



T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

İslam Hukuku Bilim Dalı

Doktora Tezi

MECELLE'DE İCÂRE AKDİ

M. Zülfıkar FIRAT
17932314

Danışman

Doç. Dr. Mesut BAYAR

Diyarbakır 2024

T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

İslam Hukuku Bilim Dalı

Doktora Tezi

MECELLE'DE İCÂRE AKDİ

M. Zülfikar FIRAT

17932314

Danışman

Doç. Dr. Mesut BAYAR

Diyarbakır 2024

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “MECELLE'DE İCÂRE AKDİ” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

23/02/2024

M. Zülfikar FIRAT

İmza

ÖN SÖZ

İnsan sosyal bir varlıktır. İnsanın sosyal bir varlık olmasından ötürü birlikte yaşama ihtiyacı ortaya çıkmış ve bunun sonucunda da medeniyetler meydana gelmiştir. Medeniyetlerin ortaya çıkışı, gelişimi ve devamlılığı belirli hukuk kurallarının varlığını insanoğlu için zorunlu kılmıştır.

İslam medeniyeti insanlık tarihinin en parlak medeniyet sayfalarından birisidir. Bu medeniyet yüzyıllar boyunca insanlık simasının parlak bir kandili olmuş, hak, adalet ve insaniyet semasını süreyya yıldızı misali aydınlığa gark etmiştir. İslam medeniyetinin temelleri de hukuk kurallarına dayanır. Ortaya çıktığı ilk andan itibaren yazılı ve sözlü hukuk kuralları üzerine inşa olan İslam hukuku, zamanın ve şartların değişimiyle beraber ortaya çıkan bütün ihtiyaçlara cevap verebilen dinamik bir yapıya sahiptir. Bu dinamik yapısı uygulandığı ortamlarda adalet ve özgürlüklerin temellerini oluşturur.

Günümüzün post modern dünyasında ekonomi ve mali konuların ne kadar önem ifade ettiği aşikârdır. Günümüz insanının ekonomik sorunlarının çözümünde İslam'ın elbette söylediği veya bundan sonra da söyleyeceği çok sözü vardır. İşte bu ekonomik düzenin içerisinde borçlar hukuku önemli bir yere sahiptir.

Borçlar hukukunun önemli konularından biri kiralanan mal, kiraya veren ve kiracı arasındaki ilişkilere dair olan icâre akdi konusudur. Kiraya veren ile kiracının kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin belirlenmesi, sözleşme sırasında ve sonrasında tarafları bağlayan kuralların açıklanması gerekmektedir. Bu çerçevede tezimiz icâre akdi konusunu ele almakta, İslam hukukunda konunun işlenişi ile karşılaştırarak Mecelle'de geçen icâre akdi bölümünü esas almaktadır.

Mecelle İslam tarihinde bu konuda modern kanun formatında oluşturulmuş ilk çalışma kabul edilir. Ayrıca cihan hâkimiyetine sahip bir Osmanlı devleti tarafından uygulanmış olması da büyük önem ifade eder. Osmanlının dağılmasından sonra da birçok ülkede belirli bir zamana kadar Mecelle uygulanmaya devam etmiştir.

Doktora tezi olarak hazırladığımız “Mecelle’de İcâre Akdi” isimli bu çalışma, Mecelle’nin 404. ile 611. maddeleri arasındaki kira akdi ile ilgili bölümününü kapsamaktadır.

Kendisi ile çalışabilme fırsatını bulduğumdan minnet borçlu olduğum ve tezin oluşmasında büyük emeği geçen danışman hocam Doç. Dr. Mesut BAYAR’a özel olarak teşekkürü bir borç bilirim. Tezin hazırlanmasında önemli katkılar sunan ve emeğini hiçbir zaman esirgemeyen Tez İzleme Komitesindeki değerli hocalarım Prof. Dr. Hayrettin KIZIL’a, Doç. Dr. Orhan CANPOLAT’a katkılarından ötürü teşekkür ederim. Ayrıca tez savunma jürisinde yer alan ve birçok konuda yardımına başvurduğum değerli hocam Prof. Dr. Adnan MEMDUHOĞLU’na ve uyarılarıyla bana klavuzluk etmiş olan Dr. Öğretim Üyesi Abdulğalib ASLAN’a da teşekkür etmek isterim.

Uzun süreli zorlu bir çabanın ürünü olan bu çalışmanın Türkiye’de Mecelle ile ilgili literatüre katkı sağlamasını ve bu alandaki diğer araştırmacılara ve araştırmalara fayda sağlayabilmesini umarım.

M. Zülfikar FIRAT
Şubat 2024- Diyarbakır

ÖZET

Çalışmamız, bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde tezimizin konusu ele alınmış, konunun ele alınış amacı, önemi ve konunun işleniş yöntemi hakkında bilgi verilmiştir. Ayrıca tezde istifade edilen kaynaklar ve bu kaynaklardan faydalanma şekilleri izah edilmiştir. Tezimizin adının iki unsurunu oluşturan Mecelle ve icâre konuları hakkında da girişte bilgiler sunulmuştur.

Birinci bölümde, *Mecellede icâre akdinin mahiyetine dair hükümler*'den söz edilmiş ve icâre akdinin tanımı ve hukuki niteliği, icâre akdinin çeşitleri, rükünları, kurulum ve sıhhat şartları Mecelle'de geçen şekli baz alınarak ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise *Mecelle'de icâre akdinin işleyişine dair hükümler*'den söz edilmiştir. Bu kısımda Mecelle'de icâre akdinin işleyişine dair olan icâre akdinde ücret, süre, muhayyerlik ve tazminat konuları ele alınmıştır. Kiralanan şeyin türleri ve icâre akdi sonrası kiracı ve kiralayanın görev ve yetkilerinden söz edilen bu kısımda ayrıca icâre akdinin feshi ve batıl olması konularına yer verilmiştir. Bu kısmın sonunda icâre akdinde iş akdi konusu ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise “Uygulama Bakımından İcâre Akdi” konusu ele alınmış Mecelle'nin icâre akdi bölümünün uygulanması ile ilgili örneklerle temas edilmiştir. Osmanlı Devleti'nde Mecelle'nin uygulandığı mahkemeler ve bu mahkemelerde Mecelle'nin icâre akdi bölümünün uygulanması ile ilgili örneklerle değinilmiş, Osmanlı devletinde mahkemelerdeki kanunların dercedildiği Cerîde-i Mehâkim denilen dergide geçen Mecelle icâre akdi uygulamaları ile ilgili örneklerle değinilmiştir. Bu bölümde Mecelle sonrası hazırlanan kanunlara Mecelle'nin kaynaklık etmesi ile ilgili *Mecellenin müslüman devletlerin yasasına icare örneğinde etkisi* ve *Türk medeni kanununda icare hükümlerinde mecelle etkisi* başlıkları altında örnekler verilmiştir. Bu bölüm Mecelle'nin uygulanışı ve sonraki kanunlara kaynaklık etmesinin anlaşılması bakımından önemlidir.

Anahtar Kelimeler

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Osmanlı Medeni Kanunu, İcâre akdi, İş akdi, Kadı Sicilleri

ABSTRACT

Our study consists of an introduction and three chapters. In the introduction, the subject of our thesis is discussed, and information is given about the purpose, importance and method of processing the subject. In addition, the sources utilized in the thesis and the ways of utilizing these sources are explained. In the introduction, information about the subjects of Mecelle and Ijāra, which constitute the two elements of the title of our thesis, is also presented.

In the first chapter, the provisions on the nature of the Ijāra contract in the Mecelle are mentioned, and the definition and legal nature of the Ijāra contract, the types of the Ijāra contract, its rukuns, its establishment and its conditions of validity are discussed on the basis of its form in the Mecelle.

In the second part, the provisions regarding the functioning of the ijāra contract in the Mecelle are mentioned. In this section, the issues of remuneration, duration, mutayyerlik and compensation in the ijāra contract, which are related to the functioning of the ijāra contract in the Mecelle, are discussed. In this section, the types of the leased thing and the duties and powers of the lessee and the lessor after the ijārah contract are mentioned, and the issues of termination and nullity of the ijārah contract are also included. At the end of this section, the issue of labor contract in the contract of ijārah is discussed.

In the third part, the subject of "Ijāre Contract in terms of Application" was discussed and examples related to the application of the Ijāre contract section of the Mecelle were touched upon. The courts where Mecelle was applied in the Ottoman Empire and the examples of the application of the ijāre contract section of Mecelle in these courts were mentioned, and the examples of Mecelle ijāre contract applications in the journal called Cerîde-i Mehâkim, in which the laws in the courts in the Ottoman state were compiled, were mentioned. In this section, examples are given under the headings of the effect of Mecelle on the laws prepared after Mecelle on the laws prepared after Mecelle, the effect of Mecelle on the laws of Muslim states in the example of icare and the effect of Mecelle on the provisions of icare in the Turkish

civil code. This chapter is important in terms of understanding the implementation of the Mecelle and its influence on the subsequent laws.

Key Words

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Ottoman Civil Code, Ijarah Contract, Employment Contract, Kadi Registers

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖN SÖZ	I
ÖZET	III
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ.....	1
I. TEZİN KONUSU VE YÖNTEMİ	1
II. TEZİN AMACI VE ÖNEMİ	2
III. TEZİN KAYNAKLARI	3
IV. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE VE İCÂRE AKDİ.....	6
a. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye	6
i. Mecelleyi Gerekli Kılan Sebepler	7
ii. Mecelle'nin Hazırlanışı.....	10
iii. Mecelle'nin Özellikleri ve İçeriği	12
iv. Mecelle'nin Bölümleri	20
v. Mecelle'nin Kaynakları.....	24
vi. Mecelle Ta'dil Çalışmaları.....	38
b. İcâre Akdi.....	44
i. İcâre Akdinin Tanımı	44
ii. İcâre Akdinin Hukuki Niteliği	48
BİRİNCİ BÖLÜM	52
MECELLE'DE İCÂRE AKDİNİN MAHİYETİNE DAİR HÜKÜMLER	52
1.1. MECELLE'DE İCÂRE AKDİ	52
1.2. İCÂRE AKDİNİN ÇEŞİTLERİ	54
1.3. İCÂRE AKDİNİN RÜKÜNLERİ	58
1.4. İCÂRE AKDİNİN KURULUM ŞARTLARI.....	72
1.5. İCÂRE AKDİNİN SİHHAT ŞARTLARI	76
İKİNCİ BÖLÜM.....	87
MECELLE'DE İCÂRE AKDİNİN İŞLEYİŞİNE DAİR HÜKÜMLER.....	87

