diğer yönden ödeme sorumluluğu yükleyen damân akdi olduğunu belirtmişse de bunu başlangıç ve son olarak nitelendirmemiştir.⁷¹⁵ Mergînânî, mufâvada şirketi ortaklarından birinin üçüncü bir şahsa malî açıdan kefil olması durumunda bu kefaletin diğer ortağı bağlayacağına dair Ebû Hanîfe'nin görüşünü açıklarken,

⁷⁰⁹ Burhâneddin el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, nşr. Tallâl Yûsuf, Beyrut: Dâru ihyâi't-tûrâsi'l-Arabî, ts., 3/60.

⁷¹⁰ İtkânî, *Gâyetü'l-beyân*, 10/246; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/524; İbn Ebî'l-İz, *et-Tenbih 'alâ müşkilâti'l-Hidâye*, 4/404-408; Aynî, *el-Binâye*, 8/259.

⁷¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/31; Karâfî, *el-Furûk*, 3/292, 4/2.

⁷¹² Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/591; Ebû Nasr el-Akta', *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*, Dimâşk: Dâru'l-minhâci'l-kavîm, 1444/2023, 3/544-545.

⁷¹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/126, 23/24; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/228; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1313, 4/131-133.

⁷¹⁴ Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/591.

⁷¹⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/223.

karz işlemi gibi bu işlemin de caiz olmaması gerektiği şeklinde İmâmeyn tarafından getirilen bir itiraza yer vermiştir. Bu itiraza iki farklı şekilde cevap veren Mergînânî, mufâvada ortaklarından birinin üçüncü şahsa karz vermesi durumunda bunun diğer ortağı da bağlayacağına dair bir görüşü Hasan b. Ziyâd aracılığıyla Ebû Hanîfe'den aktarmış ve bu görüşün nâdirü'-rivâyeye olduğuna işaret etmiştir. İkinci cevapta ise karz vermenin iâre mertebesinde bir akit olup borcun ödenmesi sırasında verilen benzer malın hükmen verilenin aynısı kabul edildiğini ve bundan dolayı vade şartının bağlayıcı olmadığını ifade etmiş ve ikrâz işleminin muâvaza olamayacağını bildirmiştir.⁷¹⁶ Mergînânî'nin *el-Hidâye*'deki üslubundan yola çıkarak, bu ikinci cevabı tercih ettiğini söyleyebiliriz.⁷¹⁷ Bu da bize, vade şartıyla ilgili kısımdaki muâvaza açıklamasının burayla çeliştiğini göstermektedir.

Mergînânî, *el-Hidâye*'nin farklı yerlerinde karz verme işlemini iyilik yapma ve teberru olarak nitelemiş ve ticarî işlem olmadığını vurgulamış,⁷¹⁸ hatta bu yerlerin bir kısmında karz vermeyi hibe ve sadaka vermek gibi mahzâ teberru saymıştır.⁷¹⁹ Örneğin Mergînânî, mükâteb kölenin ticaret izni kapsamında yapabileceği hukukî işlemleri anlatırken, kefil olmasının ve karz vermesinin teberru olup ticaret kapsamına girmemesi gerekçesiyle caiz olmadığını söyledikten sonra ivaz şartlı hibe vermesinin de fasit olduğunu başlangıç itibariyle teberru olmasıyla açıklamıştır.⁷²⁰ Şayet ona göre karz başlangıçta teberru, sonuçta muâvaza sayılıyorsa bu gerekçenin aynısını karz için de getirmesi beklenirdi. Yine kendilerine ticaret izni verilen kısıtlıların yapmaları caiz olan işlemleri beyan ederken, bu tür kimselerin hibe gibi sırf teberru olduğu için karz vermelerinin caiz olmadığını söyledikten sonra ivazlı veya ivazsız hibe ile sadaka da veremeyeceklerini belirtmiştir. Bunun gerekçesini açıklarken, karz dahil bu tür işlemlerin ya hem başlangıcı hem de sonu itibariyle açık birer teberru olduğunu ya da sadece başlangıcı göz önüne alındığında teberru sayılabileceğini dile getirmiş, dolayısıyla ticaret izni kapsamında değerlendirilemeyeceklerini kaydetmiştir.⁷²¹ Şârihler burayı açıklarken başlangıcı ve sonu itibariyle teberru

⁷¹⁶ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/7; İtkânî, *Gâyetü'l-beyân*, 9/162-164; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/163.

⁷¹⁷ Mergînânî'nin *el-Hidâye* adlı eserindeki özel kullanımları arasında “عَنْ” harf-i cerri gösterilmiş ve bu kelimeyi nâdirü'-rivâyeye olan nakilleri bildirmek için kullandığı ifade edilmiştir. Bk. Aynî, *el-Binâye*, 2/463, 10/91. Yine müellifin delilini açıklamayı sona bıraktığı görüşü tercih etmesi kitabın üslubuna dair özellikleri arasında zikredilmiştir. Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/158.

⁷¹⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/94, 202, 208, 254, 4/289.

⁷¹⁹ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/208, 4/289.

⁷²⁰ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/254.

⁷²¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, 4/289.

sayılan akitler arasında karz, ivazsız hibe ve sadaka vermeyi, sadece başlangıcı itibariyle teberru olan akdin ise ivaz şartlı hibe olduğunu söylemişlerdir.⁷²²

Şeybânî, *el-Asl* adlı eserinin çeşitli yerlerinde Ebû Hanîfe'nin karzı, âriyet niteliğinde bir hukukî işlem olarak değerlendirdiğini aktarmıştır.⁷²³ Ancak daha sonra mezhep edebiyatında bu anlatı tarzı değişikliğe uğramış ve Ebû Hanîfe'nin mufâvada ortaklarının kefaletine dair görüşü ve ticaret olarak değerlendirmesi, yine Ebû Hanîfe'den zâhirü'r-rivâye dışında aktarılan farklı bir görüşüyle karza taşınmış⁷²⁴ ve Ebû Hanîfe'nin kullandığı “ticaret” ifadesi, muhtemelen kefalettteki gibi başlangıçta teberru, sonda muâvaza şeklinde yorumlanarak bu izah tarzı karz için de benimsenmiştir. Fakat Hanefî meşâyihinden kefalet meselesini başlangıçta teberru, sonda muâvaza şeklinde yorumlayanlardan Ebu'l-Leys es-Semerkandî'nin, karzı farklı meselelerde iâre ve teberru olarak yorumlaması⁷²⁵ ve Hasan b. Ziyâd'ın aktardığı meseleyi zâhirü'r-rivâyeye aykırı görmesi,⁷²⁶ karzın kefalet gibi yorumlanmasının mezhep görüşü olarak zayıf olduğunu düşündürmektedir. Ayrıca karzın ilk dönem mezhep kaynaklarında genellikle âriyete benzetilmesi ve bu bağlamda karz için teberru anlamında “ma'rûf” teriminin kullanılması da bu fikri desteklemektedir.⁷²⁷

Ebû Hanîfe'nin, mufâvada ortaklarının üçüncü şahıslara yönelik kefaletini nitelerek için “ticaret” kelimesini kullandığı *el-Asl*'da birkaç yerde zikredilmiştir.⁷²⁸ Ticaret esasen, kâr elde etmek maksadıyla malın mal karşılığında değiştirildiği ivazlı işlemlere denilmektedir. Dolayısıyla ticaretin kapsamına satım, kiralama ve ivaz şartlı hibe gibi işlemler girmekte, sonu muâvaza olarak yorumlansa da muhâlea ve mal karşılığı azat etme bu kapsamda değerlendirilmemektedir.⁷²⁹ Nitekim ticaret kapsamına girmediği için ortakların ve kısıtlıların karz vermesinin caiz olmadığına dair ifadelerin bu şekilde

⁷²² İtkânî, *Gâyetü'l-beyân*, 14/258-259; Aynî, *el-Binâye*, 11/143.

⁷²³ Şeybânî, *el-Asl*, 8/203, 456, 10/508. Hatta *el-Asl*'ın bazı yerlerinde satım akdinin karza, karzın satım akdine benzemediği açıkça belirtilmektedir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 10/509, 565. Ayrıca bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/223.

⁷²⁴ Hasan b. Ziyâd'ın aktardığı belirtilen ve zâhirü'r-rivâye dışında olarak nitelendirilen bu ikrâz meselesinin kefalet meselesindeki ihtilaftan türediği ifade edilmiştir. Bk. Kudûrî, *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, 5/339-340; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/180; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 6/75.

⁷²⁵ Semerkandî, *Muhtelefû'r-rivâye*, 3/1549, 1552.

⁷²⁶ Semerkandî, *'Uyûnü'l-mesâ'il*, s. 386-387, 388-389.

⁷²⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 3/211; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/102, 4/22, 8/490. Tahâvî de karz için “ma'rûf” terimini kullanmıştır. Bk. Cessâs, *Muhtasaru'l-İhtilâfî'l-ulemâ*, 3/409. Karz gibi kefalet için de ma'rûf ifadesi kullanılmıştır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/211, 10/403.

⁷²⁸ Şeybânî, *el-Asl*, 4/85, 8/195.

⁷²⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/128-129; Zebîdî, Zebîdî, *Tâcü'l-'arûs*, “ter”, 10/279. Debûsî de ticareti şöyle tanımlamıştır: Sermaye üzerine kâr elde etmek amacıyla malın mal karşılığında değiştirildiği ve buna özel pazarlarda dükkanların açıldığı işleme “ticaret” denir. (التجارة: اسمٌ لِتبادلِ مالٍ بِمالٍ فَيُخْتَلَفُ لَهَا الْحَوَانِثُ فِي الْأَسْوَاقِ). (يطلب الربح على المال

الربح). Bk. Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1446.

anlaşılması gerekir.⁷³⁰ Diğer taraftan ticaret ve muâvaza kelimesi kâra bakılmaksızın sırf malın mal karşılığında değişimi için de kullanılmıştır. Nitekim gasp ve haksız kazanç sonucu elde bulundurulmuş malın tüketilmesi veya zayi olması durumunda benzerinin veya kıymetinin tazmin borcu olarak verilmesi de bu anlamda bir ticaret veya ticaret anlamındaki işlem olarak değerlendirilmiş ve Ebû Hanîfe'nin sözünde geçen ticaret kelimesi bu şekilde yorumlanmıştır.⁷³¹ Şâfiî mezhebinde karz akdindeki görünüş itibarıyla bulunan muâvaza, bedeller arasında cins, nitelik ve miktar açısından denkleğin şart koşulduğu, yardımlaşma ve hoşgörü esasına dayanan bir akit anlamında yardımlaşma muâvazası (معاوضة) olarak tanımlanmış, bunun gerçek muâvaza akitlerinde olduğu gibi daha önce elde edilmemiş bir malın kazanılması ya da miktar veya nitelik artışı sağlama amacıyla yapılmış bir muâvaza olmadığı vurgulanmıştır.⁷³² Karzın muâvaza ve mübâdele olduğuna yönelik ifadeler de bu son anlama göre yorumlanabilir.

D. Karz Bedeli İvaz mıdır?

Karz sonucu yapılan ödemede verilen benzer mala genellikle “karz bedeli”⁷³³ denilmekle birlikte, bazen “ivaz” terimine de rastlanmaktadır.⁷³⁴ Ebû Hilâl el-Askerî'nin (ö. 400/1009'dan sonra) anlatımına dayanarak ivaz ile bedel şu şekilde tanımlanabilir: Kazanç elde etmek amacıyla bir şeye karşılık olarak verilen ve pazarlıkla belirlenen şeye “ivaz” denir. Zarar gören veya tüketilen bir şeyin yerine geçerek oluşan zararın telafi etmek ve yerini doldurmak maksadıyla verilen şeye ise “bedel” denir.⁷³⁵ Görüldüğü gibi ivazda çıkar sağlama amacı öne çıkarken, bedelde bu doğrudan hedeflenmemektedir. Ayrıca verilen şeyin türü ve

⁷³⁰ Örnek olarak bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/180, 30/148; Merginânî, *el-Hidâye*, 3/208, 254, 4/289.

⁷³¹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 945; Serahsî, *el-Mebsût*, 25/157; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/12, 5/299, 6/73; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/315.

⁷³² Râfî, *Fethu'l-Azîz*, 5/131; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-Minhâc*, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1357/1983, 5/231. Şâfiî fakihlerinden Hatib eş-Şirbînî, satım akdini malı mal karşılığında muâvaza yoluyla değiştirmek şeklinde tanımladıktan sonra bu tanıma, iki bedel bulunması itibarıyla karz ile itiraz edilebileceğine yönelik bir itiraza değinmiştir. Buna cevap verirken, karzda akdin kuruluşu sırasında belirlenmesi gereken sadece bir mal bulunduğuna işaret etmiş ve muâvaza olabilmesi için tarafların akit esnasında karşılıklı olarak belirleyecekleri iki ivazın bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca karz akdinin fıkıh terminolojisinde muâvaza olarak isimlendirilmeyeceğini açıkça belirtmiştir. Bk. Hatib eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 1415/1994, 2/322-323.

⁷³³ Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 96, 226; a.mlf., *et-Tecrid*, 5/2669; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/101, 12/173, 14/21, 30, 34; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/245-246.

⁷³⁴ Kudûrî, *et-Tecrid*, 11/5591; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/221.

⁷³⁵ Askerî, *el-Furûk*, s. 237-238.

miktarının belirlenme süreci açısından da ivaz ile bedel arasında fark bulunmaktadır. İvazda bu süreç, pazarlık ve şart koşma yoluyla gerçekleşmekte ve daha çok öznel bir nitelik taşımaktadır. Bedelde ise zarar gören veya yok edilen nesnenin piyasada tür, miktar ve kalite bakımından benzeri (misil) varsa öncelikle bu verilmekte, yoksa malın ortalama piyasa değeri (kıymet) üzerinden ödeme yapılmaktadır. Bu da ivaza göre daha nesnel bir süreç ortaya koymaktadır. Öte yandan iki kavram arasındaki bir diğer fark, karşılık belirleme işleminin geçmiş veya gelecekle olan bağlantısıdır. İvazda karşılık belirleme işlemi, henüz hukukî bir ilişki kurulmadan önce, pazarlık aşamasında yapılmakta ve ileride yapılacak olan satım ve kiralama gibi sözleşmeler buna göre düzenlenmektedir. Bedelde ise karşılığın belirlenmesi, haksız fiil veya benzeri bir durum gerçekleştikten ve zarar ortaya çıktıktan sonra söz konusu olmaktadır. Bu nedenle ivaz geleceğe yönelik bir karşılık iken bedel geçmişe yöneliktir.