2.1. İCÂRE AKDİ'NDE KİRALANANIN (ME'CUR) TÜRLERİ VE HÜKÜMLERİ...	87
2.1.1. Taşınmaz mal (akar)'ın Kiralanması.....	87
2.1.2. Taşınır mallar (urûz)'ın Kiralanması	95
2.1.3. Hayvanların Kiralanması	97
2.2. İCÂRE AKDİ'NDE ÜCRET	108
2.2.1. İcâre Akdi'nde Ücret Olabilecek Şeyler ve Bunlara Dair Hükümler.....	109
2.2.2. İcâre Akdi'nde Ücret Ödenmesinin Sebepleri ve Kiralayanın Ücrete Hak Kazanım Halleri	113
2.2.3. Ücretin Ta'cil, Te'cil ve Taksitli Ödenmesi	119
2.2.4. İcâre Akdi'nde Ücretle İlgili Olarak İşçinin Kiraya Verilmiş Malı Hapis Hakkı.....	127
2.3. İCÂRE AKDİ'NDE SÜRE.....	130
2.4. İCÂRE AKDİ'NDE MUHAYYERLİKLER.....	137
2.4.1. İcâre Akdi'nde Şart Muhayyerliği (Hıyâr-I Şart).....	140
2.4.2. Akdi'nde Görme Muhayyerliği (Hıyâr-ı rü'yet)	148
2.4.3. İcâre Akdi'nde Ayıp Muhayyerliği (Hıyâr-ı ayb).....	152
2.5. İCÂRE AKDİNİNDE FESİH HAKKI	157
2.6. İCÂRE AKDİNİN BATIL OLMASI	168
2.7. İCÂRE AKDİ SONRASI KİRACI VE KİRALAYANIN GÖREV VE YETKİLERİ	169
2.7.1. Kiraya Verilen Malın (Me'cûr) Teslimi.....	169
2.7.2. Sözleşme Sonrası, Kiraya Verilen Malla İlgili (Me'cûr) Tarafların Tasarrufları.....	171
2.7.3. Kiralanan Şeyi (Me'cûr) Geri Verme ve İade Etme	176
2.8. İCÂRE AKDİ'NDE TAZMİNATLAR (DAMÂN)	179
2.8.1. Tazminat Kavramı	180
2.8.2. Mecelle'de Tazmin: Genel Kurallar ve İlkeler	181
2.8.3. Yararlanma Karşılığı Ödenmesi Gereken Tazminat (Damân-ı Menfaat)	182
2.8.4. Kiracının Tazminatı	191
2.9. İCÂRE AKDİ'NDE İŞ AKDİ (İCÂRE-İ ÂDEMİ)	203
2.9.1. Mecelle'de Ecîr-i hâs ile Ecîr-i Müşterek Anlayışı ve Hükümleri.....	205

2.9.2. İş Akdinde İş, Süre ve Ücret Meselesi	210
2.9.3. İş Akdinde İş ile Bağlantılı Bazı Hükümler	216
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	222
UYGULAMA BAKIMINDAN İCÂRE AKDİ	222
3.1.MECELLEDE UYGULANMASI	222
3.2.OSMANLI'DA MECELLE'NİN UYGULANDIĞI MAHKEMELER	224
3.2.1.Temyiz mahkemesi	226
3.2.2.Şeriyeye Mahkemeleri	226
3.2.3.Nizâmiye Mahkemeleri	227
3.3.MECELLE'NİN İCÂRE AKDİ HÜKÜMLERİNİN MAHKEMELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ	228
3.4.KADI SİCİLLERİNDE GEÇEN İCAREYLE İLGİLİ BAZI KARAR ÖRNEKLERİ	233
3.5.CERÎDE-İ MEHÂKİMDE GEÇEN İCAREYLE İLGİLİ BAZI KARAR ÖRNEKLERİ	236
3.6.MECELLENİN İCÂRE AKDİ MADDELERİNİN MÜSLÜMAN DEVLETLERİN YASALARINA ETKİSİ	242
3.7.TÜRK MEDENİ KANUNUNDA İCARE HÜKÜMLERİNDE MECELLE ETKİSİ	252
SONUÇ	256
KAYNAKÇA	259

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
by.	Basım yeri yok
bsk.	Baskı
bkz.	Bakınız
BOA.	Başbakanlık Osmanlı Arşivleri
ev.	Çeviren
haz.	Hazırlayan
Ktp.	Kütüphanesi
nşr.	Neşreden
TDV	Türkiye Diyânet Vakfı
İSAM	İslam Araştırmalâr Merkezi
md.	Madde
vs.	Ve sair (Ve başkası, ve benzeri, ve diğerkleri anlamında)
thk.	Tahkik
TALİD	Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi
ty.	Tarih yok
ts.	Tarihsiz
ö.	Ölüm tarihi
yy.	Yer yok
Yay.	Yayınlar

GİRİŞ

I. TEZİN KONUSU VE YÖNTEMİ

Toplumsal değişimin önemli enstürümanlarından biri de hukuktur. Hukuk toplumun gelişim, değişim ve dönüşümde önemli bir etkidir. Toplumlar hukuk kuralları çerçevesinde şekillenir ve bu kurallar vesilesiyle düzen ve intizama kavuşur. Naslar ile değişen hayat şartlarının ve toplumsal işleyişin arasındaki ilişkiyi dengeli kurabilmek açısından fıkıhta farklı görüşlerin varlığı önemlidir.

İcâre insan hayatının her alanında karşısına çıkan bir zorunluluktur. İşyeri, ev, araç, binek ve işçi vs. kiralamaları hayatın her alanında karşımıza çıkar. İslam hukukunda bu konuya değinmemesi, icâre hakkında kurallar belirlememesi İslam hukukunda bir noksanlık olarak ortaya çıkardı. Oysa İslam hukuku icâre akdi ile ilgili kurallar belirlemiş ve icâre akdinde önümüze çıkabilecek problemlere çözümler üretmiştir. Bu kuralların bilinmesi kiralamada kişinin lehinde ve aleyhinde olan durumları bilmesi açısından önemlidir.

Biz de çalışmamızda sadece Hanefî fikhî üzere bina edilmiş olan Mecelle'yi farklı mezhep ve içtihatlarla tahlil ederek, Mecelle gibi önemli bir kaynaktan günümüz dünyası için daha da istifade edilebilir bir kaynak haline gelmesi için çalıştık.

Çalışmamızda öncelikle orjinali Osmanlıca olan Mecelle günümüz Türkçesi ile sadeleştirildi. İlk olarak Mecelle hakkında bilgi sunulurken daha sonra Mecelle'nin icâre babı ele alınarak incelendi. Tüm maddeleri tek tek ele alınarak İslam hukukunda var olan mezhepler içerisinde tahlili yapıldı.

Yapılmış olan bu çalışmada başta Mecelle ile ilgili yapılmış çalışma ve şerhlerden, konu ile ilgili gerek çağdaş ve klasik dönem fakihlerin görüşlerinden, konuyla alakalı hadis kitaplarından ve tefsir kitaplarından istifade edilmiştir. Tezimizde İslam hukuk tarihinin önemli kilometre taşlarından biri olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* üzerine bir araştırma yapılmış ve Mecelle'nin bütün bölümleri ele alınmadan sadece icâre akdi konusu incelemeye tabi tutulmuştur. İcâre akdinin

gerek Mecelle’de gerekse de İslam fıkıh mezheplerinde el alınışı karşılaştırmalı olarak verilmiştir.

Tezimizin dipnot ve kaynakçasında geçen eserlerin yazımında İSNAD Atıf Sistemi kullanılmıştır.

II. TEZİN AMACI VE ÖNEMİ

Toplumların ilerlemesi, medeniyetlerin gelişimi muhkem bir hukuk sistemini gerekli kılmıştır. Medeniyetler hukuk kuralları ile var olmuş, kendini muhafaza edebilmiş ve daha ileriye ancak bu hukuk kurallarının uygulanması ile gidebilmiştir.

İslam hukuku çağdaş dünyada var olan ayrımcılık, asabiyet ve adaletsizlikleri reddederken, insanlığa yaraşır bir hukuk sisteminin temel dinamiklerine önem vermiştir. Bu anlamda medeni hukuk büyük önem ifade eder. İslam toplumunda modern tarzda ilk yasama denemesi Mecelle’dir. Mecelle’nin medeni hukuk alanında olması önemini daha da artırmaktadır. Mecelle Osmanlı devletindeki reform çabalarına karşın İslam hukuku savunucularının gayretlerine dayanmaktadır.

İslam toplumunda hazırlanmış ilk kanunname olan Mecellenin hukuk tarihi açısından önemine vurgu yapmak, Mecelle’de İcâre akdi konusunun ana temellerini belirlemek, mezhepler açısından icâre akdini tahlile tabi tutmak ve Mecelle’de icâre akdi ile ilgili hükümlerin günümüz hukukuna ışık tuttuğunu ortaya koymak tezimizin ana gayelerindendir.

Toplumların ilerlemesi, medeniyetlerin gelişimi muhkem bir hukuk sistemini gerekli kılmıştır. Medeniyetler hukuk kuralları ile var olmuş, kendini muhafaza edebilmiş ve daha ileriye ancak bu hukuk kurallarının uygulanması ile gidebilmiştir. Mecelle İslam toplumunun ilk kanun çalışması olması açısından büyük önem ifade eder. Günümüze kadar Mecelle’den yeterince istifade edilemediği ve sadece Osmanlının bir dönemine has bir kanun çalışması olarak genel bir algının var olduğu ortadadır. Oysa Mecelle İslam Medeni Hukukunun benzerine az rastlanabilecek düzeyde bir çalışması ve İslamın tüm zamanlarda yaşanabilecek bir hukuk sistemine sahip olduğunun küçük bir göstergesidir.

Ülkemizde Mecelle üzerine yapılan çalışmalarda genellikle Mecelle’nin başında yer alan külli kaideler bölümü ile satış akitlerinin incelendiği kitabu’l buyu’ bölümleri ele alınmıştır. Kira akitleri ile ilgili olan kitabu’l İcâre üzerinde araştırma pek azdır. Bu açıdan Mecelle’nin İcâre ile ilgili bölümü üzerinde araştırmalar

yapmak önemlidir. Mecelle'nin hükümlerinin ele alınması günümüz modern dünyasında yapılabilecek olan kanunlara farklı bakış açısıyla yaklaşmaya vesile olabileceği ve modern Medeni Hukuka, İş Hukukuna ve Borçlar Hukukuna katkı sağlayabileceği kanaatindeyiz.

III. TEZİN KAYNAKLARI

Çalışmamız hazırlanırken öncelikli olarak “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*”nin ilk basım Osmanlıca metinlerinden istifade edildi. Tezimizin Mecelle ile ilgili bilgilerin verildiği bölümünde Mecelle'nin ilk basıldığı zamandan itibaren Mecelle'ye dair yazılan eserler birçok yerde kaynak olarak kullanıldı. Bu anlamda Ali Haydar Efendi'nin “*Dürer'ül-hükkam şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*”, Hacı Reşid Paşa'nın “*Rûhu'l-Mecelle*”, Mes'ud Efendi'nin “*Mir'at-ı Mecelle*” ve Mehmed Ali'nin “*Rehber-i Talibin-i Mecelle*” isimli çalışmaları yolumuzu aydınlatan birer kandil oldu. Bu şerhler diğer bölümlerde tahlillerini yaptığımız Mecelle maddelerinin anlaşılmasında sürekli yararlandığımız kaynaklar oldu. Ayrıca bu anlamda Ahmed Cevdet Paşa'nın “*Tezâkir*” i ile Ali Himmet Berki'nin “*Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*” adlı eserlerini de unutmamak gerekir.

Ebu'ula Mardin'in “*Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*” adlı eseri, Osman Kaşıkçı'nın “*Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle*” isimli eseri, Mehmet Akif Aydın'ın “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”, ve “*Osmanlı Araştırmaları*” isimli eserleri, Ekrem Buğra Ekinci'nin “*Mecelle Hakkında Değerlendirmeler*” ve Osman Öztürk'ün “*Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*” isimli eserleri Mecellenin doğru anlaşılmasında bizim için öncelikli kaynaklar oldu.

Kanunlaştırma ve mezhep içi tercihler konusunda Muhammed Tayyib Kılıç'ın aynı zamanda doktora tezi olan “*İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*”, Seyit Mehmet Uğur'un doktora tezi de olan “*Hanefîlerde Mezhep İçi Tercih ve Usulü*” adlı eserleri başta olmak üzere birçok eserden istifade edildi. Ayrıca Mehmet Gayretli'nin doktora tezi de olan “*Tanzimat sonrasında Cumhuriyet'e kadar olan dönemde kanunlaştırma çalışmaları*”, Mustafa Şentop'un “*Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*”, M. Macit Kenanoğlu'nun “*Osmanlı Kanunnameleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil*”, Sıddık Sami Onar'ın “*Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle*” gibi eserlerden de yararlanılarak İslam tarihi ve Osmanlı dönemi kanunlaştırma

çalışmaları hakkında bilgi elde edildi. Sami Erdem'in "*Türkçede Mecelle Literatürü*" adlı eserinden faydalanılarak îgünümüze kadar Türkiye'de Mecelle üzerine yapılmış çalışmalar hakkında bilgi verilmiştir.