İvaz ile bedel arasındaki ayırmadan hareketle, karz olarak verilen malın (mukrez) fiilen teslim edilmesiyle veya tüketilmesiyle ortaya çıkan borca veya bu borcun ifasında verilecek olan mala ivaz değil, fıkıh kaynaklarının çoğunda belirtildiği gibi bedel denilmesi, aynı şekilde muâvaza ifadesinin de mübadele şeklinde yorumlanması akla daha uygun olacaktır. Zira ödünç veren, kazanç sağlamak amacıyla karz vermemekte, aksine ödünç isteyen ihtiyacını gidermek maksadıyla bu işlemi yapmaktadır. Dolayısıyla mukriz, ikrâz işlemi sonucunda oluşan borcun geri ödenmesiyle normal şartlarda herhangi bir kazanç elde etmemektedir. Ayrıca karz işleminin sonunda yapılacak olan geri ödeme miktarı, tarafların akitten önce pazarlıklarıyla veya akit sırasında şart koşmalarıyla değil, teslim alınan malın türü, kalitesi ve miktarıyla belirlenmektedir. Muhtemelen karz borcunun ödemesinde verilecek malın türü, kalitesi ve miktarının objektif kriterlere göre belirlenmesinden hareketle, karz olarak verilen malın misli olması şart koşulmakta ve nesnel ölçütlere dayalı bir bilim dalı olan eşya hukukuna ait bir terimle ifade edilmektedir. Öte yandan karz bedeli borcu malın fiilen teslimi veya tüketilmesiyle birlikte oluşan bir borç olduğu için, borçlanma karz işleminin hükmen ikinci aşamasında yer almakta ve borcun oluşumu, esasen kullanılsın ve iade edilsin diye verilen bir malın tüketilmesi sonucunda rakabesini telafi etmeye yönelik gerçekleşmektedir.

E. Genel Fıkıh Kurallarına Aykırı Bir Akit Olarak Karz:

Diğer mezheplerin karz akdine bakış açılarını incelediğimizde, akdin temel amacının ödünç isteyeneye yardımcı olmak ve onun ihtiyacını gidermek olduğu vurgulanmış, ma'rûf ve hayır işi olduğu söylenmiş, hatta ödünç vermek Allah'a

yaklaştıracak ve sevap kazanmaya vesile olacak davranış anlamında “kurbet”, Müslümanlar arasındaki yardımlaşmaya teşvik edip dayanışmaya özendiren naslara uymak ve Allah’a kulluk etmek niyetiyle yapılması itibariyle de “ibadet” olarak nitelendirilmiştir.⁷³⁶ Örneğin, Şâfiî mezhebinin önde gelen fakihlerinden Cüveynî, ittifakla meşru bir akit olarak kabul edilen karzın, ribevî malların trampa edilmesindeki peşin ödeme şartına uymadığı için tam anlamıyla bir muâvaza akdi sayılamayacağını, ancak karşılıklı bedellerin bulunmasından da vareste olmadığını belirtmiştir. Ödünç veren kişinin, verdiği malın aynısını değil, benzerini almak için borç verdiğini, dolayısıyla kaçınılmaz olarak karşılıklı ivaz değişiminin söz konusu olduğunu ifade eden Cüveynî, özellikle bedellerin illet birlikteliği nedeniyle fazlalık faizi (ribe'l-fadl) yasağına tabi olması durumunda, her iki bedelin de aynı akit meclisinde fiilen teslim alınması gerektiği kuralının muâvaza akitlerinde geçerli olduğunu, ancak bu kuralın karzın mahiyetine uygun olmadığı için uygulanmadığını vurgulamıştır. Ayrıca, Ebû Hanîfe ve Şâfiî'nin karz akdinde vadeyi bağlayıcı kabul etmediklerine dikkat çeken Cüveynî bu görüşü, vadenin gerçek anlamda ivaz değişimini içeren muâvaza akitlerinde söz konusu olabileceği, karzın ise böyle olmadığı gerekçesiyle açıklamaya çalışmıştır. Şâriin karz akdini, içerdiği ibadet anlamı nedeniyle muâvaza akitlerinde geçerli olan kuralların dışında tuttuğunu belirten ve karzı bir tür hayır işi (ma'rûf)⁷³⁷ olarak nitelendiren Cüveynî, karzın meşru bir akit olarak kabul edilmesindeki amacın, onu satım gibi muâvaza akitlerinden ayırarak borç alanın karşılık (ivaz) ödemedenden borca erişimini sağlamak olduğunu ifade etmiştir.⁷³⁸

Karz verme işleminde, kabulün sözlü olarak ifade edilmesinin şart olup olmadığına dair ihtilafı ele alırken Cüveynî'nin dikkat çektiği bir diğer önemli husus, bu işlemin mahiyetine yönelik açıklamasıdır. Konuya ilişkin mezhepte iki görüş olduğunu belirten Cüveynî, çoğunluğun tercih ettiği görüşe göre karz işleminde kabulün gerek olmadığını aktarmış ve bunun, işlemin esasen malın benzerini ödeme (damân) şartıyla malın tüketilmesine izin verme (الإذن في الإتلاف) anlamında olmasından kaynaklandığını ifade etmiştir. Ayrıca bu

⁷³⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415/1994, 3/175; Kâdî Abdülvehhâb, *el-Ma'ûne*, 2/998; Lahmî, *et-Tefsîr*, 6/2877; İbn Şâs, *'İkdü'l-cevâhiri's-semîne fî mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1423/2003, 2/758; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1419/1999, 5/352; Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 2/81; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/444; Gazzâlî, *el-Vasîl*, thk. Ahmed Mahmud İbrahim ve Muhammed Muhammed Tâmir, Kahire: Dâru's-selâm, 1417, 3/451; Rüyânî, *Bahru'l-mezheb*, thk. Tark Fethî es-Seyyid, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009, 4/522, 5/64, 71; İbn Ebî Musa, *el-İrşâd ilâ sebîli'r-reşâd*, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1419/1998, s. 234; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/236; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 6/347.

⁷³⁷ Ma'rûf ifadesi, hayır işi, yardım ve taat gibi ifadelerle açıklanmıştır. Bk. Rakkbî, *en-Nazmü'l-müsta'zeb fî tefsîri garibi elfâzi'l-Mühezzebe*, thk. Mustafa Salim, Mekke: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1991, 2/88.

⁷³⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/444, 452, 453.

ihtilafın, karzda verilen malın mülkiyetinin teslimle mi yoksa tasarrufla mı geçtiğine dair tartışmayla ilişkili olduğuna da dikkat çekmiştir.⁷³⁹ Bu görüş Hanefî mezhebinde, karzın kurulmuş sayılması için kabulün gerekli olmadığı ve karz olarak verilen malın mülkiyetinin teslim almakla değil, ödünç alanın üzerinde tasarruf etmesiyle devredileceği şeklinde zâhiru'r-rivâye dışında Ebû Yûsuf'tan aktarılan görüşü anımsatmaktadır.⁷⁴⁰

Karzın, içerdiği yardımlaşma anlamı sebebiyle şeriatta meşru sayıldığına değinen Mâlikî fakihlerinden Şehâbeddin el-Karâfî (ö. 684/1285), Müslümanlar arasındaki yardımlaşma maslahatının, faiz mefsedetine tercih edilerek karzın faiz yasağının bir istisnası olarak değerlendirildiğini belirtmiş ve bunu, şâriin mendûbları haramlara takdim ettiği konulardan biri olarak sunmuştur.⁷⁴¹ Karâfî, karz akdinde şeriattaki üç genel kurala aykırılık bulunduğunu söylemiş; bunlar arasında ribevî malların ödünç verilmesi durumunda faiz yasağı, gayrimislî mallarda müzâbene (satış konusu malın miktarının belirsiz olmaması kuralı) ve mislî mallarda kişinin mülkiyetinde olmayan malı satmama kuralını zikretmiştir. Karâfî, karz akdinde bu kurallara aykırılıklar bulunmasına rağmen, yardımlaşma maslahatının gözetilmesi nedeniyle meşru sayıldığını, bu maslahatın olmadığı yardımlaşma ve iyilik anlamı taşımayan ödünçlerin ise haram kılındığını ve faizli satım işlemi olarak değerlendirildiğini belirtmiştir.⁷⁴² Karz akdinin şeriattaki genel kurallara aykırılık taşımadığını savunanlar bile bu akdin verilen malın menfaatini karşılıksız olarak kullandırmaya yönelik, yardımlaşma ve hoşgörü esasına dayanan bir teberru akdi olduğunu belirtmiş ve muâvaza akdi sayılmaması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁷⁴³

⁷³⁹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/446, 455-456. Bu görüş Gazzâlî tarafından Şâfiî'ye nispet edilmiş ve bir kısım şârih tarafından buna itiraz edilerek bu görüşün Şâfiî'ye değil, Gazzâlî'ye ait bir görüş olduğu iddia edilmiştir. Kanaatimizce Gazzâlî bu görüşü Şâfiî'ye dayandırmakta haklıdır. Zira Şâfiî'nin bu görüşü andıran açıklamaları bulunmaktadır. Bk. Şâfiî, *el-Üm*, 4/38, 6/188; Gazzâlî, *el-Vesît*, 3/452; Râfî, *Fethu'l-Azîz*, 4/430; İbnü'r-Rif'a, "*el-Matlabü'l-âli fi şerhi Vesîti'l-Gazzâlî (min bidâyeti'l-cinsi's-sânî fi eczâ'i'l-hayvân ve zevâidih mine'l-bâbi's-sânî...)*", thk. Abdurrahman er-Rahîs, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Medine: el-Câmi'atü'l-İslâmiyye, 1431-1432), s. 298-299. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi bu görüşü Gazzâlî'den önce hocası Cüveynî aktarmış, ondan önce de bu görüşe Mâverdî değinmiştir. Bk. Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, 8/10.

⁷⁴⁰ Debûsî, *el-Esrâr*, 885; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 3/83, 7/394, 396. Esasen bu görüşün, kısıtlılara vedia verilmesine dair meseleyle ilişkili olduğu söylenmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/32, 8/435; Serahsî, *el-Mebsût*, 11/118-120, 14/41. Şeybânî *el-Asl*'da, karşısındakinin çocuk olduğunu bilerek karz verme durumunda bu işlemin, malın tüketilmesine izin verme anlamına geleceğini belirtmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 8/486; Serahsî, *el-Mebsût*, 24/178.

⁷⁴¹ Karâfî, *el-Furûk*, 3/292.

⁷⁴² Karâfî, *ez-Zehira*, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1994, 5/289; a.mlf., *el-Furûk*, 4/2.

⁷⁴³ İbnü's-Şât, *İdrâru's-şurûk 'alâ envâi'l-Furûk* (el-Furûk içerisinde), Kahire: Âlemü'l-kütüb, 1347, 3/292; Takıyyüddin İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, Medine: Mecma'u'l-Melik Fehd, 1416/1995, 20/514, 30/107; İbn Kayyim el-Cevziyye, *I'lâmü'l-muvakkî'in*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 1411/1991, 1/295.

Üçüncü Bölüm

BİR AKİT TÜRÜ OLARAK KARZIN UNSURLARI VE HÜKMÜ

I. KARZ AKDİNİN UNSURLARI

A. İrade Beyanı

Modern dönem İslam hukuku çalışmalarında akdin rükünlerinin Hanefilere göre sadece icab ve kabulden ibaret olduğu ve bunun onlara ait bir ıstılah olduğu, taraflar ve akit konusunun (المعقود عليه) ise akdin mahiyetinin ve zihnî formunun lazımları olduğu bildirilmiştir. Diğer mezheplere göre ise akdin rükünlerinin sigâ, taraflar ve akit konusunun tamamından oluştuğu ifade edilmiştir.⁷⁴⁴ Felsefî açıdan akdi bir fiil ve mastar gibi düşündüğümüzde, fail ve geçişli ise mef'ûlün fiilin mahiyeti içerisinde yer almayıp açık lazımı ve dış dünyadaki varlığı için ayrılmaz bir ilineği olması gibi taraflar ve akit konusunun akdin mahiyeti içerisinde yer almaması, fakat akdin hâriçteki varlığının ayrılmaz birer niteliği olması makul gözükmemektedir. Bu açıdan bakıldığında Hanefî dışındaki mezheplerin de bu görüşe katıldığı görülecektir. Nitekim Gazzâlî'nin (ö. 505/1111) *el-Vesît* adlı eserinde, dış görünüş itibariyle satım akdinin rükünlerinin üç olduğu ve bunlar arasında siganın yanı sıra taraflar ve akit konusunu zikretmesi, bizzat Şâfî mezhebi uleması tarafından eleştirilmiştir. Nitekim Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfîî (ö. 623/1226), Gazzâlî'nin maksadının -kendisinin de ifade ettiği gibi- yalnızca satış akdinin dışsal varlığını şekil ve görünüş itibariyle ortaya koyan unsurları sıralamak olduğu varsayılırsa, zaman ve mekân gibi unsurların da rükünler arasında saymasının daha doğru olacağını belirtmiştir. Fakat maksadın, akdin zihnî varlığını oluşturan unsurlar olması durumunda taraflar ve akit konusunun bu çerçeveye girmeyeceğini vurgulamış ve bu bağlamda Gazzâlî'yi eleştirmiştir. Daha da ileri giden Râfîî, siganın da akdin hakikatinden bir parça sayılmamasının daha doğru olduğunu iddia etmiştir.⁷⁴⁵ Bu açıklama ve eleştiriden anlaşıldığına göre Hanefî dışındaki mezhepler, akdin rükünleri arasında taraflar

⁷⁴⁴ Ali Hafîf, *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'îyye*, Kahire: Dâru'l-fikri'l-Arabî, 1429/2008, s. 187; Zerkâ, *el-Medhal*, 1/389-390; Şelebî, *el-Medhal*, s. 418-419; Nezîh Hammâd, *'Akdü'l-karz*, s. 23.

⁷⁴⁵ Râfîî, *Fethu'l-Azîz*, 4/9. Benzer eleştiri ve cevaplar için bk. İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî, *Şerhu müşkili'l-Vesît*, Riyad: Dâru künûzi lşbilyâ, 1432/2011, 3/427; İbnü'r-Rif'a, *Kifâyetü'n-nebih fi şerhi't-Tenbîh*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2009, 8/371.

ve akit konusu saymada ittifak halinde değillerdir ve esasen Hanefilerden farklı düşünmeyenler de vardır.⁷⁴⁶

Her ilim dalının terimlerini kendi sınırları içerisinde değerlendirmek daha doğru olacağı için, bu konuya fikhî kullanım açısından baktığımızda Hanefilerin, tarafları ve akit konusunu akdin hukukî mahiyeti çerçevesinde ele aldıkları kanaatindeyiz. Zira usûlû fıkıhta belirtildiği üzere akit, hukukî varlığı hukukun onayına bağlı olan şer'î bir fiildir.⁷⁴⁷ Varlığı açısından hukukun onayına ihtiyaç duyan bir işlem olarak akit, fıkıh kaynaklarında sadece sigaya yönelik değil, aynı zamanda taraflar ve akit konusuna yönelik birtakım in'ikâd şartlarını bulundurmadığı için bâtil olarak nitelendirilmekte ve hukuken tam anlamıyla yok sayılmaktadır.⁷⁴⁸ Nitekim usûlû fıkıhta hüsün-kubuh bahsinde yasaklanan eylem olarak batıl akitler, “kabîh li-'aynih” (zatından dolayı dünyada yergi ve ahirette azabı gerektiren fiil) başlığı altında ele alınmıştır.⁷⁴⁹ Rükûn ise “bir şeyin hukukî varlığının kendisiyle kaim olduğu ve onsuz hukuken var olamadığı unsur” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁵⁰ Dolayısıyla akit, fikhın bir kısım meselesinde taraflar ve akit konusunda şartların bulunmaması nedeniyle yok sayılıyorsa o takdirde fikhın, taraflar ve akit konusunu akdin hukukî varlığının tamamından kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Ayrıca fıkıh kaynaklarında geçen birtakım ifade kalıpları da bunu desteklemektedir. Örneğin, Hanefî fıkıh kitaplarında “sulbû'l-'akd” (صُلْبُ الْعَقْدِ) ifadesi, mebi ve semen gibi akit konusu ve bedelini ifade etmek için kullanılmakta⁷⁵¹ ve kelimeye “bir şeyin kendisiyle varlığını sağladığı unsur” anlamı verilmektedir.⁷⁵² Yine “kıvâmü'l-'akd” (قَوَامُ الْعَقْدِ) ifadesi de “akdin kendisiyle varlık kazandığı unsur” anlamında akit konusu ve bedel için kullanılmıştır.⁷⁵³ Hatta Şeybânî'den “akdin temel unsurlarının taraflar ve akit konusudur” (قَوَامُ الْعَقْدِ بِالْعَائِدِ وَالْمَحَلِّ) şeklinde bir ifade nakledilmektedir.⁷⁵⁴ Sonuç

⁷⁴⁶ Bu konunun, diğer mezheplere ait kaynaklar detaylıca incelenerek daha net bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü diğer mezheplerdeki benzer ifadelerin de taraflar ve akit konusunun akdin mahiyetine dahil edilmesini kastetmediğini, yalnızca akdin suretine yönelik bir açıklama niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz.

⁷⁴⁷ Serahsî, *Usûlû'l-fikh*, 1/86; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/257; Sadruşşeria, *et-Tavzîh (Hâşiyetü'l-Telvîh* içerisinde), 1/456-457. Bunun karşıtı olan hissî fiil ise varlığı dış duyuyla algılanabilen ve hukukî varlığı hukukun onayına ihtiyaç duymayan eylemdir. Bk. Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/257.

⁷⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/305.

⁷⁴⁹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 52; Serahsî, *Usûlû'l-fikh*, 1/80.

⁷⁵⁰ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 214, 278; Serahsî, *Usûlû'l-fikh*, 1/303, 2/12, 174; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/344.

⁷⁵¹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 851; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/157, 24/95; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/178, 300.

⁷⁵² Neseî, *Tilbetü't-talebe*, s. 302; Şelebî, *Hâşiyetü Tebyîni'l-hakâik (Tebyînu'l-Hakâik* ile birlikte), 4/58.

⁷⁵³ Bâbertî, *el-'Inâye*, 8/212; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 2/221.

⁷⁵⁴ Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 6/348.

olarak Hanefî mezhebinin, akdin hukukî varlığı hususunda sadece akdin sigasına baktığını ve akdin rükünlerinin îcab ve kabulden ibaret kabul ettiğini söylemek fikhî açıdan sıkıntılı gözükmemektedir. Ayrıca akdin îcab ve kabulden ibaret olduğunu ima eden fikhî ifadelerin, bu açıklamalar çerçevesinde yorumlanması daha sağlıklı gözükmemektedir.

Hanefî mezhebinde karz akdinin rükünün îcab ve kabul mü olduğu, yoksa sadece îcab mı hususunda fikir ayrılığı aktarılmaktadır. Hanefî meşâyihinin çoğunluğu tarafından tercih edilen ve kıyasa uygun olan görüşe göre karzın rükünü, îcab ve kabulün tamamıdır. Zira temlik akdinin hukukî varlığı îcab ve kabule bağlıdır. Çünkü miras dışında kişinin temlik olmaksızın mal üzerindeki milki başkasına geçmeyeceği gibi başka birinin mal varlığına, rızası olmaksızın ve kabul etmeksizin bir malın milki geçirilemez. Dolayısıyla temlik amacı güden akitlerde her iki tarafın irade beyanı, akdin hukukî varlığından söz edebilmek için zorunludur. Fakat teberru akitlerinde ivaz bulunmadığı için, sadece îcab ve kabulün milke sebep olması zayıf görülmüş ve bu zayıflık kabz ile desteklenmiştir. Bundan dolayı teslim ve kabz, mal üzerinde milkin sabit olması için şart koşulmuştur.⁷⁵⁵ Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Şeybânî'den gelen diğer bir rivayete ve Hanefî meşâyihinden Hâherzâde'nin (ö. 483/1090) tercih ettiği görüşe göre ise karzın rükünü sadece îcabdır. Zira teberru akitlerinde ivaz bulunmadığı için, tek tarafın edimiyle akdin hukukî varlığı oluşmuş sayılır. Kabul ve kabzın ise akdin bağlayıcılık kazanması için şart koşulduğu söylenmiştir.⁷⁵⁶ Ayrıca karz verme işlemi bir tür îare olduğu için, îarede kabul rükün olmadığı gibi karzda da rükün olmaması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁵⁷

Esasen bu mesele sadece karza özel olmayıp genel olarak teberru işlemlerinde tek taraflı irade beyanıyla akdin kurulmuş sayılıp sayılamayacağıyla ilişkilidir. Nitekim hibe, âriyet ve rehin gibi teberru işlemlerinde de aynı ihtilafın bulunması bunu göstermektedir.⁷⁵⁸ Hanefî mezhebinde aralarında Hâherzâde'nin bulunduğu bir kısım fakihe göre teberru niteliğindeki temlik işlemleri tek tarafın önerisiyle gerçekleşmiş sayılır, karşı tarafın kabulü ve kabzı ise mülkiyetin geçmesi için şart mesabesinde. Fakat muâvaza akitleri, genelde karşılıklı temlik edimi

⁷⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/48, 57; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/205; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/270, 2/69. Teberru akitlerinde îcab ve kabulün vazgeçilmez olduğunu söyleyen Züfer, teslim ve kabzı bir rivayete göre hükmün, yani milkin şartı olarak görmüş ve akdin onsuz tamam olduğunu kabul etmiştir. Diğer bir rivayete göre ise hükümsüz akit muteber olmadığı için, îcab ve kabul gibi kabzı da akdin tamamlanması için şart koşmuştur. Bu görüşe göre karşı taraf kabzetmedikçe akit gerçekleşmiş sayılmaz. Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/204.

⁷⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10-11; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 3/83, 7/394; İtkânî, *Gâyetü'l-beyân*, 16/179-181; Bâbertî, *el-İnâye*, 10/136; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/205.

⁷⁵⁷ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/214, 7/394.

⁷⁵⁸ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1326; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 3/83, 6/214, 7/394.

gerektirdiği için, karşı tarafın rızasını gösteren kabulü veya eylemi olmadan sadece tek tarafın îcabıyla kurulmuş sayılmamaktadır.⁷⁵⁹ İçlerinde Alâeddin es-Semerkandî'nin bulunduğu anlaşılan bir grup Hanefî fakihe göre ise akit, öneri ve kabulden oluşan bir hukukî işlem olduğu için kabul olmadan akdin varlığından bahsedilemez. Kabz ise milkin karşı tarafa geçmesinin şartıdır.⁷⁶⁰ Kabulün rükün sayılması, kıyasa uygun görüş olarak nitelendirilirken kabulü rükün saymayan görüşün istihsana dayandığı belirtilmiştir.⁷⁶¹ Genellikle teberru akitlerinde karşılaşılan bir görüş farklılığının karz akdinde de bulunması, Hanefî mezhebinde karz akdinin teberru akdi olarak düşünüldüğünü gösteren farklı bir delil olarak gösterilebilir.

1. Teslim ve Kabzın İrade Beyanıyla İlişkisi

Teberru işlemlerinde kabzın şart koşulması ise bağlayıcılık niteliği taşımayan teberru akdinin zayıf bir sebep olarak değerlendirilmesiyle ilişkilendirilmiştir. Malikin teberru konusu üzerindeki güçlü mülkiyet hakkının zayıf bir sebeple ortadan kaldırılamayacağı gerekçesiyle, bu hakkın sona erdirilmesi için teslim gibi destekleyici bir unsurun eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁶² Ayrıca teberru işlemlerindeki kabzın, milkin intikalini sağlama hususunda kabul mesabesinde olduğu da ifade edilmiştir.⁷⁶³ Diğer bir açıdan teslimin şart koşulması şu şekilde açıklanmıştır: Mal sahibi, mal üzerinde mülkiyet hakkı (milkü'l-ayn) ile birlikte zilyetlik hakkına da (milkü'l'yed) sahip olduğu için, teslimle birlikte akit mülkiyet hakkının devrini sağlarken kabz ise zilyetliğin devrini gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla teslim öncesi teberru konusu üzerindeki milkin karşı tarafa geçmesi, teberruda bulunan tarafın söz konusu malı karşı tarafa vermeye mecbur olması anlamına gelecektir. Bu durum, yükümlü olmaksızın karşı taraf lehine bir hak oluşturmak anlamına gelen teberruun içerik ve amacıyla çelişeceği için, teberru işlemlerinde teslimden önce milkin intikal etmeyeceği söylenmiştir.⁷⁶⁴ Bununla birlikte mülkiyet devrinin teberru işleminden sonra teslimle gerçekleşmesinin, işlemin gereklerinden biri olmadığı, sadece bağışçıyı bağışlamadığı bir şeyden sorumlu tutmama gayesine yönelik olduğu ifade edilmiştir. Nitekim teberru konusu mal, işlemten önce bir vesileyle teslim

⁷⁵⁹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1326; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/10.

⁷⁶⁰ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/160; İtkânî, *Gâyetü'l-beyân*, 13/105-106, 16/180; Ahmed Şemseddin Kadızâde, *Netâ'icü'l-efkâr* (*Fethu'l-kadîr* içinde), Beyrut: Dâru'l-fikr, ts., 9/20.

⁷⁶¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/214.

⁷⁶² Debûsî, *el-Esrâr*, s. 740; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/48.

⁷⁶³ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 674.

⁷⁶⁴ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 672-673; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/48.

edilmişse bu durumda mülkiyetin bizzat teberru işlemiyle devredileceği bildirilmiştir.⁷⁶⁵ Buradan hareketle, mislî bir malı önceden elinde bulunduran bir kişi, malın sahibinden bunu karz olarak almak istediğinde teslimin yenilenmesine gerek olmadığı ve kısa elden teslimin gerçekleşmiş sayılacağı söylenebilir.

Sonuç olarak farklı görüşler bulunmakla birlikte, Roma hukukundaki mutuum gibi fıkıhtaki karz için de teslim, işlemin vazgeçilmezi olarak gözükmektedir. Fakat fıkıhta bir kısım fakihe göre teslim öncesinde akit îcab ve kabulle kurulmuş olup kabz milkin devri için şart koşulmaktadır. İstihsana dayandığı düşünülen diğer bir bakış açısına göre karz işlemi, sadece îcâbdan ibaret olup kabul ve teslim milkin intikali için şart koşulmaktadır. Züfer'e nispet edilen bir görüşe göre ise kabz, îcab ve kabul gibi işlemin ana unsurları arasında yer almakta ve teslim olmaksızın işlemin hukukî varlığından bahsedilememektedir. Züfer'in bu görüşü, bir şekilde teslim olmaksızın akdin sadece irade beyanıyla hukuken var olamayacağını söyleyen Roma hukukuyla paralel gözükmektedir.

2. *Karz Akdinin Farklı Lafızlarla İfade Edilmesi*

Karz akdi aynı kökten gelen kelimeler dışında “selef” kelimesi ve türevleriyle de kullanılmaktadır. Nitekim bir hadiste, “selef” kökünden gelen bir kelime (اسْتَسْلَفَ) “tüketim ödünçü aldı” şeklinde yorumlanmıştır.⁷⁶⁶ Şeybânî'nin Ebû Hanîfe'den aktardığına göre, dirhem ve dinar gibi genellikle tüketilerek kullanılan bir malın iâre lafzıyla ödünç verilmesi onu âriyet olarak değil, karz olarak değerlendirmeyi gerektirmektedir.⁷⁶⁷ Zira fıkıhta akitlerin muhtevası belirlenirken tarafların niyetinden önce akdin lafzına ve akit konusunun o işleme elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca bu meselenin usul hukuku açısından da şöyle bir faydası olabilir: Kişi, para ve tüketilerek kullanılan diğer mislî eşya gibi esasen karz akdine elverişli olan bir malı, karşı taraftan âriyet adı altında ödünç aldıktan ve bunları kullanıp tükettikten sonra, alacaklı tarafından borcun ifası istenildiği vakitte akdin, âriyet lafzıyla kurulduğunu gerekçe göstererek ödeme yükümlülüğünden kaçamaz. Diğer bir ifadeyle akdin âriyet lafzıyla kurulmuş olması, ödünç alanı ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Zira ödünç alınan mal, iâre işlemine elverişli olmayıp karine de (zâhirü'l-hâl) alacaklıyı desteklemektedir. Bununla birlikte *el-Asl*'ın birçok yerinde, karz

⁷⁶⁵ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 1428; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/69.

⁷⁶⁶ Müslim b. Haccâc, *el-Câmiu's-sahîh*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Kahire: Dâru ihyâi'l-kütübî'l-Arabiyye, 1954, “Müsâkât”, 118; Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2680; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/32-33.

⁷⁶⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 3/19-20, 8/203.

akdinin âriyet mesabesinde bir akit olduğu belirtilerek onun bir teberru türü olduğu anlatılmak istenmiştir.⁷⁶⁸

Roma hukukunda tarafların irade beyanlarının hukuki sebep olarak geçerli sayılabilmesi için, bilerek veya bilmeyerek bir bozukluk içermemesi ve birbirine uygun olup aralarında çelişki olmaması gerektiği aktarılmıştı. Örneğin, bir kimse diğerine hibe olarak para verse, fakat alan bunu karz zannederek alsa aralarında irade uyuşması bulunmadığı için her iki muamelenin de hukuk nazarında geçersiz sayılacağı söylenmişti. Fakat hukuki sebep taraflar arasındaki irade uyuşmazlığından ötürü geçersiz olduğunda, şayet akit konusu mülkiyeti devir maksadıyla verilmişse bu durumda mülkiyetin alana geçip geçmeyeceği, sebebin illî veya mücerret olması ve bu husustaki Roma Klasik Dönem hukukçuları Iulianus ile Paulus ve Ulpianus arasında görüş farklılıkları ele alınmıştı.⁷⁶⁹

Hanefî mezhebi fıkıh kaynaklarında Şeybânî'den buna benzer bir mesele aktarılmaktadır. Meselenin özü, bir kimsenin diğerine, karza elverişli olan mislî bir mala işaret ederek “bu malı al” demesinin hukuken hibeyle mi yoksa karz ile mi yorumlanması gerektiği hakkındadır. Ebu'l-Leys es-Semerkindî'nin Şeybânî'den aktardığına göre, bir kimse diğerine “bu malı”⁷⁷⁰ al ve onunla Allah yolunda gaza et” dediğinde, bu ifadeyle hibe kastettiğine dair açık bir beyanı olmadığı sürece işlem, karz olarak yorumlanmalıdır.⁷⁷¹ Serahsî ise bu meseleyi farklı açılardan detaylı bir şekilde incelemiştir. Ona göre, bir kimsenin diğerine hitaben “bu malı al” şeklindeki sözü, tek başına ele alındığında hem karz hem de hibe anlamına gelebilecek mücmel bir ifade niteliğindedir ve söyleyen tarafından açıklama yapılmasını gerektirir. Eğer malı veren kişi tarafından hibe kastedildiğine dair açık bir beyan bulunmuyorsa bu şekildeki bu tür bir ifade, her iki işlem de teberru niteliğinde olmasına rağmen, daha az zarar doğurduğu için karz olarak yorumlanmalıdır. Zira karz işleminde geri ödeme yükümlülüğü bulunurken hibede böyle bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle malı veren taraf için daha az zarar doğuran teberru türüne göre hüküm verilmektedir.⁷⁷² Bu hüküm, bir hususta tereddüt edilmesi durumunda kesin olanın alınması gerektiğine dair fıkıh kaidesiyle ilişkilendirilmektedir. Karşılıksız temlik amacı güden hibe ve karz akitlerinden karz akdinin, hibeye nazaran daha az zarar

⁷⁶⁸ Örnek olarak bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/19, 20, 57, 8/203, 212, 213, 456, 10/508.