Hanefî, Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinin kaynak fıkıh eserleri sürekli başvurulmuş eserlerdir. İcâre akdi ile bilgiler Hanefî fıkıhında İmam Muhammed'in "*el-Mebsût*" ve Serahsî'nin "*el-Mebsût*" adlı eserleri ile Kudûrî'nin "*el-Muhtasar*", Kasânî'nin "*Bedâiu's-sana'î*", Burhaneddin el-Merğînânî'nin "*el-Hidâye*", Zeylaî'nin "*Nasbu'r-râye*" adlı eserleri başta olmak üzere birçok temel Hanefî fıkıh kitabından istifade edilmiştir. Molla Hüsrev'in "*Dürru'l-hükkâm*" ile İbrâhim el-Halebî'nin "*Mülteka el-ebhur*" adlı eserleri Mecelle'nin de temel kaynakları olduğu için tezimize Hanefî fıkıhında asli yönden kaynaklık etmiştir. Ayrıca Haskefî'nin "*ed-Dürrü'l-muhtâr*" adlı şerhi ile İbn Âbidîn'in "*Reddu'l-muhtar ale'd-Dürrü'l-muhtar*" adlı şerhleri Hanefî fıkıhında temel kaynaklarımız arasındadır. Bunların dışında Hanefî fıkıhı ile ilgili kaynakçada belirteceğimiz birçok eserden de faydalanılmıştır.

Şâfiî fıkıhında İmam Şâfiî'nin "*el-Ümm*" adlı eseri kira akdi konusunda temel bir kaynak olurken, Müzenî'nin "*el-Muhtasar*", Şirbinî'nin "*Muğni'l-muhtâc*" ve "*İkna*" adlı eserleri, Remî'nin "*Nihâyetü'l-muhtâc*", Ebu İshak eş-Şirâzî'nin "*el-Muhezzeb*", Gazzâlî'nin "*el-Vasît*" ve "*el-Vecîz*" adlı eserleri, Râfiî'nin "*el-Muharrer*", Nevevî'nin "*el-Mecmû*", "*Minhâcü't-tâlibîn*" ve "*Ravdatü't-tâlibîn*" adlı eserleri konunun hazırlanmasında çalışmamıza temel kaynaklık etmiştir.

Mâlikî mezhebinde Sahnûn'un "*el-Müdevvenetü'l-kübrâ*", İbn Abdülberr'in "*Kitabü'l-kâfi fi fıkhi ehli Medineti'l-Mâlik*", Ebu'l-Velîd Muhammed İbn Rüşd el-Kurtûbî'nin "*Bidâyetü'l-müctehid*", İbn-Hâcib'in "*el-Câmi' beyne'l-ümmehât*", Halîl b. İshâk el-Cündî'nin "*el-Muhtasar*" adlı eseri ve bu eserin şerhleri olan Ahmed ed-Derdîr'in "*eş-Şerhu'l-kebîr*" ve Desukî'nin "*Haşiyetu'd-Desûkî*" adlı şerhleri ile Halîl b. İshâk el-Cündî'nin "*Muhtasar*"ına daha sonra yazılan bazı şerhler yararlandığımız kaynaklar arasında oldu.

Hanbelî mezhebinde Abdullâh b. Ahmed İbn Kudâme'nin "*el-Muğni*", İbn Kudame el-Makdisî'nin "*eş-Şerhu'l-Kebir*", İbnü'l Bennâ el-Bağdâdî'nin "*el-Muknî şerh Muhtasari'l-Hiraki*", Bahaeddin Abdurrahmân bin İbrâhîm el-Makdisî'nin "*el-Umde fi şerhi'l-Udde*", Buhûtî'nin "*Keşşafu'l-kınâ an metni'l-İknâ*", Alâeddin el-Merdâvî'nin "*el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*", Şevkânî'nin "*Neylü'l-evtâr*" ve

İbn Duveyyân'ın “*Menârü's-sebîl fi şerhi'l-Delîl*” adlı eserleri konumuza kaynaklık etmişlerdir.

Ayrıca mezhepler arasında var farklı görüşlerin bir arada bulunduğu mukaren fıkıhta Ebû Zeyd Abdullâh ed-Debûsî'nin “*Te'sîsü'n-nazar*”, Ebu'l-Hasen el-Mâverdî'nin “*el-Hâvi'l-kebîr*”, Vehbe ez-Zuhaylî'nin “*el-Fıkhı'l-İslâmî ve edilletühû*” ve Cezerî'nin “*el-Fıkh'u ala mezhebi'l arbaa*” çalışmamıza kaynaklık etmiştir. Bunlarla beraber birçok konu ve kavram ile ilgili Diyanet İslam Ansiklopedisi başvuru kaynaklarımız arasındadır.

Eşya, borçlar ve şahıs hukukunu kapsayan İslam hukukuna dayalı olarak oluşturulmuş ilk kanunlaştırma örneği olan Mecelle üzerinde yayınlandıktan sonra birçok çalışma yapılmıştır. Onu sonraki bölümde Mecelle'nin kaynakları kısmında ele alacağız. Bundan önce ise Mecelle'de icâre akdinin düzenlenişi hakkında tam ve sağlıklı bir şekilde bilgi sahibi olmak adına Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hakkında kısa bilgiler verilecektir.

IV. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE VE İCÂRE AKDİ

Tezimizin konusu ve amacı Mecelle’de icâre akdi ile ilgili hükümleri tahlil etmek olduğundan esas konumuza hazırlık olması açısından Mecelle ve icâre akitleri hakkında kısa bilgiler vermeyi faydalı bulmaktayız.

a. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

İslam Hukuku her zaman ve zeminde uygulanabilir bir özelliğe sahiptir. İslam hukuku ictihad temelli bir yapıya sahip olduğundan, zamanın değişimiyle ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm üretebilecek bir yapıdadır. İşte Mecelle İslam hukukunun modern bir formda, mahkemelerde uygulanabilecek bir kanun halinde oluşturulabileceğinin en güzel örneklerinden biridir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye fıkha dayalı kanunlaştırmanın ilk ürünü olarak kabul edilir.¹ Mecelle yazıldığı ve uygulandığı zaman diliminde hukuk alanında yapılmış bir devrim niteliğindedir.²

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, VII. yy.da Halife Mansur’la başlayan kanunlaştırma olgusunun XV. yy.da Ebussu’d Efendi ile belirli bir mesafe kat etmesi ve XIX. yy.da kanun hukukuna dönüşmesidir.³ Mecelle ilk defa Osmanlı hukuk sistemi içerisinde şer’î hukuka dayalı olarak hukukçularının içtihatlarıyla oluşmuş ve padişahın “*Mûcebince (gereğiyle) amel olunsun.*” diye emretmesiyle resmî bir metin haline gelmiş bir hükümler mecmuası, bir kanun kitabıdır. Daha öncesinde bu konuda bireysel ve kısmi örnekler görülmekle birlikte İslam hukuk tarihinde bu büyüklükte bir kanunlaştırma (legislative/yasama) faaliyeti bir ilktir.⁴

Bazı araştırmacılar Mecelle’yi bir kanun yapıcının kaleminden çıkmış bir kanun kitabı olmaktan çok, alanında uzman bir heyet tarafından zamanında en çok karşılaşılabilecek olan sorun ve olaylar ile ilgili kolay, anlaşılır bir dil ile kaleme alınmış

¹ Osman Kaşıkçı, “Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle”, *Osmanlı Ansiklopedisi* (Ankara: Yeni Türkiye Dergisi Yayınları, 1999), 6/525.

² Salih Murati, “Yugoslavya Krallığı’nda Müslümanlar Açısından Şariat Mahkemelerinin ve Mecelle’nin Yeri ve Önemi”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu* (Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021), 18; Yılmaz Yurtseven, “Bir Osmanlı Örfî Hukuk Düzenlemesi Olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu* (Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021), 219.

³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 104.

⁴ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezakir (Tezâkir-i Cevdet). IX. Tezkire*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1953), 1/64.

ilmî bir eser mahiyetinde kabul ederler.⁵ Yani Mecelle’yi bir kanun kitabı olarak değil ilmi bir eser olarak görürler. Şüphesiz ki Mecelle alanında uzman bir heyet tarafından kaleme alınan şaheser bir ilmi eser olmakla beraber, zamanının ruhunu yakalayabilmiş, yüzyıllara dayanan İslam hukuk külliyyatından esinlenmiş, o külliyyatın ruhunu taşıyan ve zamanında uygulanabilme özelliğine sahip bir kanun kitabıdır. Onun bir kanun kitabı olması şaheser ilmi bir eser olmadığı anlamını içermez. O hem bir kanun kitabı, hem de şaheser bir ilmi eserdir.⁶

Mecelle’de sadece şekil olarak batı kanunlarının etkisi vardır. Zira Mecelle’nin kanun metinleri batılı kanun kitaplarında olduğu gibi, maddeler halinde hazırlanmıştır.⁷

i. Mecelleyi Gerekli Kılan Sebepler

Zamanın değişimiyle toplumların değişimi de kaçınılmaz bir hale gelir. Yüzyıllarca Doğu medeniyetinin en büyük temsilcisi olan Osmanlı devleti de bu değişim gerçeğiyle karşı karşıya kalmış ve Tanzimat Fermanı’nın ilanından sonra belirgin bir şekilde Batı medeniyetine yaklaşmaya başlamıştır. Osmanlı Devleti’nde değişimin en yoğun olarak yaşandığı zaman dilimi 19. yüzyıldır denilebilir. 3 Kasım 1839’da “Gülhane Hatt-ı Hümayunu” adıyla da anılan Tanzimat Fermanı’nın ilanı, 18 Şubat 1856’da Islahat Fermanı’nın ilan edilmesi ve 23 Aralık 1876’da ilk anayasal çalışma olan Kanûn-î Esasî’nin padişah tarafından kabul edilmesi bu değişim faaliyetlerinin ortaya çıkardığı reformlardır.⁸

19. yüzyılda Osmanlı askeri, sosyal, eğitim ve ekonomik alanlardaki değişimler ile hukuk alanında da Batılı bir hukuk geleneği ile karşı karşıya gelmiştir. Bu karşı karşıya geliş sosyal, ekonomik, askeri ve kültürel alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da geçmiş düşünce kalıplarının farklılaşmasını ve kanunların, kuralların yeni formlarda ele alınmasını gerekli kılmıştır.⁹

⁵ Siddık Sami Onar. “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Condification’u Mecelle” *İstanbul: Journal of Istanbul University Law Faculty*, 20/1-4 (Temmuz 2011, 64.

⁶ Kaşıkçı, *Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle*, 6/235.

⁷ Mehmet Akşf Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231.

⁸ Ali Akyıldız. “Tanzîmât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 15/1-10.

⁹ Aydın, “Batılılaşma”, 162-167.