⁷⁶⁹ Bk. 34-39.

⁷⁷⁰ Buradaki “mal”dan maksat yüksek ihtimalle paradır. Nitekim meseleyi karz olarak yorumlaması da malın, karza elverişli bir mal olmasını gerektirir. Buğday gibi mislî bir mal olması uzak olasılıktır. Zira savaşa gidecek askere bir mal verildiğinde ilk akla gelen, savaş malzemesi olan veya onu almaya elverişli bir maldır. Bu da genellikle paradır.

⁷⁷¹ Semerkandî, *‘Uyûnü’l-mesâ’il*, s. 437.

⁷⁷² Şemsüleimme es-Serahsî, *Şerhu’s-Siyeri’l-kebîr*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, 1417/1997, 5/271-272.

doğurduğu göz önüne alınarak benzer meseleler de karz olarak yorumlanmıştır.⁷⁷³ Fakat bu hüküm, böyle bir sözle mülkiyet devrinin kastedilmediğine ve malın karşı tarafa emanet olarak verildiğine dair karine bulunan durumlar ile için geçerli değildir. Böyle bir durumda bu ifade, zararı daha az olanla yorumlama kuralına binaen emanet olarak yorumlanacaktır. Diğer taraftan bu ifadeyle açıkça neyin kastedildiği ifade sahibi tarafından bildirilirse veya ifadeye karzdan başka bir işleme işaret eden bir ek eklenirse o takdirde buna göre hüküm verilmelidir.

Bir kimsenin diğerine hitaben “bu malı al ve onunla Allah yolunda gaza et” veya “onunla hacca git” ya da “onu ailene harca” şeklindeki ifadesi, beyan sahibinin herhangi bir niyeti olmaksızın malı verdiği veya bu ifadeyle karzı kastettiğini söylediği durumlarda işlemin karz olarak yorumlanmasını, hibeyi kastettiğini söylediğinde ise hibe olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Malı alan tarafın aldığı malı hibe olarak aldığını, veren tarafın ise karz olarak verdiğini iddia etmesi üzerine mesele, mahkemeye taşınacak olursa malı alan taraf davacı, veren taraf ise davalı ve inkâr eden konumunda kabul edilir ve dava davalının yeminiyle birlikte onun lehine sonuçlandırılır. Ancak malı veren taraf yukarıdaki ifadesiyle, kendisi yerine malı alanın savaşa gitmesi için ona vekalet vermeyi kastettiğini söyler ve örneğin, o malla satın aldığı savaş malzemesini geri isterse mal sahibinin vekalet iddiası kabul edilir ve malın iadesine karar verilir.⁷⁷⁴

Sonuç olarak Serahsî’ye göre Hanefî fıkında, herhangi bir akit ismi zikretmeksizin veya onu gösteren bir beyanda bulunmaksızın, karza elverişli bir mal birine temlik maksadıyla verildiğinde, taraflar arasında meydana gelen irade uyuşmazlığı yapılan işlemi tümüyle geçersiz kılmamakta ve dava daha çok mal sahibi lehine verilen kararlar sonuçlanmaktadır. Fakat mal sahibinin açık beyanı bulunması durumunda niyetine bakılmamaktadır. Diğer taraftan böyle bir ifadenin karza elverişli olmayan, örneğin gayrimisli bir mal için kullanılması ve temlikin kastedilmesi durumunda işlem, sadece hibe olarak yorumlanacaktır. Zira işlemin karza elverişli olmayan bir malda tasvir edilmesiyle karz ihtimali ortadan kalktığı için, işlemin tashihi hibe olarak yorumlamasına bağlıdır.⁷⁷⁵

Roma hukukunda irade beyanındaki hata, akit konusunun miktarına ilişkin olduğunda işlemin tamamen geçersiz sayılmayacağı; akit sırasında belirtilen ile teslim edilen miktarın birbirinden farklı olması durumunda tereddütsüz miktarın itibara alınacağı ve akdin, rıza ile teslimin birlikte bulunduğu kısımda geçerli sayılacağı ifade edilmişti. Sözleşme veya teslimdeki daha az miktara

⁷⁷³ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/145, 22/24, 23/23,

⁷⁷⁴ Serahsî, *Şerhu’s-Siyeri’l-kebir*, 5/271-274.

⁷⁷⁵ Kâdîhan, *el-Fetâva’l-Hâniyye*, 3/264.

bakılmasının arka planında ise rızanın bulunduğu kısımla ilgili kesinlik arayışının bulunduğu söylenmişti.⁷⁷⁶ Hanefî fıkıh kaynaklarında da buna benzer meselelerle karşılaşmaktadır. Nitekim bir meselede, ödünç konusunun miktarında anlaşmaya varıldıktan sonra teslim sırasında yanlışlıkla fazla verilmesi durumunda karzın, anlaşmada belirtilen miktar üzerinde kurulmuş sayılacağı ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle akitte belirtilen miktar teslimden az olduğunda, irade beyanının esas alınacağı belirtilmiş ve fazla miktarın borçlunun elinde emanet sayılacağı ifade edilmiştir. Örneğin, elli dirhem borç isteyen bir kişiye teslim esnasında yanlışlıkla altmış dirhem verildikten sonra durumun farkına varan borçlu, fazlalık olan on dirhemi iade etmek üzere yanına alıp yola çıktıktan sonra bu parayı yolda kaybetmiştir. Bu meselede karzın elli dirhemde kurulduğu kabul edilmekle birlikte, kaybolan paranın tazmini konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Daha sahih olduğu ve istihsana dayandığı belirtilen bir görüşe göre, bu on dirhemden altıda beşini (8,33) diğer borçla beraber geri ödemeli, altıda birini (1,67) ise geri ödemesi gerekmemektedir. Bu görüşün dayandığı gerekçe ise borçlunun teslim aldığı her dirhemden 5/6'sı karz, 1/6'sı elinde emanettir.⁷⁷⁷ Diğer bir görüşe göre başlangıçta on dirhemden tamamını karz zannederek kendisi için aldığından dolayı on dirhemden tamamını tazmin etmesi gerekir.⁷⁷⁸ Bu meselenin tersine rastlanmamışsa da hükmün, Roma hukukundaki gibi teslim alınan miktarla sınırlı olacağı düşünülmektedir. Örneğin, altmış dirhem ödünç istenilen bir kimse bunun yerine elli dirhem verirse ödünç, verilen miktar üzerinden kurulmalıdır. Zira tereddütsüz miktar, iki miktardan en az olanıdır. Ayrıca akit ele geçen miktar üzerinde kesinleşmiştir. Fakat sonradan ödünç veren, verdiği miktara ek yapma maksadıyla on dirhem daha verirse bu miktar önceki miktarla birlikte karz mı olur, yoksa ayrı bir hibe olarak mı değerlendirilmelidir? Satıştaki mebi ve semene ziyade yapma meselesine kıyasla

⁷⁷⁶ Bk. 39-40.

⁷⁷⁷ Bu açıklamaya göre, elinde geriye kalan elli dirhemden tamamını geri ödeyecek şekilde düşünmek yanlış olur. Zira o zaman toplamda 58,33 dirhem ödemiş olacaktır. Bundan dolayı sadece on dirheme ilişkin böyle bir ödeme yapacakken geriye kalan elli dirhemden de 5/6'sı (41,67) karz, 1/6'sı (8,33) emanet olmalıdır. Dolayısıyla sonuçta ödenecek para, başta istenilen miktarla aynıdır. Burada üzerinde durulan nokta, elindeki malın her parçasında emanet hükmünde şayi bir hissenin olması ve teorik açıdan ödeme sorumluluklarının belirlenmesidir. Nitekim Kâdîhan da buna işaret etmiştir. Bk. Kâdîhan, *el-Fetâva'l-Hâniyye*, 3/373.

⁷⁷⁸ Semerkandî, *'Uyûnü'l-mesâ'il*, s. 341. Bu son görüşe göre geri ödemesi gereken miktar toplam altmış dirhemdir. On dirhemi bir tür hıyanetten ötürü, geriye kalanı karz bedeli olarak ödeyecektir. Fakat bu görüşün daha zayıf görülmesinin sebebi, miktarla satılan bir malın miktarının her iki tarafça kontrol edilmesi gerekirken karzda ödünç alanın kontrol gerekliliği yoktur. Dolayısıyla kontrol etmeden teslim alınca hıyanet hukuken söz konusu olmamalıdır.

burada da verilen miktarın öncekine katılması gerekir. Züfer'e göre ise ayrı bir hibe olarak değerlendirilmelidir.⁷⁷⁹

B. Taraflar

Karz akdi esasen teberru akdi olduğu ve ödünç verenin ödünç alana anlık mukabil bir edim olmaksızın malî bir hak kazandırmasıyla kurulduğu için, akitte belirleyici olan ve akdin mahiyetini yansıtan taraf mukriz (مُقْرِض), yani tüketim ödünçü verendir. Nasıl ki hibe ve âriyet gibi akitlerin ehliyet şartları, veren tarafın niteliklerine göre belirleniyorsa karz akdinin ehliyet şartlarında da ödünç veren tarafın özellikleri ön plandadır. Fakat satış ve icâre gibi bir muâvaza akdinde sadece satıcının değil, alıcının da aynı ehliyet şartlarına sahip olması aranır. Bundan dolayı bir kısım Hanefî mezhebi kaynaklarında karz akdinin ehliyet şartları ele alınırken, sadece akdin aktif tarafı olan ödünç verenin ehliyet şartlarına değinilmektedir.⁷⁸⁰ Diğer bir kısım kaynaklarda ödünç alan (مُتَقَرِّض) tarafın ehliyet şartlarına temas eden meselelerin ele alınması ise işlemin muâvaza olması açısından değil, genel anlamda hukukî işlem şartını içerip içermemesi yönündendir. Zira fiil (eda) ehliyeti bakımından muâvaza akitlerinde koşulan şartlar, teberru akitlerine göre daha hafif olduğu için, hiçbir açıdan fiil ehliyeti olmayanlara karz verme hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmayıp sadece hak (vücûb) ehliyeti olanlarla muamele yapmak olarak değerlendirilmiş ve esasen o açıdan ele alınmıştır.

Şeybânî *el-Asl*'da, cinsiyet ve din farkının ödünç alıp vermede herhangi bir engel teşkil etmediğini vurgulamıştır. Bu kapsamda özgür erkek veya kadının özgür bir erkek veya kadına, Müslümanın gayrimüslime (zimmî veya müste'min) veya gayrimüslimin (zimmî veya müste'min) Müslümana ödünç verebileceğini söylemiştir. Hatta mürteddin (dinden dönen erkek) ve mürteddenin (dinden dönen kadın) ödünç verip alabileceğini, yani karz kapsamında yapacakları hukukî işlemin geçerli olduğunu ifade etmiştir. Mürtedde için herhangi bir ayrıma gitmeksizin ödünç verme ve almasının geçerli olduğunu belirten Şeybânî, mürteddin bu kapsamdaki hukukî işleminin geçerliliğinin tövbe etmesine bağlı (mevkûf) olduğuna işaret etmiş; tövbe etmesi durumunda borç ve alacağının geçerli olacağını ve bizzat ifa ve tahsil edebileceğini belirtmiştir. Fakat mürted, irtidadından vazgeçmeksizin öldüğü takdirde karz kapsamındaki borcunun geriye

⁷⁷⁹ Aynî, *el-Binâye*, 8/255.

⁷⁸⁰ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 7/394.

bıraktığı malından, alacağının ise varisleri tarafından tahsil edileceğini ifade etmiştir.⁷⁸¹ Şeybânî'nin buradaki ifadelerinden Ebû Hanîfe'nin görüşünün de bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yine Şeybânî *el-Asl*'da Ebû Hanîfe'den, mürteddin tövbe etmeyip bu halinin devam etmesi durumunda, irtidat döneminde kazandığı malların mirasçılarına kalmayacağını, ganimet olarak beytülmale kalacağını aktarmıştır.⁷⁸²

Serahsî, mürteddin irtidat döneminde ödünç alıp tövbe etmeden ölmesi durumunda borcunun malından karşılanmasını iki şekilde açıklamıştır. Birinci açıklamaya göre, mürteddin hukukî işlemleri geçersiz sayıldığı için⁷⁸³ onun ödünç alma eylemi, bir tür gasp olarak değerlendirilmiş ve borcun kaynağının gasp olduğu öne sürülmüştür.⁷⁸⁴ Diğer bir açıklamaya göre hukukî işlemlerinin askıda sayılmasının sebebi, mirasçılarının hakkından dolayı olup irtidadı esnasında ödünç aldığı malda ise mirasçıların hakkı söz konusu değildir. Dolayısıyla ödünç aldığı maldan dolayı ödeme yükümlülüğü altına hukuken girebilir. Diğer taraftan ölünün terekesinden yapılacak ödemelerin sıralamasında borçları, mirasçıların hakkından önce gelmektedir. Mürteddin de borcu bıraktığı maldan karşılanmalıdır.⁷⁸⁵

Karzda ödünç verenin, her hukukî işlemde şart koşulduğu gibi akıllı olması, yani fayda-zarar ayrımı yapabilecek durumda olması (temyiz gücüne sahip olması) ve kısıtlı (mahcûr) olmaması, diğer teberru akitlerinde olduğu gibi balığ olması ve başkasının adına karz verecekse onun malında teberru yapma yetkisine sahip olması şart koşulmaktadır. Bu kapsamda Şeybânî, bazen tereddütlü ifadeler kullanmıştır. Örneğin, önce ticaret yapmasına izin verilen kölenin ve mükâtebin özgür bir kimseye ödünç verebileceğinden bahsetmiş, sonra da bunlardan ödünç almayı mekruh gördüğünü, ödünç almırsa aynen iade edilmesi gerektiğini, aynen durmuyorsa da mislinin ödenmesi gerektiğini bildirmiştir.⁷⁸⁶ Buradaki “mekruh”

⁷⁸¹ Şeybânî, *el-Asl*, 3/18, 31-32.

⁷⁸² Şeybânî, *el-Asl*, 7/495; Serahsî, *el-Mebsût*, 10/101. Ayrıca mürteddin borçlarının ödenmesinde, Müslüman olduğu döneme mi yoksa irtidat dönemine mi ait mallarının kaynak olarak kullanılacağı hususunda da farklı rivayetler vardır. Ebû Yusuf'un Ebû Hanîfe'den aktardığı bir görüşe göre borçları, öncelikle irtidat dönemine ait mallarından, onlar yetmezse İslam dönemine ait mallarından ödenir. Hasan b. Ziyad'ın aktardığı rivayete göre önce İslam dönemiyle başlanır, sonra irtidat dönemiyle devam edilir. Züfer'in aktardığına göre İslam dönemine ait borçları İslam dönemi mallarından, irtidat dönemi borçları ise irtidat dönemi kazancından ödenmelidir. Züfer de bu rivayet doğrultusunda görüş beyan etmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 10/106-107.

⁷⁸³ Mürteddin hukukî işlemlerinin geçersiz sayılması Ebû Hanîfe'ye ait bir görüştür. İmâmeyn'e göre hukukî işlemleri geçerlidir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 10/104-105.

⁷⁸⁴ İsbicâbî, *el-Mebsût*, 158a; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/40.

⁷⁸⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/40-41.

⁷⁸⁶ Şeybânî, *el-Asl*, 3/18. Özgür kişilerin, bunlar gibi toplumda dezavantajlı oldukları bilinen kimselerden ödünç almalarının mekruh görülmesinin, özellikle geri ödemeler açısından bu gibi kimselerin olumsuz durumlar yaşamalarının ve istismar edilmelerinin önüne geçmek olabilir.

ifadesinden yola çıkılırsa teberru ehliyetine sahip olmayan bu kişilerin ikrâzının da sahih ama mekruh olduğu sonucuna varılır. Fakat ibarenin devamındaki “aynen duruyorsa aynısını, yoksa mislini iade borcundan” bahsetmesi ise böyle bir akdin, bir tarafın ehliyet şartının eksikliğinden dolayı fasit olduğu, bundan dolayı da diğer fasit akitlerde malın teslim alınması durumunda olduğu gibi mal duruyorsa aynen, yoksa misli veya kıymetinin iade borcunun doğduğu akla gelmektedir. Kanaatimizce de buradaki maksat, bu akdin bir tarafın rükne yönelik ehliyet şartını bulundurmamasından dolayı fasit olmasıdır. Nitekim Şeybanî birkaç sayfa ileride, bunların ödünç vermesinin caiz olmadığını ve bunlardan ödünç alanın rücu hakkına sahip olduğunu açıkça bildirmektedir. İade borcu ve rücu hakkı mekruh akitlere değil, daha çok fasit akitlere ilişkin kavramlardır.⁷⁸⁷

Akıl hastası, temyiz gücünden tamamen yoksun matûh (bunak) ve gayrimümeyyiz çocuğun karz vermesi, hukukî işlemi bizzat yapma ehliyetleri ve temyiz şartı bulunmadığı için batıl ve geçersizdir.⁷⁸⁸ Kısıtlı mümeyyiz çocuk, köle ve temyiz gücüne sahip matûhun ikrâzı, hem teberru hem de muâvaza gibi sırf yararlarına olmayan bir hukukî işlemi yapma hususunda fiil (eda) ehliyetleri olmadığı için geçersizdir.⁷⁸⁹ Ticaret yapmasına izin verilmiş mümeyyiz çocuğun ikrâzı, sırf zararına olan teberru konusunda fiil ehliyetinin buluş şartını sağlamadığı için geçersizdir. Mezun köle, mükâteb ve temyiz gücüne sahip matûhun karz vermesi ise sırf zararlarına olan bir fiil olarak değerlendirildiği ve anlık karşılığı (ivaz) olmayan bir işlem olduğu için, bu konuda mümeyyiz çocuk gibi kabul edilmişlerdir.⁷⁹⁰

Özgür bir kimse, gayrimümeyyiz olan veya mümeyyiz olup kısıtlı olan bir çocuk veya temyiz gücünden tamamen yoksun veya temyiz gücüne sahip olup kısıtlı olan bir matûha dinen tavsiye edilmemesine rağmen karz verir ve bunlar da malı tüketirse Tarafeyn'e göre,⁷⁹¹ bunların doğrudan hukukî işlem yapma ve borç edinme ehliyetleri bulunmadığı için, kişinin verdiği malın mislini isteme ve bu hususta dava açma hakkı yoktur. Ayrıca kişi malı bunlara verirken normal şartlarda bunların malı itlaf edeceklerini bilmesine rağmen yine de vermekte ve

⁷⁸⁷ Şeybanî, *el-Asl*, 3/32; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/41; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/394.

⁷⁸⁸ Şeybanî, *el-Asl*, 3/32, 8/354, 512.

⁷⁸⁹ Şeybanî, *el-Asl*, 3/32, 9/9.

⁷⁹⁰ Şeybanî, *el-Asl*, 3/32, 8/497, 9/169; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/41; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/394; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/274.

⁷⁹¹ Esasen *el-Asl*'ın elimizdeki nüshası Ebû Hafs rivayetiyle geldiği için bu mesele onda, üç imam arsında görüş ayrılığı olmaksızın zikredilmiştir. Bk. Şeybanî, *el-Asl*, 3/32. Fakat Serahsî, Ebû Süleyman nüshasında bu meselenin, vedia bölümünde geçtiği gibi Tarafeyn ile Ebû Yusuf arasında ihtilafı olarak geçtiğini beyan etmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/41. Ancak Mualla b. Mansur *Nevâdir*'inde aktardığına göre, karz konusunda kısıtlı çocukla ilgili olarak Ebû Yusuf Ebû Hanîfe gibi düşünmekte ve bu hususta karzın vedia gibi olmadığı görüşündedir. Bk. Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 19/456. Bu ise Ebû Hafs nüshasını desteklemektedir.

bir tür bunların malı tüketmesine göz yummakta ve zımnen izin vermektedir. Fakat Serahsî'nin sahih olarak gördüğü ve Ebû Yusuf'tan aktardığı görüşe göre ise bu kimselerin hukukî işlem yapma ehliyetleri olmasa da hukuka aykırı olarak aldıkları malı tüketmeleri, haksız fiil anlamı taşımaktadır. Bu tür kimseler, zimmet sahibi her insan gibi hak (vücûb) ehliyetine sahip oldukları için, verdikleri zararı karşılama ve telafi etme borcu altına girerler.⁷⁹² Kısıtlı köleye ödünç verilmesinde de aynı görüş farklılığı aktarılmıştır. Ancak çocuk ve matûhtan farklı olarak kısıtlı kölede, Tarafeyn'e göre alacak hakkı doğmuşsa da talep hakkı, köle azat edilmeden doğmaz. Ebû Yusuf'a göre alacak hakkı gibi talep hakkı da mevcut olduğu için, alacaklı istediği zaman alacağını isteyebilir, gerekirse de kölenin bu uğurda satılmasını sağlayabilir.⁷⁹³ Şayet ödünç verilen mal henüz bu kimseler tarafından tüketilmemişse ve aynen duruyorsa ödünç veren, onu geri alma hakkına sahiptir.⁷⁹⁴ Zira mal, bunların mülkiyetine geçmemiştir.

Karşı tarafa yapılacak olan karşılıksız (ivaz) temlik işlemi sırf zarar olarak kabul edildiği için, başta çocuk olmak üzere matûh ve köle gibi eksik fiil (eda) ehliyetine sahip olanların, aralarında karzın da olduğu⁷⁹⁵ bu gibi işlemleri kendi adlarına ve doğrudan yapmaları geçerli olmadığı gibi onların adına vasileri ve yasal temsilcileri aracılığıyla da bunu dolaylı olarak yapmaları caiz değildir. Fakat hâkimin (kadı) yetim gibi eksik fiil ehliyetine sahip olanların mallarını üçüncü şahıslara karz olarak vermeleri caiz görülmüş, hatta dinen teşvik edilmiştir. Bu ise şu şekilde izah edilmiştir: Genellikle ödünç alma işlemi, fakir ve mali gücü olmayan kişiler tarafından başvurulmuş bir yöntem olduğu için ödünç vermede, çoğu kez mali sorunlar ve iflas gibi nedenlerle ödeyememe söz konusu olabilir. Bu yüzden karz, dinen sadaka yerine geçmektedir. Hâkim, genel olarak hakların korunmasını teminat altına alan kadılık makamı aracılığıyla alacakların daha kolay tahsil edilmesini sağlayabilir. Nitekim hâkim, alacağı mahkemeye başvurmadan ve delil aramadan bilgisine dayalı olarak da tahsil edebilir. Ayrıca hâkim, ödünç işleminden herhangi bir zarar doğmaması ve geri ödemede sıkıntı yaşanmaması için, yetim malını ödünç verirken özellikle mali durumu iyi bir kişiyi de borçlu olarak seçebilir. Bu durum, borcun alacaklı tarafından korunmasını sağlar ve malın zayi olma riskini azaltır. Çünkü ayn olan mal, çeşitli nedenlerle kaybolmaya daha açıkken borç, daha güvence altındadır. Böylelikle

⁷⁹² Serahsî, *el-Mebsût*, 11/118-120, 14/41.

⁷⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/120, 14/41.

⁷⁹⁴ Şeybânî, *el-Asl*, 3/32-33.

⁷⁹⁵ Bu mesele de karz verme işleminin açıkça teberra olduğunu göstermektedir. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 7/394.

ödünç verme işlemi, hâkimin yetkisi altında olduğu durumlarda tamamen fayda sağlayan bir işleme dönüşür. Bu şartlar uyarınca ödünç verme ise yalnızca ödünç veren kişinin tahsil gücü olduğunda ortaya çıkar. Bu nedenle hâkimin karz verme işlemi, tamamen faydalı bir iş olarak kabul edilir ve yetim malı üzerinde uygulanabilir.⁷⁹⁶

Yasal temsilci olarak babanın⁷⁹⁷ ödünç vermesine ilişkin iki rivayet söz konusudur. Serahsî'nin anlatısına göre zâhirü'r-rivâyede babanın, vasî gibi böyle bir yetkisi olmadığı beyan edilmiştir. Çünkü karz verme, eksik ehliyetlinin tamamen zararına olan bir teberru işlemidir. Ayrıca hâkim gibi borç tahsil etme imkânı elinde yoktur. Diğer bir rivayete göre babanın, hâkim gibi bu yetkisi olduğu zikredilmiştir. Zira baba, oğluna duyduğu şefkat yüzünden töhmet altında olmayacağı gibi borcu, dilediğinde tahsil edebileceği tanıdıklarına vererek geri ödemeyi bir tür garanti altına alır. Diğer taraftan baba himayeye ihtiyaç duyan çocuğunun hem zatı hem de malı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu açıdan hâkime benzer bir konumdadır.⁷⁹⁸ Yetim gibi eksik ehliyetlilerin mallarını ödünç alma konusunda ise genel kanaat, hâkim ve vasînin buna yetkisi olmadığı yönündedir. Fakat babayla ilgili farklı görüşler aktarılmıştır. Ebû Hanîfe'ye göre baba, eksik ehliyetlinin malını ödünç alamaz ve kendine ait ödemelerde kullanamaz. Serahsî de bu görüşü tercih etmiştir. Ancak Şeybânî'den aktarılan bir görüşe göre ise babanın, ödeme gücü varsa ve mali durumu yerindeyse yetimin malını ödünç almasında ve üçüncü şahsa olan şahsî borcunu ondan ödemesinde herhangi bir sakınca yoktur. Kâdihan'ın da bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır.⁷⁹⁹

C. Akdin Konusu

Hanefî mezhebi kaynaklarında karz akdinde, ödünç verilen mala ilişkin iki şart ön plana çıkmaktadır. Bunlardan biri malın, ödünç alana (mukteriz) teslim edilmesidir. Birçok Hanefî mezhebi fıkıh kaynağında akitlerdeki hüküm ve şartların, akitlerin lafızlarına göre belirlendiği ifade edilmiştir.⁸⁰⁰ Karz akdinde de teslimin şart koşulması da bu çerçevede izah edilmiştir. Bu bağlamda “karz” kelimesinin Arapçada “kesmek” anlamına geldiği ve ödünç veren adeta malının

⁷⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/103; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/256-257.

⁷⁹⁷ İlgili kaynaklarda baba ifadesi geçmektedir. Yetim ifadesinin, “henüz bülüğa ermeden babası vefat etmiş çocuk” anlamına geldiği göz önüne alınırsa burada, yetim olmayan çocuğunun malını ödünç vermesi kastedilmelidir. Veya baba ile dede de kastedilmiş olabilir.

⁷⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/103; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/256-257.

⁷⁹⁹ Kâdihan, *el-Fetâva'l-Hânîyye*, 2/288; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/257.

⁸⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/127; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/306, 6/115; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/242.

bir kısmının kendisiyle ilişkisini kesip onu ödünç isteyene verdiği için akde bu adın verildiği söylenmiş ve bu anlamın gerçekleşebilmesi için teslimin ve kabzın şart koşulduğu ifade edilmiştir.⁸⁰¹ Karz akdinde malın teslim edilmesine dair delil gösterilen özel bir nassın bulunmadığı belirtilmiş ve teslimin şart koşulmasının, karzın teberru işlemi olmasıyla ilişkili olduğu da söylenmiştir.⁸⁰²

Hanefîlere göre ödünç verilen mala ilişkin koşulan diğer bir şart ise ödünç verilen malın, hukuka aykırı olarak yok etmede (itlâf) olduğu gibi, miktarı hacim (mekîlât) veya ağırlık ölçü birimiyle tespit edilen mallar (mevzûnât) ya da hacim ve ağırlık ölçüsüne gerek olmaksızın miktarı birim sayısı ile belirlenebilen, birimlerinin piyasa değeri sabit olup aynı tür ve kalitedeki standart mallardan (adediyyât-ı mütekârîbe) ibaret olan mislî mallar kategorisine girmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁰³ Ancak karzda malın, tüketilmeksizin kullanılabilen ve yararlanılabilen bir mal olması akde aykırı görüldüğü için, mukrezin sadece “mislî mal” oluşuna temas edilmesi yetersiz gözükmemektedir. Nitekim bir kısım kaynaklarda buna değinilmiştir.⁸⁰⁴ Miktarı uzunluk ölçü birimiyle belirlenen mallar (mevrû'ât) ile gayrimislî malların (adediyyât-ı mütefâvite) karz olarak verilmesinin, fasit satıştaki gibi işlemi ifsat edeceği belirtilmiş, verilen mal aynen duruyorsa bizzat onun, tüketilmişse veya üçüncü bir şahsa satılmışsa kıymetinin iade edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁰⁵ Karzın gayrimislî mallarda caiz görülmemesi ise malın değerini belirleyecek olanların kıymetle ilgili farklı görüş beyan etme olasılığının yüksek olmasından hareketle bu durumun, taraflar arasında tartışmaya yol açabileceğiyle ilişkilendirilmiştir. Karz, tüketmek üzere bir malı almayı konu edindiği için, genellikle malın aynısının geri verilmesinden de bahsedilemez. Bu durumda karz akdinin geri ödeme şekli olarak elde tek seçenek olarak, mislin geri ödenmesi kalmaktadır. Bundan dolayı karzın cevazı mislî ve tüketilebilir mallarla sınırlı olduğu ifade edilmiştir.⁸⁰⁶

⁸⁰¹ Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i'*, 7/395.

⁸⁰² Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/22; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/66.

⁸⁰³ Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i'*, 7/395.

⁸⁰⁴ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/318-319; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/34.

⁸⁰⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 3/18; Serahsî, *el-Mebsût*, 14/33.

⁸⁰⁶ Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i'*, 7/395.