Bu dönemde hukuk alanında yaşanacak olan değişimin var olan İslam hukuku külliyatından hareketle yapılan kodifikasyon¹⁰ şeklinde mi, yoksa Batılı hukuk kaynaklarından tercüme edinilmesi yoluyla hukukun alınması anlamına gelen resepsiyon şeklinde mi olacağı noktasında uzun tartışmalar yaşanmıştır. Genel olarak Osmanlı dönemi kanunlaştırma faaliyetlerinde üç farklı yöntem karşımıza çıkar. Bu yöntemler yerli usul (tedvin), iktibas (kodifikasyon) ve karma usul şeklindedir.¹¹

Bu tartışmalarda karşılaştıran tarafların temsilcileri Âli Paşa ile Ahmet Cevdet Paşa'dır. Âli Paşa Fransız medeni kanununun aynen alınıp çeviri yapılması gerektiğini savunurken, Ahmet Cevdet Paşa İslam medeni hukukunun derlenerek, zamanın şartlarına uygun bir yöntemle yeni bir kanun hazırlanması gerektiğini savunuyordu.¹²

Bozulduğu düşünülen müesseselerin ıslahı için her zaman bir ilham kaynağına ihtiyaç vardır. Burada umumiyetle daha üstün olduğu düşünülen bir sistem örnek alınır. Tanzimat reformları için de aynı durum söz konusu olmuştur. Avrupa daha iyi olduğu için değil, güçlü olduğu için örnek alınmıştır. Yine İlber Ortaylı'nın tabiriyle Batı, hayranlık değil, zorunluluk sebebiyle taklit edilmiştir. Nitekim Tanzimat devrinin muhafazakârlığı tartışmasız ismi Cevdet Paşa'nın bu devir reformlarında başrolü oynaması dikkat çekicidir.¹³

Osmanlı mahkemeleri önceleri uzun yıllar tek hâkimli bir yapıya sahipti. Bu yapı yerini zamanla çok hâkimli mahkemelere bırakmaya başladı. 1840 yılında İstanbul'da Ticaret Nezâreti'ne bağlı olarak kurulan ticaret meclisi 1847- 48 yıllarında “*ticaret mahkemesi*”ne dönüştürüldü. 1850 tarihli “*Kanunnâme-i Ticaret*”e 1860'ta yapılan eklemeye tüm imparatorlukta bir başkan, iki dâimî ve iki geçici üyeden oluşan çok hâkimli karma ticaret mahkemeleri kuruldu. Bu çerçevede tek

¹⁰ “*Kodifikasyon*” kelimesinin kökeni; Fransızca *codification*. Yayımlanan mevzuatın derlenip toplanması ve mevzuatta yapılan değişikliklerin ilgili ana mevzuata işlenmesi anlamına gelir. Bu sözcüğün TDK'ye göre anlamı ve açıklaması şöyledir: Düzenleme.

¹¹ Musa Gümüş, “Osmanlı devletinde kanunlaştırma hareketleri, ideolojisi ve kurumları”, *Malatya: Tarih Okulu Dergisi*, 14 (İlkbahar-Yaz 2013), 167.

¹² Ahmed Cevdet Paşa, *Tezâkir*, 10/63-64; Gümüş, “Osmanlı devletinde kanunlaştırma hareketleri, ideolojisi ve kurumları”, 174-175.

¹³ İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı* (İstanbul: Kronik Kitap, 1995), 19.

hâkimli Şer'îyye mahkemelerine ek olarak “*Nizâmiye mahkemeleri*” olarak adlandırılan çok hâkimli Ceza, Hukuk ve Ticâret mahkemeleri kurulmuştur.¹⁴

Böylece süreç ikili bir yapı şeklinde işletilmeye başlandı. Yeni kurulan Nizâmiye ve Ticâret mahkemeleri kendi alanları dışında olmasına rağmen kimi zaman şer'î davalara da bakmak zorunda kalmışlardı. Fakat kabul edilmesi gereken bir olgu da bu mahkemelerin hâkimlerinin şer'î hükümleri bilme noktasında eksiklik taşımalarıdır. Diğer taraftan Şer'îyye mahkemelerinin hâkimleri de Hanefî fıkına tam anlamıyla vakıf değillerdi. Örneğin mezhebin sahih görüşlerini ortaya çıkarıp uygulamada kimi zorluklar yaşıyorlardı. Böylece bu hedef doğrultusunda *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* kaleme alınmış oldu.¹⁵

Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanıp 8 Zilhicce 1285 (29 Mart 1869) tarihinde Meclis-i Vükelâ'ya¹⁶ sunulan “*Esbab-ı Mucîbe Mazbatası*”nda Mecelle'nin hazırlanmasına neden ihtiyaç duyulduğu, Mecelle'nin hazırlık gerekçeleri ve hazırlık safhaları, Mecelle'nin hazırlanması sırasında takip edilen yöntem ve Mecelle'den önceki adliye teşkilatı hakkında bilgi verilmiştir.¹⁷

Esbab-ı Mucîbe Mazbatası'nda o günün şartlarında Mecelleyi gerekli kılan sebepler dile getirilmiştir. Bu mazbatada yer almayan fakat Mecelle'yi gerektiren bir diğer sebepte Osmanlı şer'îyye mahkemelerinde zimmî (Müslüman olmayan Osmanlı tebaası)'nin şahitliğinin Müslüman tebaaya karşı, müste'menin¹⁸ şahitliğinin de zimmîye karşı tanıklığının kabul edilmemesidir. XIX. yüzyılda ise Osmanlı devletinde yabancılarla yapılan ticaret artmıştı. Ticâret Mahkemeleri çıkan

¹⁴ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 231-235; Aydın, “Mahkeme”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/342; Geniş bilgi için bkz: Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, (Ankara, 1996), 116-126.

¹⁵ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979), 4; Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/231.

¹⁶ Sultan II. Mahmud döneminde merkezî idarede bazı düzenlemelerin yapılması ve nezâretlerin kurulması neticesinde ortaya çıkan ve başvekilin veya sadrazamın başkanlığında toplanıp önemli devlet işlerini görüşen ve icra işlerinde nezâretler arasında koordinasyonu sağlayan meclis.- Ali Akıldız, “Meclis-i Vükelâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/251-253.

¹⁷ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin gerekçesi (1285/1869'da Meclis-i Vükelaya sunulan Esbab-ı Mucîbe Mazbatası) için bkz: Mesud Efendi, *Mir'ât-ı Mecelle*, (İstanbul: Matbaa-yı Osmanî, 1299/1881), 4; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, (İstanbul h. 1326-28), I-VIII; Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle* (İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973), 33-35; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, 5-9.

¹⁸ İslâm ülkesine emanla giren yabancı gayri müslimler. Ahmet Özel, “Müste'men”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32/140-143.

uyuşmazlıkları çözmekte yetersiz kalıyordu. Gerek zimmîler, gerekse yabancılar şer'îyye mahkemelerine gitmek istememekteydiler. Bu durum yeni bir kanun çalışmasını gerekli kılıyordu.¹⁹

Mecelle mazbatasında “*Ale'l-husûs mezheb-i Haneî üzere tabakât-ı mütefâvitede pek çok müctehidler gelip ihtilâfât-ı kesîre vukû bulmuş, fikh-ı Haneî fikh-ı Şâfiî gibi tenkîh edilemeyüp pek müteş'e'ab ve müteşettit olmuştur. İşte bunca akvâl-i mütehâlife içinde kavî-i sahîhi temyîz ile havâdisin ona tatbîkinde azîm 'usret vardır...*”²⁰ sözleriyle dile getirilen ve Mecelle'ye ihtiyaç duyulmasının temel nedenlerinden biri olarak kabul edilen Haneî mezhebinde mezhep içi ihtilafların çokluğudur. Bu mezhep içi ihtilaflar arasında racih olan görüşü ortaya çıkarmak amacıyla muhtasarlar, şerhler ve fetvâ kitapları te'lif edildi. Bu te'lifatlar Osmanlı Devleti'ndeki “esahh-ı akvâl” ve “ma'rûzât” uygulamalarının ortaya çıkmasında etkili oldu.

İşte Mecelle'nin de hedefi râcih görüşlerden oluşan bir kanun oluşturmak, böylece uygulamada oluşabilecek karışıklıkların önüne geçmekti. Bu amaç Mecelle mazbatasında “*...ihtilâfâtan ârî ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvî olmak üzere, muâmelât-ı fikhîyyeye dâir sehlü'l me'haz bir kitap yapîlsa herkes kolaylıkla mütâlaa ederek muâmelâtını ona tatbîk ve böyle mazbût bir kitap olduğu halde nâib efendilere azîm fâidesi olacağı gibi...*” cümleleriyle ifade edilmekteydi.²¹

ii. Mecelle'nin Hazırlanışı

Mecelle 1869 ile 1876 yılları arası yedi yıllık bir zaman sürecinde hazırlanmıştır. Eser alanında uzman kişilerden müteşekkîl “Mecelle Cemiyeti” tarafından kaleme alınmıştır. Cemiyet başkanı Osmanlı bürokrasisinde önemli görevler üstlenmiş bir devlet adamı olan dönemin adalet bakanlığını da yapmış Ahmet Cevdet Paşa'dır.²²

Mecelle 1851 maddelik borçlar, eşya ve Muhakeme usulü hükümlerini içerisinde barındıran bir hukuk kitabıdır. 1877 yılında II. Abdülhamid zamanında

¹⁹ Cevdet Paşa, *Tezâkir* 10/62-63.

²⁰ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası* (İstanbul: İstanbul Mahmut Bey Matbaası, 1305), 5-6, 8.

²¹ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 8-9; Bu konuda ayrıca bkz. Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 70-71.

²² Ahmed Cevdet Paşa. *Tezâkir*, 64.

tatbik edilmeye başlanmış, 1926’da yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun metni hazırlandığı tarihte Osmanlı Devleti’ne bağlı olan ve daha sonra müstakil birer devlet haline dönüşen Arnavutluk, Bosna-Hersek, Ürdün, Lübnan, Irak, Suriye, Suudi Arabistan (Hicaz), Filistin ve Kıbrıs’ta medeni kanun olarak uygulanmıştır. Bu devletler, Osmanlı Devletinden ayrılıp bağımsız birer devlet olduktan sonra da bir süre Mecelle’yi medeni kanun olarak yasalarında uygulamaya devam etmişlerdir.²³

Mecelle hazırlanırken yeni bir kanun ihdas edilmemiştir. Tam tersine genel olarak o zaman Osmanlıda yürürlükte olan İslam Hukukuna dayanan kanunlar derlenerek bir kitap haline getirilmiştir. Mecelle lafzı bir takım meseleleri, fikirleri, konuları, mevzuları toplayan ufak hacimli kitap, risale demektir. Kavram olarak kanun veya hukuk kelimelerinin anlam karşılıkları değildir. Yani Mecelle ile yeni bir kanun ihdas edilmemiş, var olan kanunlar derlenerek düzenli bir hale getirilmiştir.²⁴

Mecelle İbrâhim b. Muhammed el-Halebî’nin (ö. 956/1549) Hanefî fıkına dair *Mülteka’l-ebhur* isimli eseri başta olmak üzere birçok Hanefî fıkıh ve fetva kitapları esas alınarak oluşturulmuştur. Mecelle hazırlanırken en başta Hanefî mezhebi esas alınmıştır. Hatta Hanefî mezhebi dışında başka bir mezhebin görüşleri istisna dışında tercih edilmemiştir. Genellikle Hanefî mezhebinin “müfta bih” olan icthadının dahi dışına çıkılmamaya özen gösterilmiştir. Mecelle’de mezhep içi görüşler arasında dönemin ihtiyaç ve şartlarına göre bir kısım tercihler de bulunulmuşsa da mezhepler arasındaki farklı icthadlar içinde bir tercihte bulunulmamış ve sadece Hanefî mezhebi içerisinde kalınılmıştır.²⁵

Mecelle, Hanefî mezhebine bağlı kalınarak hazırlanmış bir kanundur. Bunun çeşitli sebepleri olsa da neticede bu durum zamanla bazı sıkıntılara yol açmıştır. Meselâ kira akdinin taraflardan birinin ölümü halinde ne gibi bir müeyyideye tabi olacağı hususunda Mecelle’de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun sebebi taraflardan birinin ölümü halinde Hanefî mezhebinde kira akdinin sona ermesidir. Oysa diğer mezhep hukukçularına göre bu durumda kira akdi sona ermemektedir. İşte bu ve buna benzer durumlar ile ilgili olarak Hanefî mezhebi dışındaki

²³ Ekrem Buğra Ekinci, Ahmet Şimşirgil. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 59.