II. KARZDA VADE

Hanefî mezhebinin üç imamına (Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed) göre karz sarf ve selem bedelinde vade şartı geçersiz olup bunun dışındaki borçlarda geçerli olduğu, Züfer'e göre, karz dışında haksız fiille tüketilen malların bedellerinde de vadenin geçersiz olduğu, Şâfiî'ye göre her türlü vadesiz veya vadesi dolmuş olan alacakta vade şartının geçerli sayılmadığı, Mâlik ve İbn Ebî Leylâ'ya göre ise vade şartının ödünç vermede de geçerli olduğu aktarılmıştır.⁸⁰⁷ Şâfiî'ye göre karzdan doğan borç, vadesiz bir borç olup sarf ve selem bedelleri gibi şart koşularak vadeye bağlanamaz. Çünkü talep hakkı, alacak hakkına dayalı olarak kazanılan bir haktır. Dolayısıyla alacak hakkı devam ederken bunu geçersiz kılacak tecil gibi bir işlem hukuken mümkün değildir. Zira alacak hakkı talebin illet ve sebebi olarak kabul edildiği için, hükmü düşürülüp tamamen işlevsiz hale getirilemez. Nitekim, bir kimse hukuki işlemlerde mülkiyet hakkı çerçevesinde teslim alarak elde ettiği haklarından feragat etse bile bu feragat geçerli olmaz. Çünkü fıkıhta tesyîb yasağından ötürü mülkiyetten feragat hakkı yoktur. Diğer taraftan akit, borcu peşin olarak doğurduğu için, tıpkı sarf akdindeki gibi tecil ile bu hüküm değiştirilemez. Ancak satışta vade şartı geçerlidir. Çünkü vade, satışta akitle birlikte doğmaktadır. Ayrıca satıştaki vadenin bağlayıcılığı, satış akdinin bir sonucudur.⁸⁰⁸

Fakihlerin çoğunluğuna göre borcu vadeye bağlamak, borçluya yönelik talep hakkının bir süre boyunca düşürülmesi anlamına gelen bir hukukî işlemdir. Vade kapsamında belirtilen süre, talep hakkının ne kadar süreyle yöneltilemeyeceğini ve alacağın istenemeyeceğini göstermektedir. Talep hakkı, borcun aslı gibi alacaklının yetkisi dahilinde bulunan bir haktır. Bununla birlikte talep hakkı düşmeye de elverişli bir haktır. Zira akitle birlikte bulunan bir şartla düşebileceği gibi şartsız olarak talebin terk edilmesi ile de düşebilir. Bu yüzden ıskat ile de kasıtlı olarak düşürülmeye elverişlidir. Hukuka göre bir mal üzerinde bir tasarruf türü mümkünse bunu malik her türlü yapabilmelidir. Çünkü malikin, hakkında herhangi bir kısıtlama olmaksızın yapacağı bir tasarruf geçersiz sayılıyorsa bu durum, murdar hayvanın ve kanın satışında olduğu gibi malın kendisinin tasarrufa elverişsiz olduğunu gösterir. Her iki engel de yoksa bu durumda alacaklının, yetkisi olduğu için tecili her türlü geçerli olmalıdır.⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 883.

⁸⁰⁸ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 883.

⁸⁰⁹ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 883.

Alacak hakkının, talebin tehirine elverişli olduğunu şu durum göstermektedir: Alacaklı, düşünülen vade süresince alacağını vadeye bağlamaksızın geri ödeme talebinde bulunmazsa fiilen vade uygulanmış olmasına rağmen hukuken borcun hükmü değişmez. Ayrıca vadeye bağlamaksızın ve borcu talep etmeksizin beklemek, şariat açısından da güzel ve makbul bir amel sayılmaktadır. Aynı şekilde şart koşarak vadeye bağlamak, sadece borcun gecikmesine neden olur, başka bir şey gerektirmez. Bu sebeple, vade şartı geçerlidir. Öte yandan vade şartı, borçlu lehine hak doğuran bir ıskat işlemi olduğundan dolayı bir kere şart koşulduğunda kendi kendine bağlayıcı hâle gelir ve ibra gibi alacaklı tarafından tek taraflı olarak geri alınamaz. Temlik işlemlerinin bir kısmında, özellikle teberrularda ise tek taraflı işleminden vazgeçilebilir. Fakat bir yönden temlik anlamını barındıran ibra dışında tüm ıskat işlemleri, geçerli olarak gerçekleştirildiğinde ıskat eden taraf kendi başına işleminden vazgeçemez ve işlem geri alınamaz. Sarf ve selem dışındaki peşin bir satın almada, akdin geçerliliği kabz ve teslime bağlı olmadığı için, alış esnasında doğan satış bedeli alacağı ibra yoluyla ıskat edilebilir. Züfer, haksız fiil sonucu tüketilen mallardan doğan alacağın vadeye bağlanamamasını, bu tür borçların tüketilen malın yerine geçmesiyle ilişkilendirir. Dolayısıyla bir aynın yerine kaim olan o ayn gibi kabul edilir ve karz gibi bu borç türü de vadeye bağlanamaz. Zira vade, alacaklardaki talep hakkına yönelik bir işlemdir ve ayn ise tecile elverişli değildir.⁸¹⁰

Karz akdinin vadeye bağlanması Hanefî mezhebine göre geçersizdir. Nitekim Şeybânî *el-Asl*'da karzın âriyet mesabesinde bir akit olduğunu açıkça bildirmiştir.⁸¹¹ Kullanım ödünçlerinde ise vade bağlayıcı değildir. Örneğin, bir kimse evini bir veya iki ay için ödünç verse bu bağlayıcı sayılmaz. Zira kullanım ödünçü malın yararının bağıışı anlamındadır. Dolayısıyla hibedeki gibi, teslim alınmadan milk ifade etmez. Teberru yapma yetkisine sahip olan kimse, karz verme yetkisine de sahiptir. Teberru yapma yetkisine sahip olmayan kimse ise karz veremez. Bu da karzın âriyet gibi bir tür teberru olduğunu gösterir. Ayrıca karz, teslim alınması gereken karz bedelinin karşılıklı mübadelesi anlamında bir muâvaza işlemi değildir. Eğer böyle olsaydı sarf işlemi sayılır ve nesa faizinden ötürü fasit olmaması için, aynı mecliste karşılıklı teslim şartı aranırdı. Ancak icma ile karzda böyle bir şart söz konusu değildir. Dolayısıyla karz, sarf işlemi değildir. Karzda ödünç alan, ödünç verilen malı teslim almadan önce ona malik sayılmaz. Eğer karz bir muâvaza olsaydı, diğer muâvaza akitlerinde olduğu gibi teslim almadan önce malın mülkiyeti edinilebilirdi. Ayrıca karz işlemi, âriyet

⁸¹⁰ Debûsî, *el-Esrâr*, s. 883-884.

⁸¹¹ Şeybânî, *el-Asl*, 3/57.

vermek anlamına gelen bir ifadeyle (mesela “iâre” yani ödünç verme sözüyle) de geçerli olabilir. Eğer karz, rakabe mülkiyetini devre yönelik bir akit olsaydı, kullanım ödünçü verme gibi menfaatin temlikini öngören bir ifadeyle geçerli sayılmazdı. Nasıl ki satış işlemi, kiralama anlamına gelen ifadeyle (icâre) yapılamazsa veya bir malın hibesi, iâre ifadesiyle gerçekleştirilemezse, aynı şekilde karz da böyle olamazdı.⁸¹²

⁸¹² Debûsî, *el-Esrâr*, s. 884.

SONUÇ

Bu çalışmada, VI. yüzyıla kadar Hanefî mezhebi doktrininde karz akdinin nasıl ele alındığı, mahiyetinin ne şekilde açıklandığı ve hangi kavramsal çerçevede tanımlandığı incelenmiştir. Akdin meşruiyeti ve şartları konusundaki hukukî temellendirmeler ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bunun yanı sıra, farklı bir hukuk sistemi olarak Roma hukukunda karz akdine karşılık gelen “mutuum” kavramının Roma hukukuna ilişkin kaynaklarda nasıl ele alındığı detaylı olarak analiz edilmiş ve iki hukuk sistemi arasındaki benzerlik ve farklılıklar karşılaştırmalı bir yaklaşımla ortaya konulmuştur. Özellikle karz akdinin fıkıhtaki amacı üzerinde durularak bu akdin bir muâvaza mı yoksa bir teberru işlemi mi olduğu sorunsalı ele alınmıştır. Her iki hukuk sistemine ilişkin bölümlerin giriş kısmında, bu sistemlerin meşruiyet temelleri ve konuların tasnifi açısından taşıdığı benzerlik ve farklılıkları göstermek amacıyla genel hükümlere dair açıklamalara yer verilmiştir.

Meşruiyet temelinde ve konuları ele alış biçiminde İslam hukukundan farklı bir sistem olan Roma hukukunda, karz akdinin karşılığı olarak gösterilebilecek en uygun terim olan “mutuum” akdinin, Roma hukuku klasik kaynaklarında ve modern literatürde nasıl ele alındığına odaklanılmıştır. Farklı kültürel geleneklere sahip bir toplumun hukuk sistemi olarak Roma hukukunda, ödünç işleminin yapılış amacı ve akit sisteminde durduğu yer açısından hukukî meseleler, İslam hukukundaki konuların daha iyi anlaşılması amacıyla incelenmiştir. Öte yandan genel olarak Roma’da ilmî açıdan hukuka bakış, hukukun tasnifi ve alt başlıkları, borç ilişkisinin tanımı ve kaynakları ile akit türleri ele alınarak İslam hukuk sistemindeki benzer konularla mukayese amaçlanmakta ve iki sistemin benzeştiği ve ayrıştığı noktaların daha belirgin hale getirilmesi planlanmıştır. Roma borçlar hukukunda mutuum akdinin tanımı, unsurları, özellikleri ve türleri üzerinde durulacak ve bu akitle elde edilen hakkın korunmasına yönelik ne tür hukukî korumaların bulunduğu araştırılmıştır.

Maddi hukuk açısından mutuum akdinin mahiyeti ele alınırken etimolojik kökeni, klasik ve modern kaynaklarda terimsel olarak nasıl tanımlandığı, sözleşmeler sisteminde nerede durduğu, akdin yapılış amacı ve akdi meydana getiren unsurların tahlili ele almıştır. Bu kapsamda taraflar arasındaki karşılıklı rızanın irade beyanı ile uyumu, mülkiyetin devredilmesinde maddi teslim şartının nasıl algılandığı ve önemi, fiil ehliyeti açısından akdin taraflarında aranan şartlar ve ödünç konusunun tüketilebilen mislî mal kategorisinden olmasına dair şartın nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durulmuştur. Roma hukukunda mutuum

akdinin öne çıkan özellikleri arasında tek tarafa borç yüklemesi ve karşılık beklentisi olmaksızın gerçekleştirilen bir akit olması açıklanarak vadeye bağlanamaması ve faizin sadece akitle şart koşulamamasının akdin gayesiyle bağlantısı araştırılmıştır. Özel birtakım şartlar ihtiva etmesi bakımından aile evlatlarına verilen ödünçler ele alınmış, nexum ve foenus nauticum gibi işlemlerin mutuum ile ilişkisi araştırılmıştır. Ayrıca usul hukuku bakımından mutuum akdi kapsamındaki hakları korumaya ve yükümlülükleri garanti altına almaya yarayan hukukî himaye vasıtalarına değinilmiştir.

İslam hukukunda, hicrî altıncı asra kadar Hanefî mezhebinin klasik fıkıh literatürüne dayanılarak karz akdinin mahiyeti ve amacı tespit edilmeye çalışılmış ve konu farklı yönlerden ele alınmıştır. Bir akit türü olarak karzın temel unsurları ve hükmünün nasıl değerlendirildiği ile bu konudaki görüş ayrılıkları sistematik bir şekilde ortaya konulmuştur. Ayrıca, genel olarak İslam hukukunun hukuka bakışını kavramak amacıyla fikhın tanımına yer verilmiş; bu çerçevede Roma hukukuyla arasındaki farkları anlamaya yönelik bir karşılaştırma yapılmıştır.

Roma hukukundaki obligatio (borç ilişkisi) ve borç kavramları ile İslam hukukundaki müdâyene ve deyn terimlerinin tanımları ve bu bağlamdaki yaklaşımlar analiz edilmiştir. Bu inceleme sırasında fıkıhta borcun kaynaklarına değinilmiş, akit kavramı ve akitlerin tasnifi üzerinde durulmuştur. Karzın mahiyetini daha iyi anlamak amacıyla kelimenin sözlük anlamı ve etimolojik kökeni araştırılmış; ayrıca İslam öncesi Arap toplumunda karzın nasıl algılandığına dair bir inceleme yapılmıştır. Bu bağlamda, erken dönem Hanefî mezhebinin temel eserlerinden olan Şeybânî'nin *el-Asl* adlı eserinde karzla ilgili alt bölümlerde zikredilen naklî deliller değerlendirilmiş ve karzın bir fıkıh terimi olarak nasıl tanımlandığı belirlenmeye çalışılmıştır.

Karz akdinin, fıkıhtaki akit sistemi içinde nerede yer aldığı ve ayrı bir akit türü olarak varlık nedeni, klasik fıkıh kaynaklarında ele alınan farklı meseleler üzerinden netleştirilmiştir. Bu meseleler seçilirken özellikle Hanefî mezhep literatürünün ilerleyen dönemlerinde karz akdiyle ilgili öne çıkan “ibtidâen teberru, intihâen muâvaza” şeklindeki gerekçenin geçtiği yerler tespit edilmiş ve bu söylemin arka planındaki unsurlar incelenmiştir.

Fıkıhta karzın temel unsurları olarak belirtilen irade beyanı, taraflar ve akdin konusu mal hakkında kaynaklarda yer alan bilgiler özetlenmiştir. İrade beyanı bağlamında, maddî teslimin irade beyanı ile ilişkisi ele alınmış; akdin farklı lafızlarla ifade edilmesi meselesi tartışılmıştır. Son olarak, karz akdinde vade konusu irdelenmiş ve çalışma bu bölümle sona erdirilmiştir.

Hem Roma hukuku hem de fıkıhta tüketim ödücünü vade şartına bağlamanın geçersiz olması ve ödünç vereni bağlamaması, bu akit türüyle faizin şart

koşulamaması, her iki hukuk sisteminde kısmî kısıtlıların bu akdi yapmaya ehliyetli olmaması, maddi teslimin şart koşulması ve esasen malı karşı tarafa kullandırmanın hedeflenmesi, her iki hukuk sisteminde de karz akdinin ticarî ve kâr amacı güdülerek yapılan bir işlem olmadığını, daha çok yardımlaşma ve dayanışmaya yönelik bir sözleşme türü olduğunu göstermektedir. Modern dönem İslam hukuku çalışmalarındaki terimleştirme ve tasniflerin daha çok Roma hukuku menşeli sistemlerin etkisinde olup fıkhnın klasik kaynaklarıyla ilişkisinin yeterince derin olmadığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdülazîz el-Buhârî. *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Usûli'l-Pezdevî*, Kahire: Beyrut: Dâru'l-kitâbi'l-'Arabî, 1394/1974.
- Abdülhamîd İsmail el-Ensârî. "Ehlü'l-hal ve'l-akd", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1994.
- Abdürrezzak. *el-Musannef*, thk. Habîbürrahman el-A'zamî, Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1403.
- Ahmed b. Hanbel. *el-Müsned*, thk. Ebu'l-Muâtî en-Nûrî, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1419/1998.
- Ahmed İbrahim Bey. *el-İltizâmât fî ş-şer'i'l-İslâmî*, Kahire: el-Mektebetü'l-Ezheriyye, 2013.
- Ahmed Muhtar Ömer. *Mu'cemu's-savâbi'l-lugavî*, Kahire: Âlemü'l-kütüb, 1429/2008.
- Akta', Ebû Nasr. *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*, Dimaşk: Dâru'l-minhâcî'l-kavîm, 1444/2023.
- Ali b. Ca'd. *el-Müsned*, thk. Âmir Ahmed Haydar, Beyrut: Müessesetü nâdir, 1410/1990.
- Ali Hafif. *Ahkâmü'l-mu'âmelâti ş-şer'iyye*, Kahire: Dâru'l-fikrî'l-Arabî, 1429/2008.
- Âlim b. Alâ. *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*, thk. Şebbîr Ahmed el-Kâsimî, Diyûbend: Mektebetü Zekerîya, 1431/2010.
- Askalânî, İbn Hacer. *Telhîsu'l-habîr*, thk. Ebû Âsım Hasan b. Abbas, Kahire: Müessesetü Kurtuba, 1416/1995.
- Askerî, Ebû Hilâl. *Cemheratü'l-emsâl*, thk. Muhammed Ebu'l-Fadl ve Abdülmecid Katâmiş, 2. bs., Beyrut: Dâru'l-fikr, 1408/1988.
- _____. *el-Furûku'l-lugaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim, Kahire: Dâru'l-ilm ve's-sekâfe, ts.
- Atak, Ali Selkor. *Roma Hukukunda Tüketim Ödöncü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV, 1998.
- Aycan, İrfan. "Mus'ab b. Zübeyr", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*, 13. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- Aynî, Bedreddin. *el-Binâye*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1420/2000.
- _____. *Nuhabü'l-efkâr fî tenkîhi mebâni'l-ahbâr fî şerh Me'âni'l-âsâr*, thk. Ebû Temîm Yasir b. İbrahim, Devha: Vizâretü'l-evkâf, 1429/2008.