²⁴ Onar. “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Condification'u Mecelle”, 58.

²⁵ Mehmet Akif Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/233.

mezheplerin görüşlerine de müracaat etmek günümüzde uygulanabilir bir hukuk sisteminin oluşturulabilmesi açısından önemlidir.²⁶

Mecelle hazırlanırken sadece Hanefî mezhebine bağlı kalınmasına rağmen birçok konuda mezhepteki tercih sıralamasına dikkat edilmemiş olması ayrı bir eksikliktir. Malum olduğu üzere Hanefî mezhebi âlimlerinin içtihatları arasında bir tercih sıralaması söz konusudur.²⁷ Mecelle hazırlanırken bazı yerlerde bu sıralamaya uyulmaması dönemin muhafazakâr birkısım hukukçuları tarafından eleştiri sebebi olmuştur.²⁸

iii. Mecelle'nin Özellikleri ve İçeriği

Mecelle, öncelikli olarak iki temel makaleden oluşur. Bu makaleler ise 11 kitaba bölünmüştür. Bu kitaplar toplam 73 baba, bu bablar da fasıllara ve nihayetinde toplamda 1851 maddeye ayrılmıştır. İlk madde birinci makaleyi meydana getirir. Bu madde fıkıhın tanımı ve kısımları ile ilgilidir. Geri kalan 1850 madde ise ikinci makaleyi meydana getirmektedir. Bu ikinci makalenin 2 ile 100. maddeleri arasındaki bölüm kavaid-i fıkhiyye denen fıkıhın genel hükümlerini içerir. Mecelle'nin bu ilk yüz maddesi Kavaid türü eserlere örnek verilebilir.²⁹ Böylece Mecelle toplam olarak bir mukaddime ve on altı kitap halinde 73 bab ve 1851 maddeden oluşmaktadır.

Mecelle'de yer verilen konular incelendiğinde bu konuların İslâm hukukunda muamelât ana başlığı altındaki konular olduğu görülmektedir. Bu konular bey', icâre, kefalet, havale, rehin, emanet, hibe, gasb ve itlaf, hacr ve ikrah, şirketler, vekâlet, sulh ve ibra, ikrar, dava, beyyinat ve tahlif³⁰ ile dava konularıdır ki bu konular Mecelle'de bir kitap başlığıdır. Bu durumda borçlar hukuku, eşya hukuku, kısmen

²⁶ Osman Öztürk, "Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar Ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye(Teşkilat)", *Osmanlı Ansiklopedisi* (Ankara: Yeni Türkiye Dergisi Yayınları, 1999), 6/522.

²⁷ Tercih sıralaması ile ilgili olarak bkz. Hayrettin Karaman, *İslam Işığında Günün Meseleleri*, II, İftâ (Fetvâ Verme) Usûlü ve Kaynakları Bölümü; Seyit Mehmet Uğur, *Hanefilerde Mezhep İçi Tercih ve Usulü*, (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV) Yayınları, 2020), 17 vs.

²⁸ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/233.

²⁹ Talip Türkan (ed.), *İslam Hukuku El Kitabı*, haz. Yıldız Demir, Ahmet M. Peşe (Ankara: Grafiker Yayınları, 2015), 119.

³⁰ Tahlif / tahlîf / تحلیف Yemin vermek. Mahkemede iki hasımdan birine diğerinin alehinde yemin ettirmek. Davacı ile davalıdan birine yemin verdirmek.

şahıs hukuku, kısmen ticâret hukuku ve usul hukuku Mecelle'nin ele aldığı konulardır.³¹

Mecelle bir medeni kanun olmasına karşın ahval-i şahsiyye içerisinde yer alan şahıs, aile ve miras hukukuna ilişkin maddeleri içermemektedir. Bu durum Mecelle'nin hazırlanması için çalışan Ahmed Cevdet Paşanın, Nizamiyye mahkemelerinde verilen kararların temyiz makamı olan Divân-ı Ahkâm-ı Adliyenin başkanı olmasından kaynaklı olduğu ifade edilir. Cevdet Paşa öncelikli olarak Nizamiyye mahkemelerinin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olarak çalışmalar yapmıştır. O dönemde aile, şahıs ve miras hukuku ile ilgili meseleler ise Nizamiyye mahkemelerinin ele aldığı konular arasında değil Şer'iyye mahkemelerinin ele aldığı konular arasında geçmektedir.³²

Mecelle'de ceza hukukuna ait maddeler bulunmamakla beraber, arazi hukukuna ait maddeler de bulunmamaktadır. Bunun sebebi bu kanunların özel olarak yine Ahmet Cevdet Paşa'nın nezaretinde ayrı ayrı kanunlar³³ olarak 1274 (1858) tarihinde "Ceza Kanunnâmesi" ve 1274 (1858) tarihinde "Arazi Kanunnâmesi" şeklinde çıkarılmış olmasıdır.³⁴

Mecelle'de incelenen her mesele teferruatlı olarak ele alınmış böylece bireysel bakış açılarından kaynaklanabilecek ihtilaflara engel olunmaya çalışılmıştır. Mecelle metninde birbirine zıt hükümlerin olmaması, uslubunun açık olması kanunun uygulanmasında kolaylık sağlanması açısından önemlidir.³⁵

Mecelle, mezhepler içerisinde sadece Hanefî mezhebine bağlı kalınarak hazırlanmış bir kanundur. Bu durumun bir kısım nedenleri olsa da neticede bu durum bazı tartışmaların nedeni olmuştur. Meselâ Mecelle'de kira akdi sırasında taraflardan herhangi birisinin ölümü durumunda nasıl bir durumun gerçekleşeceği, tarafların ne gibi müeyyidelere sahip olacağı konusunda hüküm bulunmamaktadır. Bu durum

³¹ Öztürk, "Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 6/519 vs.

³² Ekrem Buğra Ekinci, "Mecelle Hakkında Değerlendirmeler", Sayı 62-63 (Ankara: Adalet Dergisi 2019), 342; Öztürk, *a.g.e.*, 6/525.

³³ 23 Şevval 1274 (6 Haziran 1858) tarihli arazi kanunnâmesi Kanunnâme-i Arâzî (Kanunun metni için bkz. *Düstur*, I. Tertib, İstanbul 1289, 1/165 vd.; *Serkiz*, 1/178-254.)

³⁴ Ekinci, "Mecelle Hakkında Değerlendirmeler", 342.

³⁵ Ekinci, *a.g.m.*, 353.

tarafından birinin ölümü halinde Hanefî içtihadında kira akdinin sona eriyor olmasından kaynaklıdır. Oysaki diğer mezheplerde var olan içtihadlarda kira akdi sona ermemekte ve taraflara kimi sorumluluklar yüklenmeye devam edilmektedir.³⁶ Zamanın şartları da kira akdinde ölüm sonrası akdin devamını zorunlu kılmaktadır.

Mecelleyi hazırlayanlar ile ilgili eleştirilerden biri de Hanefî mezhebinde var olan tercih sıralamasına dikkat etmemeleridir. Bilindiği üzere Hanefî mezhebinde var olan içtihatlarda bir tercih sıralaması söz konusudur.³⁷ Mecelle hazırlanırken kimi zaman bu tercih sıralamasına uyulmaması bazı hukukçular tarafından Mecelle'ye yöneltirilen tenkitlerden biri olmuştur.³⁸

Hanefî kaynaklardaki başlıca mezhep içi tercih sebepleri, naslara ve kıyasa uygunluk, maslahat, örf, fesâd-ı zaman, ihtiyat ve çoğunluk tarafından tercih olarak ele alınmaktadır.³⁹

Görüldüğü gibi örf ve maslahatın hükümler arasında bir tercih sebebi olması Mecelle'ye özgü bir durum değildir. Fakat fıkıh kitaplarında en sık karşılaşılan hükümler arasında tercih sebebinin naslara uygunluk olmasına karşın, Mecelle'de sefihin hacir⁴⁰ ile ilgili mesele dışında, naslara uygunluğun bir tercih sebebi olarak uygulanmamış olması dikkat çekicidir. Naslara uygunluğun Mecelle cemiyeti tarafından bir tercih sebebi olarak ele alınmamasının net sebebinin net sebebinin bilmek eldeki verilerle mümkün olmamakla birlikte, bunun sebebinin komisyonun kendini bu konuda tam ehil görmemesi, kendilerini naslara uygunluğu değerlendirecek düzeyde

³⁶ Öztürk, “Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 6/522.

³⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (Beyrût: Daru'l Alemlü'l-Kutub, 1423), 6/696 vd.

³⁸ Öztürk, *a.g.m.*, 6/523.

³⁹ İbn Abidîn, *Şerhu Ukûdu resmi'l-müftî* (Beyrût: Daru İhyaü't-Turasu'l-Arabi, ty.), 39 (*Mecmuâtü Resâili İbn Abidin* içinde); Ebu'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 104.

⁴⁰ Mecelle'de hacir ile ilgili olan 941. maddede “bir şahs-ı mahsûs tasarruf-ı kavlisinden men” olarak tanımlanır. Sefih ise 946. maddede “Sefih, malını, boş yere sarf ile ve masârifinde tebzîr ve israf ile zayi ve itlâf eden kimsedir. Ebleh ve sâdedil olmak hasebiyle kâr ve temettu' yolunu bilemeyip de ahz u i'tâsında aldanagelen kimseler dahi sefih addolunur” olarak tanımlanmaktadır. Mecelle'de 990. maddede “Mahcûr sefih muâmelâtta mümeyyiz çocuk gibidir. Fakat sefihin velisi ancak hâkimdir; onun üzerinde baba, dede ve bunların vasîlerinin velâyet hakkı yoktur” denilmektedir. Yine Mecelle'nin 993. maddesine göre sefihin alım satımı, icâresi, hibesi, sadakası ve nakz ve fesih ihtimali bulunan tasarrufları geçerli değildir. Ancak bu tür tasarruflarında hâkim sefih için bir yarar görürse tasarruf için izin verebilir. Mecelle'nin 994. maddesine göre ise sefihin başkası lehine mal ikrarı -gerek hacir esnasında mevcut olan mal ile ilgili olsun, gerekse de hacirden sonra edindiği mal hakkında olsun- sahih kabul edilmez.

ilmi yeterlilikte kabul etmemeleri veya şeyhulislamlık ile bu konuda çıkabilecek ihtilaflarda zor durumda kalma ihtimallerinin var olması gösterilebilir.⁴¹

Esbâb-ı mucibe mazbatalarında naslara uygunluk ile ilgili bir bilgiye yer verilmemiştir. Naslara uygunluk furu' kitaplarında genişçe incelendiğinden olsa gerek, naslara uygunluk yerine maslahat ve örften söz edilmiş ve daha çok maslahat ve örfe dayalı hükümler tercih sebebi olmuştur.⁴²

Mecelle'nin "Esbab-ı Mucibe Mazbatası"nda fıkhi hükümlerin çağdaş bir kanun şeklinde hazırlanmasının sebepleri ortaya konulmuş, bu kanun metni hazırlanırken nasıl bir metodun tercih edildiği açıklanmıştır. Böylece Mecelle mazbatası, daha sonra yapılacak bu tür çalışmalar için net bilgiler ortaya koymuş, Mecelle'nin tarihsel değerinin ortaya çıkmasında ve ihdas ettiği yeni metodu anlamada başvurulacak temel bir metin haline gelmiştir.⁴³

Mecelle'nin İslam tarihinde İslam Hukuku açısından modern tarzda ilk kanun çalışması olarak kabul edilmesi, Mecelle'nin kanunlaştığı tarihe kadar var olmayan ve kanunlaştığı dönemde ortaya çıkan hükümlere yer verdiği anlamına gelmemektedir. Bilakis Mecelle, çeşitli İslam devletlerinde asırları aşan bir tarih diliminde farklı farklı coğrafyalarda uygulanan hükümleri bir araya getirmiştir.⁴⁴

Gelenek ile modern arasında bir sürekliliğin olması ve birbirleriyle irtibatlı olarak var olmaları kaçınılmazdır. İslam hukukunun klasik literatüründe hukuk/kanun oluşturma tekniği olarak "kazuistik/meseleci yöntem" tercih edilmiştir. Mecelle'de de bu kazuistik/meseleci yöntem tercih edilmiş, belirli bazı maddeler istisna⁴⁵ borçlar veya akidler ile ilgili genel hükümlere yer verilmemiştir. Borç ve akid türleri ile ilgili hükümler ayrı ayrı, tek tek ifade edilmiştir. Bu durum bazı tekrarların oluşmasına sebep olmuştur. Mesela akidlerde icap ve kabullün şart olması

⁴¹ Seyit Mehmet Uğur, "Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", Haziran 2018, (Sivas: *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*), 241.

⁴² Uğur, "Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 241.

⁴³ Sami Erdem, "Türkçede Mecelle Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Sayı 5, 2005, 3/673-722. Tanzimat sonrasında Osmanlı Hukuk gelişmesinde ve modern dönemde İslam hukuku alanındaki dönüşüm açısından Esbab-ı Mucibe Mazbatasının genişçe yorumu için Sami Erdem'in "Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar" adlı doktora tezinde 71-73 sayfalarına bakılabilir.

⁴⁴ Kaşıkçı, "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle", 6/525.

⁴⁵ Bkz. Mecelle 97 ve 98. maddeler

mevzusu akidler ile ilgili her kitabta tekrar edilmiştir.⁴⁶ Mecelle'nin “kazuistik/meseleci yöntem” bir metodla kaleme alınmış olması her konunun ayrıntılarıyla düzenlenmesine imkân sağlamıştır. Bu durum kimi yazarlara göre hâkime dar bir inisiyatif ve takdirini kullanma alanı bırakmıştır.⁴⁷

Mecelle'yi oluşturan 1851 maddenin yaklaşık olarak 200 tanesi tanımlardan oluşmuştur. Her bölümün giriş bölümünde o bölümde yer alan konular ile ilgili tanımlara yer verilmiştir. Bu tanımlar kanun hükümlerinin net olarak belli olması, karışıklıklara yer verilmemesi ve bu hükümler uygulanırken yanlışlıklara gidilmemesi amacıyla yapılmıştır. Böylece daha iyi hukukçuların yetiştirilmesi gayesi güdülmüştür.⁴⁸

Mecelle içerisinden çıktığı toplumun öz kültürünü yansıtan “*millî*” bir kanundur. Getirdiği bütün yeniliklere rağmen bir sistem değişikliğine sebep olmamış, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmasında toplumsal bir güçlüğü neden olmamıştır. Mecelle'nin bu millî karakteri onun beynelmilel/ululararası bir kanun olmasının önünde engel teşkil etmemiş, kanunun hazırlandığı tarihte Osmanlı Devleti'ne bağlı olan şimdiki Hicaz, Ürdün, Lübnan, Filistin, Suriye, Irak, Arnavutluk ve Bosna-Hersek'te medeni kanun olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu devletler, Osmanlı Devletinden ayrılarak bağımsızlıklarını ilan ettikten sonra da Mecelle'yi uygulamaya uzun bir süre devam etmişlerdir.⁴⁹

Hanefî mezhebi usûl geleneğinde Irak ekolü ve Semerkant-Buhara ekolü (Mâverâünnehir usûl geleneği) olarak isimlendirilen iki farklı ekol söz konusudur. Osmanlı devletinde ilk dönem kaynak eserlerin çoğu Hanefî mezhebi içerisindeki Semerkant-Buhara Ekolüne mensub diyebileceğimiz müelliflere aittir. Kuduri'nin (ö.428/1037) *el-Muhtasar*'ı; es-Serahsi'nin (ö.483/1090) *el-Mebsût*'u; Ebu'l-Kasım es-Semerkandî'nin (ö.556/1161) *Multekâ fî'l-Fetâvâ*'sı, Ebu Bekr es-Semerkandî'nin (ö.538/1144) *Tuhfetu'l-Fukâhâ*'sı Alaaddin el-Kâsânî'nin (ö.587/1191) *Bedâiu's-Sanâ'î fî Tertîbi's-Şerâi*'i, Burhanuddin el-Merğînânî'nin (ö.593/1197) *el-Hidâye*'si, Kadihan Fahrudin el-Ferğânî'nin (ö.592/1196) *Fetâvâ*'sı, Ali el-Pezdevî'nin (ö.

⁴⁶ Bkz. Mecelle 167, 433, 706, 773 ve 804. maddeler

⁴⁷ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/233.

⁴⁸ Aydın, *a.g.e.*, 28/233.

⁴⁹ Kaşıkçı, “Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle”, 6/525.

482/1089-90) *Kenzu'l-Vusûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl*'u, Sadru's-şeria Ubeydullah b. Mesud'un (ö.747/1346-7) *Tenkîhu'l-Usûl*'u Mâverâünnehr usûl geleneğinin önemli eserleri olup, Osmanlı dönemindeki fıkıh müktesebatına ve özellikle Mecelle'ye temel teşkil eden eserler olarak karşımıza çıkarlar. Dolayısıyla Semerkant-Buhara ekolünün Mecelle'ye yön veren anlayışlardan biri olduğu, hatta en çok yön vereni olduğu kabul edilmelidir.⁵⁰

Mecelle örfe dair önemli açılımlar getirmiştir. Baştaki doksan dokuz maddelik külli kaideler bölümünde doğrudan örfle ilişkili on kaideye yer verilmiştir. Bu kaideler;

- Mecelle 36. madde: “*Âdet muhakkemdir.*”
- Mecelle 37. madde: “*Nâsın isti'mâli bir hüccettir ki onunla isti'mâl olur.*”
- Mecelle 38. madde: “*Âdeten mümteni' olan şey, hakikaten mümteni' gibidir.*”
- Mecelle 39. madde: “*Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz.*”
- Mecelle 40. madde: “*Âdetin delâletiyle mânâyı hakikî terk olunur.*”
- Mecelle 41. madde: “*Âdet ancak muttarid yahut galib oldukda mu'teber olur.*”
- Mecelle 42. madde: “*İ'tibâr gâlib-i şâyi'adır, nâdire değildir.*”
- Mecelle 43. madde: “*Örfen ma'rûf olan şey şart kılınmış gibidir.*”
- Mecelle 44. madde: “*Beyne't-tüccâr ma'rûf olan şey beynlerinde meşrûr gibidir.*”
- Mecelle 45. madde: “*Örf ile ta'yîn nass ile ta'yîn gibidir.*”

kaideleridir. Bu kaideler klasik dönem fıkıh kitaplarında genel olarak var olmakla beraber, hukuku uygulayacak mülki idare amirleri olan kadı, müftü ve hâkimler için “devletin bir kanunu olarak bağlayıcı bir nitelik kazanması açısından” Mecelle'den farklılık arz etmektedirler.⁵¹ Mecelle'nin birçok maddesi aynı zamanda bu kaidelere dayalı olarak oluşturulmuştur. Örneğin İcâre bahsinde Mecelle'nin 527 ve 528. maddeleri ile İâre bahsinde 816. maddede belirtilen mutlak iârenin örf ve âdetle

⁵⁰ Yusuf Şen, *Mâverâünnehr Fıkıh Kültürünün Etkileri*, 56 (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi [TAED], 2016), 1401.

⁵¹ Ömer Faruk Ocakoğlu, *Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Değişmeler ve Toplumsal Etkiler* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013), 178.

kayıtlı olması kuralı, Mecelle'nin 45. maddesinde belirtilen kâidenin alt başlıklarıdır.⁵²

Mecelle'de 207. maddede, peş peşe olgunlaşan ürünlerden henüz mevcut olmayanların (henüz olgunlaşmamış olanların) mevcut olanlara (olgunlaşmış olanlara) tâbî kılarak satımına cevaz verilmesi konusunda İmâm Muhammed'in görüşünü tercih edilmiştir. Bu görüşün tercih edilmesinde örf etkili olmuştur.⁵³ Yine 1044. maddede müşterinin satın aldığı ve daha sonra şüf'a konu olan arsaya yaptığı evi yıkmaya yahut diktiği ağacı sökmeye şefi'⁵⁴ tarafından zorlanamayacağı, şefi'in dilerse bu arsayı üzerindeki ev veya ağacın değerini ödeyerek satın alabileceği şeklindeki Ebû Yusuf'un görüşü örf sebebiyle tercih edilmiştir.⁵⁵

Mecelle'nin büyük bölümü mezhepteki râcih görüşlere uygun olarak hazırlanmıştır. Bir kısım maddelerde ise ihtiyaca binâen râcih olmayan görüşler tercih edilmiştir. Esbâb-ı mûcibelerde 12 maddenin râcih olmayan görüş doğrultusunda hazırlandığı açıklanmaktadır.⁵⁶ Bu maddelerin esbâb-ı mûcibeleri incelendiğinde, racih olmayan görüşlerin tercih edilmesinde maslahatın belirleyici olduğu görülmektedir. Örneğin şart muhayyerliği ile ilgili 300. maddede İmâm Ebû Yûsuf ile İmâm Muhammed'in görüşleri⁵⁷, nakit muhayyerliğinin müddeti ile ilgili olan 313. maddede İmâm Muhammed'in görüşü, 392. maddede istisnâ' akdinin konusu olan mal eğer sözleşmeye uygun ise siparişi veren kişiye (mustasni') antlaşmadan dönüş hakkı tanımayan Ebû Yusuf'un görüşü ve 506. maddede⁵⁸

⁵² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/110-111.

⁵³ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 17; *Düstur*, I. Tertib, İstanbul 1289 Tab'ı, 1/30-38.

⁵⁴ Bir mülk üzerinde şüf'a hakkına sâhip olan kimseye şefi' denilir.

⁵⁵ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 105.

⁵⁶ *Düstur*, I. Tertip, 1/30-38.

⁵⁷ Şart muhayyerliği ile ilgili delil Habbân b. Münkız'a Hz. Peygamber'in söylediği şu sözdür: "Alım satım yaptığında de ki: Aldatma yok ve benim üç gün muhayyerlik hakkım var" (Buhârî, "Büyû", 48). Bu hadiste üç günlük süreden söz edildiği için Ebû Hanîfe, Şâfiî ve Züfer'e göre bu süreyi aşan muhayyerlik şartı akdi fâsid kılar. İmâm Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed ile Hanbelî mezhepleri ise tarafların belli olmak şartıyla muhayyerlik süresini istedikleri gibi kararlaştırabileceğini söylerler. Mecelle'nin 300. maddesi de İmâm Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in bu görüşleri çerçevesinde oluşturulmuş ve İmâm Ebû Hanîfe'nin görüşü terk edilmiştir. İleride Mecelle'nin 497. Maddesi ve sonrası açıklanırken bu konuya değinilecektir.