- _____. *Umdetü'l-kârî fî şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.
- Ayverdi, İlhan. *Kubbealtı Lugatı: Asırlar Boyu Tarihi Seyri İçinde Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, 3. bs., İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2008.
- Bâbertî. *el-İnâye fî şerhi'l-Hidâye*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts.
- Bâcî. *el-Hudûd fî'l-usûl*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003.
- _____. *el-Müntekâ*, Kahire: Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, ts.
- Bennâ, Muhammed Ali Muhammed Ahmed. *el-Kardu'l-masrifî*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2006.
- Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin. *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, Beyrut: Dâru İbn Kuteybe, 1412/1991.
- _____. *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003.
- Beyhakî. *Şu'abü'l-îmân*, thk. Muhammed Zağlûl, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1410.
- Beyzâvî. *Envâru't-tenzîl ve esrâru't-te'vîl*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1418.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*, 35. bs., Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Bostock, John ve Riley, Henry Thomas. *The Natural History of Pliny*, London: Henry G. Born, 1857.
- Buhârî, Zahîrüddin. *el-Fevâidü'z-Zahîriyye*, İstanbul: Süleymaniye Ktp. Atıf Efendi, No: 1002.
- Burhaneddin el-Buhârî. *el-Muhîtu'l-Burhânî*, thk. Nuaym Eşref Nûr Ahmed, Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân, 2004/1424.
- _____. *ez-Zehîra*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1440/2019.
- Büceyrimî, Süleyman b. Muhammed. *et-Tecrîd li-nefi'l-'abîd*, Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1369/1950.
- Caskel, Werner. *Lihyân und Lihyanisç*, Köln: Westdeutscher Verlag 1954.
- Cessâs. *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Sadık el-Kamhâvî, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 1405.
- _____. *el-Fusûl fî'l-usûl*, thk. Muhammed Sâdık el-Kamhâvî, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1405.
- _____. *Muhtasarü İhtilâfî'l-ulemâ*, thk. Abdullah Nezîr Ahmed, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1417.
- _____. *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, thk. Said Bekdâş, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1431/2010.
- Cevâd Ali. *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut: Dâru's-sâkî, 1422/2001.

- Cevherî. *es-Sihâh fî'l-lüga*, thk. Ahmed Abdülgafur Attar, Beyrut: Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, 1407/1987.
- Cicero. *De Amicitia*, Andrew Preston Peabody (çev.), Portland: The Mosher Press, 1823.
- Corpus Iuris Civilis*, nşr. Theodorus Mommsen and Paulus Krueger, Berlin: Apud Weidmannos, 1928.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn. *el-Burhân fî usûli'l-fıkh*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1418/1997.
- _____. *Gıyasü'l-ümem fî'l-tiyâsi'z-zulem*, Katar: Mektebetü İmâmî'l-Haremeyn, 1401/1981.
- _____. *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*, thk. Abdülazîm ed-Dîb, Beyrut: Dâru'l-minhâc, 1428/2007.
- Çağbayır, Yaşar. *Ötüken Türkçe Sözlük*, İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2007.
- Debûsî. *el-Esrâr fî'l-usûl ve'l-fürû'*, thk. Salim Özer, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE, 1997.
- _____. *el-Esrâr*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Ayasofya, no: 751.
- _____. *el-Esrâr*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, no: 751.
- _____. *Takvîmü'l-edille*, thk. Halil el-Meys, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1421/2001.
- Demiray, Mustafa. *Hak Zail Olmaz: Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Dîvânü Bîşr b. Ebî Hâzîm el-Esedî*, nşr. İzzet Hasan, 1379/1960.
- Dîvânü Lebîd b. Rebî'a*, nşr. Hamdû Tammâs, Beyrut: Dâru'l-ma'rife, 1425/2004.
- Dîvânü Ümeyye b. Ebi's-Salt*, nşr. Secî' Cemîl el-Cübeylî, Beyrut: Dâru Sâdir, 1998.
- Dozy, Reinhart. *Tekmiletü'l-me'âcimi'l-'Arabîyye*, Muhammed Selim en-Na'imî (çev.), Bağdat: Vizâretü's-sakâfe ve'l-i'lâm, 1979-2000.
- Ebû Bekir İbnü'l-Arabî. *el-Mesâlik fî şerhi Muvattai Mâlik*, thk. Muhammed b. el-Hüseyn es-Süleymânî, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1428/2007.
- Ebû Dâvûd es-Sicistânî. *es-Sünen*, thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut: Dâru'r-risâleti'l-âlemîyye, 1430/2009.
- Ebû Yûsuf, *el-Âsâr*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, ts.
- Elbakri, Zehra ve Jabari, Shaker. "Menheciyyetü'l-İmâm el-Hasîrî, fî tertîbi'l-ebvâbi'l-fıkhiyye min hilâli kitâbihi: el-Hâvî fî'l-Fetâvâ", *Bilimname Dergisi*, S. 45 (2021).
- Erdoğan, Belgin. *Roma Eşya Hukuku*, 8. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2020.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 24. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Ezherî, Muhammed b. Ahmed. *Tehzîbü'l-luga*, thk. Muhammed İvaz Mur'ib, Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 2001.
- Fayda, Mustafa. "Atâ", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1991.
- Fehmî, Abdülaziz. *Müdevvenetü Cûstinyân fî'l-fikhi'r-Rûmânî*, Kahire: el-Meclisü'l-a'lâ li's-sekâfe, 2005.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *el-Misbâhu'l-münîr fî garîbi's-Şerhi'l-kebîr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, ts.
- Fîrûzâbâdî. *el-Kâmûsü'l-muhît*, thk. Muhammed Nuaym el-Araksûsî, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1426/2005.
- Galanti, Avram. *Üç Sami Vazı-ı Kanun: Hammurabi, Musa, Muhammed*, İstanbul: Kağıtçılık ve Matbaacılık Anonim Şirketi, 1927.
- Gaznevî, Ahmed b. Muhammed. *el-Hâvi'l-Kudsî*, thk. Salih el-Alî, Beyrut: Dâru'n-nevâdir, 1432/2011.
- Gaznevî, Âlî b. İbrahim. *Menâbi'u'l-Meşâri'*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Laleli, No: 1182.
- Gazzâlî. *el-Vasît*, thk. Ahmed Mahmud İbrahim ve Muhammed Muhammed Tâmir, Kahire: Dâru's-selâm, 1417.
- Gözübenli, Beşir. "İslâm Borçlar Hukukunda Karz Akdi ve Faiz", Yayınlanmamış Doçentlik Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1988.
- Gürgen, Abrim. "Cicero ve De Officiis Eserinde Romalı Erdemleri", Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 2016.
- Hacak, Hasan. "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", Yayınlanmamış Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi SBE, 2000.
- _____. *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.
- Haddâd, Ebû Bekir. *el-Cevheretü'n-neyyira*, b.y., el-Matba'atü'l-hayriyye, 1322.
- Halil İbrahim Yüksel, "Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi", Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 2020.
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar. *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed. *Gamzü 'uyûni'l-besâir*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1405/1985.
- Hammâd, Nezîh Kemal. *'Akdü'l-karz fî's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Dımaşk: Dâru'l-kalem, 1411/1991.

- _____. *“Hakikatü’l-d-deyn ve esbâbü sübûtihi fi’l-fikhi’l-İslâmî”*, Mecelletü’l-bahsi’l-ilmî ve’t-türâsi’l-İslâmî, c. 4, 1981.
- Hârizmî, Ebu’l-Müeyyed. *Câmi’u’l-mesânid*, Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, ts.
- Harûfe, Alâeddin. *‘Akdü’l-karz fi’ş-şerî’ati’l-İslâmiyye ve’l-kânûni’l-vad’i*, Beyrut: Müessesetü Nevfel, 1982.
- Hasîrî, Muhammed b. İbrahim. *el-Hâvî fi’l-fetâvâ*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Kasideci Zade, No: 264.
- Hattâbî. *Me’âlimü’s-sünen*, Halep: el-Matba’atü’l-ilmîyye, 1351/1932.
- Herevî, Ahmed b. Muhammed. *Kitâbü’l-Garîbeyn fi’l-Kur’ân ve’l-hadîs*, thk. Ahmed el-Mezîdî, Mekke: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1419/1999.
- Heyet. *el-Mevsû’atü’l-fıkhiyyetü’l-Küveytiyye*, Küveyt: Vizâretü’l-evkâf ve’ş-şuûni’l-İslâmiyye, 1983-2006.
- Heysemî. *Bugyetü’l-bâhis ‘an zevâ’idi Müsnedi’l-Hâris*, Hüseyin Ahmed Sâlih el-Bâkerî, Medine: Merkezü hidmeti’s-sünne, 1413/1992.
- Heytemî, İbn Hacer. *Tuhfetü’l-muhtâc fi şerhi’l-Minhâc*, Kahire: el-Mektebetü’t-ticâriyye, 1357/1983.
- İsfahânî, Hamza. *ed-Dürretü’l-fâhire fi’l-emsâli’s-sâire*, thk. Abdülmecid Katâmiş, 3. bs., Kahire: Dâru’l-me’ârif, 2007.
- İbn Abdilber en-Nemerî. *el-İntikâ fi fezâili’s-selâseti’l-e’immeti’l-fukahâ*, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Halep: Mektebü’l-matbû’âtü’l-İslâmiyye, 1417/1997.
- _____. *el-İstizkâr*, thk. Salim Muhammed Atâ, Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 2000/1421.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn. *el-‘Ukûdü’d-dürriyye fi tenkîhi’l-fetâvâ’l-Hâmidîyye*, Beyrut: Dâru’l-ma’rife, ts.
- _____. *Minhatü’l-hâlik ‘ale’l-Bahri’r-râik*, Kahire: el-Matba’atü’l-ilmîyye, 1311.
- _____. *Minhatü’l-Hâlik (el-Bahru’r-râik içerisinde)*, Kahire: el-Matba’atü’l-ilmîyye, 1311.
- _____. *Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr*, Beyrut: Dâru’l-fikr, 1992/1412.
- İbn Akîl, Ebu’l-Vefâ. *el-Vâzih fi usûli’l-fikh*, thk. Abdullah et-Türkî, Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1420/1999.
- İbn Ebî Musa, *el-İrşâd ilâ sebîli’r-reşâd*, Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1419/1998.

- İbn Ebî Şeybe. *el-Musannef*, thk. Kemal Yusuf el-Hût, Beyrut: Dâru't-tâc, 1409/1989.
- İbn Ebî'l-İz. *et-Tenbîh 'alâ müşkilâti'l-Hidâye*, thk. Abdülhakim Şakir ve Enver Salih Ebû Zeyd, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1424/2003.
- İbn Emîri Hâc. *et-Takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1403/1983.
- İbn Fâris. *Mu'cemü mekâyisi'l-luga*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun, Beyrut: Dâru'l-fikr, 1399/1979.
- İbn Hazm. *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Beyrut: Dâru'l-âfâk, ts.
- _____. *el-Muhallâ*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts.
- İbn İshak. *Kitâbüs-Siyer vel-megâzi*, thk. Süheyl Zekkâr, Dımaşk: Dâru'l-fikr, 1978.
- İbn Kayyim el-Cevziyye. *İ'lâmü'l-muvakkı'in*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1411/1991.
- İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1388/1968.
- İbn Mâce. *es-Sünen*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbaki, Kahire: Dâru ihyâi'l-kütübi'l-'Arabiyye, 1373/1953.
- İbn Mâlik et-Tâi. *Şerhu't-Teshîl*, thk. Abdurrahman es-Seyyid ve Muhammed Bedevî, Kahire: Dâru hecer, 1410/1990.
- İbn Nüceym, Zeynüddin. *el-Bahru'r-râik*, Kahire: el-Matba'atü'l-ilmiyye, 1311.
- İbn Râhûye. *el-Müsned*, thk. Abdülgafur el-Belûşî, Medine: Mektebetü'l-îmân, 1412/1991.
- İbn Şâs. *İkdü'l-cevâhiri's-semîne fî mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1423/2003.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddin. *Mecmû'u'l-fetâvâ*, Medine: Mecma'u'l-Melik Fehd, 1416/1995.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekir. *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003.
- İbnü'l-Hümâm. *Fethu'l-kadîr li'l-âcizi'l-fakîr*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts.
- İbnü'l-Münzir. *el-Evsat mine's-sünen ve'l-icmâ' ve'l-ihtilâf*, nşr. Ahmed b. Süleyman, Feyyûm: Dâru'l-felâh, 1430/2009.
- İbnü'r-Rif'a. *"el-Matlabü'l-âlî fî şerhi Vesîti'l-Gazzâlî (min bidâyeti'l-cinsi's-sânî fî eczâ'i'l-hayvân ve zevâidih mine'l-bâbi's-sânî...)"*, thk. Abdurrahman er-Rahîs, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Medine: el-Câmi'atü'l-İslâmiyye, 1431-1432.
- _____. *Kifâyetü'n-nebîh fî şerhi't-Tenbîh*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009.

- İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin. *Nihâyetü'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl*, thk. Sa'd b. Garîr, Mekke: Câmi'atü Ümmi'l-kurâ, 1418.
- İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî. *Şerhu müşkili'l-Vesît*, Riyad: Dâru künûzi İşbilyâ, 1432/2011.
- İbnü's-Şât. *İdrâru's-şurûk 'alâ envâi'l-Furûk* (el-Furûk içerisinde), Kahire: Âlemü'l-kütüb, 1347.
- İsbîcâbî, Ahmed b. Mansûr. *el-Mebsût*, İstanbul: Süleymaniye Kütüphanesi, Nuruosmaniye, 1602.
- İtkânî. *Gâyetü'l-beyân ve nâdiretü'l-akrân*, Kuveyt: Dâru'z-ziyâ, 1444/2023.
- Kâânî, Mansûr b. Ahmed Müeyyed. *Şerhu'l-Muğnî*, İstanbul: Millet Ktp., Feyzullah Efendi, No: 606.
- Kadızâde, Ahmed Şemseddin. *Netâ'icü'l-efkâr (Fethu'l-kadîr içinde)*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ts.
- Kâdî Abdülvehhâb. *el-Ma'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, thk. Hamîş Abdülhak, Mekke: el-Mektebetü't-ticâriyye, ts.
- Kâdîhan. *el-Fetâva'l-Hâniyye (el-Fetâva'l-Hindiyye kenarında)*, 2. bs., Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1310-1311.
- Kadri Paşa, Muhammed. *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1308/1891.
- Kallek, Cengiz. "Dâne", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 1989.
- _____. "Vesk", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 2013.
- Karaçam, Ayşe. "İslâm Hukukunda Karz Akdi ve Bazı Güncel Uygulamalar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2020.
- Karâfî, Şehâbeddin. *el-Furûk*, Kahire: Âlemü'l-kütüb, 1347.
- Kâsânî. *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1406/1986.
- Kâtip Çelebi. *Süllemü'l-vusûl ilâ tabakâti'l-fühûl*, thk. Mahmud Abdülkadir el-Arnaût, İstanbul: IRCICA, 2010.
- Kelly, John Maurice. "A Hypothesis on the Origin of *Mutuum*", *The Irish Jurist*, Cilt: V, 1970.
- Keskin, Oğuzhan Bekir. "Modern Hukuki Sistemin Temelleri Üzerine Bir Giriş Çalışması: Geç Ortaçağ'da Corpus Iuris Civilis'in Keşfi ve Etkileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1 (Haziran 2014).

- Konevî, Kâsım. *Enîsü'l-fukahâ' fî ta'rîfâtî'l-elfâzî'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ'*, thk. Ahmed b. Abdürrezzâk el-Kübeyî, Cidde: Dâru'lvefâ, 1407/1987.
- Koschaker, Paul. *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Kudret Ayiter (çev.), Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- Kudûrî. *el-Muhtasar*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418/1997.
- _____. *et-Tecrîd*, thk. Muhammed Ahmed Sirâc ve Ali Cuma Muhammed, Kahire: Dâru's-selâm, 1425/2004
- _____. *Şerhu Muhtasari'l-Kerhî*, thk. Abdullah Nezir Ahmed Abdurrahman, 2. bs., Küveyt: Esfâr, 1445/2024.
- Kurt, Ekrem. *Tüketim Öduncü Sözleşmesi (Karz Akdi)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kurtubî, Muhammed b. Ahmed. *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, thk. Ahmed el-Berdûnî, Kahire: Dâru'l-kütübi'l-Mısriyye, 1384/1964.
- Küçük, Eşref. "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 4 (Aralık 2007).
- Lahmî. *et-Tebşıra*, thk. Ahmed Abdülkerim Necîb, Devha: Vizâretü'l-evkâf, 1432/2011.
- Lewis, Charlton ve Short, Charles. *A Latin Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1933.
- Mauss, Marcel. *Armağan Üzerine Deneme*, Nihan Özyıldırım (çev.), İstanbul: Alfa Yayınevi, 2018.
- Mâverî. *el-Emsâl ve'l-hikem*, thk. Fuad Abdülmün'im Ahmed, Riyad: Dâru'l-vatan, 1999/1420.
- _____. *el-Hâvî'l-kebîr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1419/1999.
- _____. *en-Nüket ve'l-'uyûn*, thk. Es-Seyyid b. Abdilmaksûd, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ts.
- Mergînânî, Burhâneddin. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, nşr. Tallâl Yûsuf, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.
- Murray, James. *A New English Dictionary on Historical Principles*, Oxford: Clarendon Press, 1893.
- Mutarriżî. *el-Muğrib fî tertîbi'l-Mu'rib*, Kahire: Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, ts.
- Münâvî. *Feyzu'l-kadîr Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr*, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1356.
- Müslim b. Haccâc. *el-Câmiu's-sahîh*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Kahire: Dâru ihyâi'l-kütübi'l-Arabiyye, 1954.
- Nakîb, Ahmed. *el-Mezhebü'l-Hanefî*, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1422/2001.

- Nerkiz, Mehmet. “İslâm Fıkında Borç/Karz Akdi ve Yükümlülükleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Uşak: Uşak Üniversitesi SBE, 2019.
- Nesâî, *es-Sünen*, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Halep: Mektebü'l-matbû'âtî'l-İslâmiyye, 1406/1986.
- Nesefî, Ebu'l-Berekât. *el-Müstasfâ*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, No: 921.
- Nesefî, Necmeddin. *Tilbetü't-talebe fî'l-ıstılâhâtî'l-fıkhiyye*, İstanbul: el-Matba'atü'l-âmira, 1311/1894.
- Oğuz, Arzu. “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 1 (1998).
- Önay, Işık. “Türk Borçlar Hukukunda Yenileme”, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı, 1973.
- Özyıldırım, Mehmet Mert. “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 1 (2022).
- Pezdevî, Fahu'l-İslâm. *Şerhu'l-Câmi'u'l-kebîr*, Kastamonu: Kastamonu İl Halk Ktp., No: 3530.
- _____. *Şerhu'l-Câmi's-sagîr*, İstanbul: Topkapı Sarayı Müzesi Ktp., 3. Ahmed, No: 727.
- _____. *Usûlü'l-Pezdevî*, thk. Sâid Bekdâş, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1437/2016.
- Poste, Edward. *Gai Institutiones: With a Translation and Commentary*, Oxford: The Clarendon Press, 1854.
- Pothier, Robert Joseph. *Tratié du Contrat de Vente*, Paris: Debure l'aîné, 1762.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*, 16. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Râfiî, Abdülkerim b. Muhammed. *Fethu'l-Azîz fî şerhi'l-Vecîz*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1417/1997.
- Rakbî. *en-Nazmü'l-müsta'zeb fî tefsîri garîbi elfâzi'l-Mühezzeb*, thk. Mustafa Salim, Mekke: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1991.
- Râmişî, Hamîdüddin ed-Darîr. *Hâşiye 'alâ Usûli'l-Pezdevî*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Fatih, No: 1321.
- Remlî, Ahmed b. Hüseyin. *Şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, Feyyûm: Dâru'l-felâh, 1437/2016.
- Rûyânî. *Bahru'l-mezheb*, thk Tarık Fethi es-Seyyid, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009.

- Sa'lebî. *el-Keşf ve'l-beyân 'an tefsîri'l-Kur'ân*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 1422/2002.
- Sadrüşşehîd. *el-Vâkı'ât*, thk. Abdünnasır Hakîmî Yayınlanmamış Doktora Tezi. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2018.
- _____. *Şerhu Edebi'l-kâdî*, thk. Muhyî Hilâl Serhân, Bağdat: Matba'atü'l-irşâd, 1397/1977.
- _____. *Şerhu'l-Câmii's-sagîr*, 2. bs., Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2020.
- Sadrüşşerîa. *et-Tavzîh fî halli gavâmizi't-Tenkîh (Haşiyetü't-Telvîh içerisinde)*, thk. M. Adnan Derviş, Beyrut: Dâru'l-erkam, 1419/1998.
- _____. *Şerhu'l-Vikâye*, thk. Salâh Ebu'l-Hâc, Amman: Müessesetü'l-verrâk, 2006.
- Sahnûn. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415/1994.
- Sandalcı, Sema. "On İki Levha Yasaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul SBE, 1993.
- Sanders, Thomas Collet. *The Institutes of Justinian: With English Introduction, Translation and Notes*, 7. bs., London: Longmans, Green and Co., 1903.
- Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*, Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener (çev.), Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1977.
- Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*, Oxford: The Clarendon Press, 1961.
- Schwarz, Andreas B. *Roma Hukuku Dersleri*, Türkan Rado (çev.), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1945.
- Seâlibî, Ebû Mansûr. *Hâssu'l-hâs*, thk. Hasan el-Emîn, Beyrut: Mektebetü'l-hayat, ts.
- Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer. *el-İstılâm fî'l-hılâf beyne'l-İmâmeyn eş-Şâfi'î ve Ebî Hanîfe*, Kahire: Dâru'l-menâr, 1412/1992.
- Semerkindî, Alâeddîn. *Mîzânü'l-usûl fî netâ'ici'l-'ukûl*, Matâbi'u'd-Devha'l-hadîse, 1404/1984.
- _____. *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2. bs., Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1414/1994.
- Semerkindî, Ebu'l-Leys. *Uyûnü'l-mesâ'il*, Bağdat: Matba'atü Es'ad, 1386.
- _____. *Muhtelefî'r-rivâye*, thk. Abdurrahman el-Ferec, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1426/2005.
- Senhurî, Abdürrezzak. *el-Vesût fî şerhi'l-Kânûni'l-medenî*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, ts.
- _____. *Nazariyyetü'l-'akd*, 2. bs., Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî, 1998.
- Serahsî, Radiyyüddin. *el-Muhîtu'r-radavî*, İstanbul: Millet Ktp., Feyzullah Efendi, No: 963.
- Serahsî, Şemsüleimme. *el-Mebsût*, Beyrut: Dâru'l-ma'rife, 1414/1993.

- _____. *Şerhu'l-Câmî's-sagîr*, thk. Ertuğrul Boynukalın, İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2021.
- _____. *Şerhu's-Siyerî'l-kebîr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1417/1997.
- _____. *Usûlü'l-fikh*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1414/1993.
- Serozan, Rona. “Parça Borcu-Çeşit Borcu: Aşılması Gereken Bir Ayırım”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5 (Haziran 2011).
- Siğnâkî. *el-Kâfî şerhu'l-Pezdevî*, thk. Fahreddin Kânî, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 1422/2001.
- _____. *en-Nihaye fî şerhi'l-Hidâye*, İstanbul: Süleymaniye Ktp., Murad Molla, No: 971.
- Sindî, Muhammed Âbid. *el-Mevâhibü'l-latîfe şerhu Müsnedi'l-Îmâm Ebi Hanîfe*, thk. Takıyyüddin en-Nedvî, Dimaşk: Dâru'n-nevâdir, 1434/2013.
- Söğüt, İpek Sevdâ. “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2 (Aralık 2020).
- Suğdî. *en-Nütef*, thk. Salahaddin en-Nâhî, Müessesetü'r-risâle, 1404/1984.
- Sübkî, Taceddin. *Tekmiletü'l-Mecmû'*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî'î, Cidde: Mektebetü'l-irşâd, 1980.
- Süheylî, Abdurrahman b. Abdillâh. *er-Ravdu'l-ünf fî şerhi's-Sîreti'n-nebeviyye li İbn Hişâm*, thk. Ömer Abdüsselam, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1421/2000.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *el-Medhal fî'l-fikhi'l-İslâmî*, 10. bs., Beyrut: ed-Dâru'l-câmi'iyye, 1405/1985.
- Şelebî, Şihâbüddin. *Hâşiyetü Tebyîni'l-hakâik (Tebyînü'l-Hakâik ile birlikte)*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1313.
- Şevkânî. *Neylû'l-evtâr*, thk. İsmâüddin es-Sabâbetî, Kahire: Dâru'l-hadîs, 1413/1993.
- Şevki Dayf. *Târîhu'l-edebi'l-Arabî: el-'Asru'l-câhilî*, 22. bs., Kahire: Dâru'l-me'ârif, 2000.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Âsâr*, thk. Ahmed İsa el-Mî'sarâvî, Kahire: Dâru's-selâm, 1427/2006.
- _____. *el-Asl*, Kayseri: Raşit Efendi, no: 325.
- _____. *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012.
- _____. *el-Câmi'u'l-kebîr*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Kahire: Matba'atü'l-istikâme, 1356.

- _____. *el-Hücce 'alâ ehli'l-Medîne*, thk. Mehdi Hasan el-Keylânî, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1403.
- _____. *Muvaṭṭa'ü 'l-Îmâm Muḥammed*, 2. bs., Beyrut: el-Mektebetü'l-ilmiyye, ts.
- Şîrâzî, Ebû İshak. *el-Lüma' fî usûli'l-fikh*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2003.
- _____. *el-Mühezzeb fî fikhî 'l-Îmâm eş-Şâfi'î*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1416/1995.
- Şîrbînî, Hatîb. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415/1994.
- Taberânî. *el-Mu'cemü'l-kebir*, thk. Hamdî es-Silefî, 2. bs., Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, 1415/1994.
- Taberî, Muhammed b. Cerîr. *Câmi'u'l-beyân 'an te'vîli âyi'l-Kur'an*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1420/2000.
- Tâcüşşerîa. *Nihâyetü'l-kifâye li dirâyeti'l-Hidâye*, Edirne: Selimiye Ktp., Selimiye Yazmalar, No: 306.
- Tahâvî. *Şerhu müşkili'l-âsâr*, thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1415/1994.
- Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri*, 14. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- _____. *Roma Hukuku Meseleleri*, 5. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2010.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2018.
- Teftâzânî. *et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki't-Tenkîh*, thk. M. Adnan Derviş, Beyrut: Dâru'l-erkam, 1419/1998.
- The Code of Justinian*, Samuel Parsons Scott (çev.), https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ4_Scott.htm#2 (19.05.2024).
- Tîbî. *el-Kâşif 'an hakâiki's-sünen*, thk. Abdülhamid Hindâvî, Riyad: Mektebetü Nizâr, 1417/1997.
- Tirmizî. *el-Câmi'u's-sahîh*, thk. Beşşar Avvâd Ma'rûf, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1998.
- Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cevat Edege (çev.), 2. bs., Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*, 2. bs., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1990.
- _____. *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.
- Üsmendî. *Tarîkatü'l-hilâf beyne'l-e'immeti'l-eslâf*, thk. Muhammed Zekî Abdülber, Kahire: Mektebetü dâri't-türâs, 1428/2007.

- Velvâlicî, Abdîrreşîd b. Ebî Hanîfe. *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1424/2003.
- Ventura, Mişon. *Mukayese-i Kavânîn-i Medeniye*, İstanbul: Kanaat Matbaası, 1330/1914.
- _____. *Roma Hukuku*, İstanbul: Kanaat Matbaası, 1332/1916.
- Watson, Alan. *The Digest of Justinian*, Philadelphia: University, of Pennsylvania, 1998.
- _____. *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 2001.
- Weber, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Ephraim Fischhoff ve Diğerleri (çev.), Berkeley: University of California Press, 1978.
- Yılmaz, Okan Kadir. “Orta Asya Hanefî Fetva Literatürünün Gelişimi ve İcâre-i Tavîle”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*. İstanbul Üniversitesi SBE, 2023.
- Yusuf Musa. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Dâru'l-fikrî'l-Arabî, 1996.
- Zebîdî, Muhammed Murtazâ. *Tâcü'l-'arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, nşr. Abdüssettar Ahmed Ferrâc, Küveyt: Vizâretü'l-irşâd ve'l-enbâ', 1965-2002.
- Zeccâc. *Me'âni'l-Kur'ân*, thk. Abdülcelil Abduh Şelebî, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1408/1988.
- Zendevisetî, Hüseyin b. Yahya. *Ravdatü'l-'ulemâ ve nüzhëtü'l-fudelâ*, thk. Beşir Berman, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2020.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâmi'l-âmme fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Dimaşk: Dâru'l-kalem, 1999.
- _____. *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, 2. bs., Dimaşk: Dâru'l-kalem, 1425/2004.
- Zerkeşî, Bedreddin. *el-Mensûr fî'l-kavâ'id*, Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf, 1405/1985.
- Zeylaî, Osman b. Ali. *Tebyînü'l-hakâik*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübra'l-emîriyye, 1313.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press, 1992.