⁵⁸ Mecelle'nin 506. maddesi şöyledir: "İş ve işçide ve yükte ve mesafede ve mekânda iki veya üç duruma göre değişen ücret ile İcâre akdi yapılması geçerli bir akittir. Ve hangi durum gerçekleşirse ona göre ücret ödenmesi gerekir."

zamanda değişkenlik üzere yapılan icâre akdinin câiz olduğu yönündeki İmâm Ebû Yûsuf ile İmâm Muhammed'in görüşleri maslahat nedeniyle tercih edilmiştir.⁵⁹

Mecelle'de bazı fakihlerin tercihleri de bir tercih gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 207. maddede İmâm Muhammed'in görüşünün örfe uygun olması sebebiyle tercih sebebi olmasına ilaveten Ebû Bekir b. Fazl (ö.381/991), Ebû Muhammed Şemsüleimme Abdülazîz b. Ahmed el-Halvânî (ö.452/1060) ve Osman b. İbrâhîm el-Fazlî'nin (ö.508/1114) de İmâm Muhammed'in görüşünü tercih ettikleri vurgulanmaktadır. Yani örf bir tercih sebebi olmakla beraber âlimlerin mevcut görüşü tercihleri de bir tercih sebebi olmuştur.⁶⁰

Bu konuda bir diğer örneğimiz de 220. maddede miktarı belli olmayan bir yığın buğdayın birim fiyatı belirlenerek tamamının satışına cevaz veren İmâmeyn'in görüşünün tercih edilmesidir. Birçok fakih ile beraber Hidâye müellifi Burhâneddin el-Merginânî'nin (ö. 593/1197) İmâm Ebû Yusuf ve İmâm Muhammed'in görüşünü tercih etmeleri bu görüşün tercih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶¹

Yine Mecelle'nin üçüncü kitabı olan Kefalet bahsinde 621. maddede sadece kefilin bildirimi ile kefaletin geçerli olacağı ile ilgili Ebû Yusuf'un görüşünün tercih edilmesinin bir diğer gerekçesi Ebû Abdullah el-Hılâtî'nin (ö. 652/1254) *Telhîsu Câmi 'i'l-kebîr*⁶² de, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir* müellifi İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) ve *Dürerü'l-Hükkâm* müellifi Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) eserlerinde bu görüşü tercih etmiş olmalarıdır.⁶³

Mecelle'nin başında yer alan küllî kaidelerde İslam âlimlerinin daha önce kitaplarında belittikleri kavaid-i külliyyenin meşhur olanlarından doksan dokuz tanesine yer verilmiştir. Önceki dönemlerde farklı metotlarla yapılan telif çalışmaları, Mecelle'de tedvin edilen bu doksan dokuz küllî kaidenin tedvininden sonra bilhassa

⁵⁹ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 17-20; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 71.

⁶⁰ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 17-19.

⁶¹ Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 17-18; *Düstur*, I. Tertib, 1/30-38; Ayrıca bkz. Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr el-Mergînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l mübtedî*, thk. Muhammed Adnan Derviş, Dârü'l-Erkam, Beyrût t.s., 3/25.

⁶² İmam Muhammed'in *el-Câmi 'u'l-kebîr*'ine yazdığı telhistir.

⁶³ Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017), 177.

bu kaideler üzerinde yoğunlaşmıştır. Günümüzde fıkıh çevrelerinde küllî kaide denilince akla Mecelle’de yer alan bu kaideler gelmektedir.⁶⁴

Ayrıca Mecellenin Osmanlı Devleti’nde İş hukukunun gelişimi açısından önemli bir yeri vardır. İş hukuku ile ilgili kurallar Osmanlı Devleti’nde ilk defa Mecelle ile yazılı hale gelmiştir. Mecelle doğrudan çalışma ilişkilerini düzenlemek amacıyla hazırlanan bir kanun değildir. Fakat Osmanlı Devleti’nin son zamanlarına kadar ve hatta Cumhuriyet Döneminin ilk yıllarına kadar bireysel iş ilişkilerinde uygulama alanı bulmuştur. Mecelle’de İş hukuku ile ilgili kurallar genellikle Mecelle’nin ikinci kitabı olan “*Kitab-ül İcâre*”ın altıncı babının dördüncü faslı olan “*İcâre-i âdemi*” yani “*kişinin ücret karşılığında kiralanması, işçilik*” başlığı altında ele alınmıştır. Kitâb’ül Büyû’da düzenlenen hükümlerin bir kısmı da iş akdi konusundadır.⁶⁵

iv. Mecelle’nin Bölümleri

Mecelle 16 kitaptan oluşmaktadır. Mecelle borçlar hukuku ile ilgili bir eser olmasına karşın esas itibariyle borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukukunu ilişkin maddeleri kapsadığı için tam bir medeni kanun özelliğine sahip değildir. Örneğin Mecelle’de medeni hukukta yer alan aile ve miras hukuku ile ilgili bölümler yoktur. Bununla beraber bir medeni kanunda olmaması gereken bölümleri de içermektedir. Mesela yargılama hukukuyla ilgili olan sulh ve ibra, ikrar, dava ve beyyinat ile kaza kitapları buna örnek olarak verilebilir.⁶⁶

Mecellenin On altı kitabının isimleri, içerdikleri konular ve içerisindeki madde sayısı kısaca şöyle özetlenebilir:

Mukaddime 99 külli kaidenin yer aldığı 99 maddeden oluşmuştur.

1) Kitâbu'l-Büyû': Alış-veriş ile ilgili hükümleri içermektedir. Bir mukaddime (önsöz) ile yedi bâbdan(bölümden) oluşmaktadır. Yüzbirinci maddeden dörtyüz üçüncü maddeye kadar olan bölümdür. Mecelle Cemiyeti hazırlanan mukaddimeyi ve “Kitâbü'l-Büyû’”u hazırlayarak 8 Zilhicce 1285 (22 Mart 1869)

⁶⁴ Mustafa Baktır, “Kaide”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/205-210.

⁶⁵ Mehmet Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011), 9-10.

⁶⁶ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/233.

tarıhli bir mazbata ile sadârete sunmuştur. Sadâret makamı tarafından 7 Muharrem 1286'da (19 Nisan 1869) padişaha sunulan mukaddime ve “Kitâbü'l-Büyû” ertesı gün 20 Nisan 1869 (8 Muharrem 1286) günü tasdik edilerek yürürlüğe girmiştir.⁶⁷

2) Kitâbu'l-İcâre: Kira ve hizmet akdi ile ilgili hükümleri içermektedir. Bir mukaddime ile sekiz bâbı içerir. Dörtüüz dördüncü maddeden altıyüz onbirinci maddeye kadar olan bölümdür. 6 Zilkade 1286'da (7 Şubat 1870) günü padişahın onayından geçerek yayınlanmıştır.⁶⁸

3) Kitâbu'l-Kefâle: Kefalet ile ilgili hükümleri içermektedir. Bir mukaddime ile üç bâbdan meydana gelir. Altıyüz onikinci maddeden altıyüz yetmiş ikinci maddeye kadar toplam 61 maddeden oluşmaktadır. “Kitâbu'l-Kefâle” 18 Muharrem 1287'de (20 Nisan 1870) padişah tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmesinden sonra 24 Muharrem 1287'de (26 Nisan 1870) Cevdet Paşa, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nezâreti'nden ve aynı zamanda Mecelle komisyonu başkanlığından alınarak Bursa valiliğine tayin edilmiştir. Mecelle Cemiyeti şeyhülislâmlığa bağlanmış ve başkanlığına Gerdankıran Ömer Efendi getirilmiştir.⁶⁹

4) Kitâbu'l-Havâle: Havale ile alâkalı hükümleri içerir. Bir mukaddime ile iki bâbtır. Yedi yüzüncü maddeye kadarki bölümdür. Dördüncü kitap olan “Kitâbü'l-Havâle” Ahmed Cevdet Paşa görevinden alınmadan önce bitirilip 16 Muharrem 1287 (18 Nisan 1870) tarihinde Sadâret makamına sunulmuştur. 25 Safer 1288'de (16 Mayıs 1871) tarihinde 5. Kitap olan Rehin kitabıyla beraber onaylanarak yürürlüğe girmiştir.⁷⁰

5) Kitâbü'r-Rehin ve Kitâbü'l-Vedîa: Rehin ve vedîa⁷¹ ile alâkalı hükümlerdir. Bir mukaddime ile dört bâbtan oluşmaktadır. Yediyüz dördüncü maddeden, yediyüz altmışbirinci maddeye kadarki bölümdür. 25 Safer 1288'de (16 Mayıs 1871) günü 4. Kitap olan Kitâbu'l-Havâle ile birlikte padişah tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Cevdet Paşa'nın Mecelle'den ayrılması sırasında

⁶⁷ *Düstur*, I. Tertib, 1/20 vd.; Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 136.

⁶⁸ Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, 50; Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 142.

⁶⁹ *Düstur*, I. Tertib, 1/20 vd.; Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 83-85.

⁷⁰ *Düstur*, I. Tertib, 1/20 vd.

⁷¹ Vedîa fıkıhta bir kimseye koruması için bir malın bırakılmasını veya bu şekilde bırakılan malın kendisini ifade eder. Vedîa, fıkıhın muâmelât bölümünde güvene dayalı olarak cereyan eden emanet akidleri sıralaması içinde ayrı bir akid türü olarak ele alınmıştır. Fıkıhta da vedîa hukuken çok geniş anlam ifade eden emanet türlerinin bir çeşidi olup iki kavram arasında umum-husus ilişkisi bulunmakta, vedîa özel hükümleri olan sınırlı bir emanet akdi özelliği taşımaktadır. Mustafa Yıldırım, *Vedîa*, DİA, İstanbul 2012, 42596-598.

“*Kitâbü’r-Rehin*”de rehnedilen bir malın zayi olması halinde ne gibi sonuçların ortaya çıkacağı ile ilgili hüküm belirtilmemiştir. Cevdet Paşa bu eksikliği uzun bir zaman sonra Mecelle’nin 1108. Maddesi ile dolaylı olarak telâfi etmiştir. Mecelle Cemiyeti, önceden büyük ölçüde hazırlanmış bulunan “*Kitâbü’r-Rehin*”i yayımladıktan sonra “*Kitâbü’l-Vedâ*”yı hazırlayarak yürürlüğe koymuştur. Hazırlanan bu metin kanun tekniği ve barındırdığı hükümler bakımından bazı noksanlıklar barındırdığından ilim ehline pek kabul görmemiştir. Bunun üzerine Cevdet Paşa tekrar Mecelle Cemiyeti’nin başına getirilmiştir. Cevdet Paşa önce ilk iş olarak “*Kitâbü’l-Vedâ*”yı toplatmış⁷² ve yerine “*Kitâbü’l-Emânât*”ı altıncı kitap olarak hazırlatarak yayımlatmıştır.⁷³

6) *Kitâbü’l-Emânât*: Emânet ile ilgili hükümleri içermektedir. Bir mukaddime ile üç bâbtan oluşmaktadır. Sekizyüz otuzikinci maddeye kadar olan bölümdür. *Kitâbü’l-Emânât* 24 Zilhicce 1288 (4 Mart 1872) tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁴

1289 (1872-1873) yılının başından itibaren de sırasıyla 29 Muharrem 1289’da hibe, 23 Rebiülahir 1289’da gasb ve itlâf, 25 Zilkade 1289 (24 Ocak 1873)’da hacr, ikrah kitapları yürürlüğe girmiştir. 1290-1291 (1873) yıllarında ise 16 Rebiülahir 1290’da şüf’a, 16 Cemaziye’l-ahire 1291’de şirket, 20 Cemaziye’l-ahire 1291 tarihinde vekâlet, 6 Şevval 1291’de sulh ve ibrâ, 9 Cemaziye’l-ula 1291’de ikrar ve 1293 yılında 9 Cemaziye’luhra 1291 tarihinde ise dava kitapları yürürlüğe girmiştir.⁷⁵

7) *Kitâbü’l-Hibe*: Hibe etme/bağışlama ile ilgili hükümleri barındırmaktadır. Bir mukaddime ile iki bâbtan oluşmaktadır. Sekizyüz otuzüçüncü maddeden sekizyüz seksen ikinci maddeye kadar olan kısımdır.

8) *Kitâbü’l-Gasb ve’l-İtlâf*: Başkasının malını gasbetmek veya telef etmekle alâkalı hükümlerdir. Bir mukaddime ile iki bâbtan oluşmaktadır. Sekizyüz seksen üçüncü maddeden dokuz yüz kırkinci maddeye kadar olan bölümdür.

⁷² Toplatılan “*Kitâbü’l-Vedâ*”nın orijinal metni için Mehmet Akif Aydın’ın *Osmanlı Araştırmaları* kitabının 1993 yılında yayınlanan 13. cildinin 207-226 sayfaları arasına bakılabilir.

⁷³ Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 202.

⁷⁴ Akgündüz, *a.g.e.*, 214.

⁷⁵ Akgündüz, *a.g.e.*, 220, 234, 250, 308, 321, 329, 339, 352.

9) Kitâbu'l-Hacr vel-ikrâh ve'-Şüf'a: Tasarrufdan men, zorlama ve şüf'a⁷⁶ ile alâkalı hükümlerden oluşmaktadır. Bir mukaddime ile üç babı barındırır. Dokuzyüz kırkbirinci maddeden bin kırk dördüncü maddeye kadarki kısımdır.

10) Kitâbü's-Şirket: Ortaklıklar ile ilgili hükümleri içerir. Bir mukaddime ile sekiz bâbtan oluşmaktadır. Bindört yüz kırk sekizinci maddeye kadar olan kısımdır.

11) Kitâbü'l-Vekâle: Vekâlet ile ilgili hükümlerdir. Bin beş yüz otuzuncu maddeye kadardır.

12) Kitâbü's-Sulh vel- İbrâ: Sulh⁷⁷ ve İbrâ⁷⁸ ile ilgili hükümleri içerir. Bin beşyüz otuzbirinci maddeden bin beşyüz yetmişbirinci maddeye kadarki kısımdır.

13) Kitâbü'l-İkrâr: İkrârla ilgili hükümlerdir. Mecelle'nin diğer kitaplarında var olan mukaddime bölümü bu kitapta yer almamaktadır. Dört bâbtan oluşmakta ve bin altı yüz on ikinci maddeye kadar devam etmektedir.

14) Kitâbü'd-Da'vâ: Dâva açma, yürütme ve dâvanın görülmesi sırasında uyulması gereken kuralları ifade eder. Bir mukaddime ve iki bâbtan oluşmaktadır. Mecelle'nin bin altıyüz on ikinci maddeden bin altı yüz yetmiş beşinci maddeye kadar olan kısmıdır. 26 Şâban 1293 (15 Eylül 1876)'te 15. Kitap olan “*Kitâbu'l-Beyyinât ve't-Tahlîf*” kitabı ile 16. ve son kitap olan “*Kitâbü'l-Kazâ*” kitapları yürürlüğe girmiştir.⁷⁹

⁷⁶ Şüf'a الشفعة Ön alım hakkı anlamındadır. Sözlükte “*ilâve etme ve birleştirme*” anlamındaki şüf'a fıkıh terimi olarak, satım veya bu hükümdeki bir akidle alınmış olan taşınmaz bir malı veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu olmuş olan bir malı müşteriye mal olduğu bedelden zorla alıp mülkiyetini elde etme hakkını ifade eder. İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39/248-252.

⁷⁷ Sulh الصلح “*Karşılıklı rıza ile çekişmeyi ortadan kaldıran akid veya görülmekte olan davanın anlaşmayla sona erdirilmesi*” anlamında bir fıkıh terimidir. Fıkıh eserlerinin borç ilişkilerine ayrılmış bölümlerinde sulh, “*iki taraf arasında mevcut bir anlaşmazlığın karşılıklı rıza ile ortadan kaldırılmasını konu alan akid*” olarak tanımlanmış, bu akdin rükün ve şartları, hüküm ve sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı bir hukuk doktrini geliştirilmiştir. Bazı fıkıh âlimleri sulhun, bir anlaşma ile çekişmeye son verme özelliğiyle diğer akid türlerinden ayrılan müstakil bir akid olduğunu söylerken büyük çoğunluk sulhun standart hükümleri olan müstakil bir akid olmayıp anlaşma konusuna ve bedeline göre satım, selem, sarf, kira, âriyet, hibe gibi nitelikler taşıdığı kanaatindedir. Bu anlamıyla sulh hakkındaki hükümler, gerek akdin kurucu unsuru olan icap ve kabul gerekse akdin tarafları, konu ve irade beyanı açısından İslâm borçlar hukukunun genel hükümlerinden ve diğer akid türlerinden pek farklılık göstermemektedir. Fahrettin Atar, “Sulh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 37/481-485.

⁷⁸ İbrâ الإبراء “*Bir kimsenin diğer bir kimsede olan alacak hakkından feragat etmesi, vazgeçmesi*” anlamında bir fıkıh terimidir. Fıkıh terimi olarak ibrâ, “*bir kimsenin başkasının zimmetinde veya nezdinde olan hakkından karşılıksız olarak vazgeçmesi*”ni ifade eden hukukî işlemin adıdır. H. Yunus Apaydın, “İbrâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21/263-266.

⁷⁹ Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 371, 381.

15) Kitâbu'l-Beyyinât ve't-Tahlîf: Deliller ve yeminler ile ilgili hükümleri belirtir. Bir mukaddime ile dört bâbtan oluşmaktadır. Bin yedi yüz seksen üçüncü maddeye kadar olan kısımdır.

16) Kitâbü'l-Kazâ: Kazâ⁸⁰ yani yargılama hukuku ile ilgili hükümleri ifade eder. Bir mukaddime ile dört babtan oluşmakta ve Mecellenin sonuna kadar olan hükümleri yani bin sekiz yüz elli birinci maddeye kadarki kısmını oluşturmaktadır.

v. Mecelle'nin Kaynakları

Mecelle hazırlanırken hangi kaynaklardan faydalanılarak hazırlandığı Mecelle'de tek tek belirtilmemekle beraber, Mecelle esbab-ı mucibesinde⁸¹ Hanefî Mezhebi hakkında olan fıkıh kitaplarından, şerh, haşiye, talikler ve fetvalarından faydalandığı ifade edilmiştir. Bu anlamda Mecellenin kaynağı İslam Hukuku'nun Hanefî mezhebindeki görüşleridir. Ayrıca örf ve adetler de Mecelle kaynakları arasında yer almaktadır.⁸²

Mecelle'de Mecelle hazırlanırken kendisinden yararlanılan kaynaklardan söz edilmemiştir. Fakat hazırlık sırasında daha önce kaleme alınmış olan fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına müracaat edilmiştir. Bu kitapların isimleri Kayseri eski müftüsü Mes'ûd Efendinin *Mir'at-ı Mecelle* adlı kitabında kaleme alınmıştır. Mes'ûd Efendi eserin sonunda kitabını 1298 yılının Zilkade ayında (Ekim 1881'de) Kayseri'de tamamladığını belirtmektedir. Kitabın önsözünde Mecelle'de yer alan fikhî konuların kaynakları tesbit edilmiştir. İlkın Mecelle'nin maddeleri nakledilmiş, ardından bunların dayandığı fikhî metinler bazan olduğu gibi, bazan da özet halinde Arapça olarak nakledilip kaydedilmiştir. Her maddenin dayandığı fikhî metin verilirken faydalanılan kaynağın ismi ve ilgili bölümü zikredilmiştir.⁸³

Mir'at-ı Mecelle hazırlandıktan sonra dönemin padişahı II. Abdülhamid'e sunulmuştur.⁸⁴ Daha sonra Mecelle Cemiyeti tarafından incelenmiş ve cemiyet

⁸⁰ Kazâ القضاء Yargılama hukuku ve yargı kararı anlamında bir fıkıh terimidir.

⁸¹ *Ceride-i Adliyye*, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/ceride-i-adliye.html>, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 905 vd.

⁸² Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986), No:6, 366.

⁸³ Ferhat Koca, "Mesud Efendi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29/344.

⁸⁴ Mesud Efendi, *Mir'at-ı Mecelle* (Mukaddime), 10. Mukaddimenin tam metni şu şekildedir: "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de münderic ve mündemic bulunan mesâ'il-i fikiyyeden me'hazlarının zabt u telfiki bi'l-cümle aktâr-ı İslâmiyye'de vâki hükkâm ve müftilerin ve bi-tahsis

üyeleri tarafından onaylanmıştır. Eser cemiyet üyeleri tarafından beğenilerek, üyelerin takdirini toplamıştır.⁸⁵

Mecelle Cemiyetinin Mir'ât-ı Mecelle ile ilgili beğeni ve takdirleri, Mecelle'nin hazırlanmasında belirtilen bu kaynaklardan faydalanılmış olduğuna en açık delildir. Ayrıca Mecelle'de belirtilen kanun maddeleriyle Mir'ât-ı Mecelle'de belirtilen kaynak metinleri birbirine uygunluk göstermektedir. Mesud Efendi'nin ortaya koyduğu bu geniş kaynakça çalışması, Mecelle hazırlanırken nasıl bir birikimden istifade edildiğini ortaya koyması açısından önemlidir.⁸⁶

Mecelle'de de açıkça ifade edildiği üzere ve Mes'ûd Efendi'nin “*Mir'at-ı Mecelle*” eserinde Mecelle'nin başındaki küllî kâidelerin çoğunun Hanefî fakihlerinden Zeynüddin b. İbrâhîm İbn Nüceym'in (ö. 970/1563)'in “*el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir*” adlı eserinden alınmış olduğunu belirtmektedir.⁸⁷

Mes'ûd Efendinin Mir'at-i Mecelle eserinde referans verilen eserlerin maddelerde kullanım yoğunluğunu şu şekilde tasnif etmek mümkündür:

1. 100 ve üzeri maddede referans verilen kaynak eserler ki bu eserler *Fetâvâ-yı Hindiyîye*, *Mecmau'l enhur*, *Mülteka*, *Fetâvâ-yı Kâdîhan* gibi 12 adet eserdir.

2. 50 ile 100 arası maddede referans verilen kaynak eserler: *Hulasetu'l-fetâvâ*, *ez-Zehîre*, *Cami'u'l-füsûleyn* ve *Bedâi'u's-sanâi* gibi. Bu eserler 8 adettir.

3. 10 ile 50 arası maddede referans verilen kaynak eserler: *Bahru'r-râik*, *Behcetü'l-Fetâvâ*, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, *Hamevî* gibi. Bu eserler 35 adettir.

ibâresine âşinâ bulundukları cihetle mürâcaat buyuracak zevât-ı zevi'l-ihtrâmın pek çok fevâidini müntec olacağı bedihî bulunduğu ve hîn-i iftâda zeyl-i fetvâya me'haz meselenin ketbi ve inde'l-iştibâh mahalline nazar kılınmaklığın sühûletine mebnî mesâ'il-i mebhûs anhanın kütüb-i fikhiyye-i mu'tebereden me'hazlarını bi-ibaratihâ ahz u terkim ve Mir'ât-ı Mecelle nâmıyla bi't-tevsîm Sultânü'l-A'zam ve Hâkanü'l-Efham nâşiru livâ'i'l-adli âlâ ru'ûsi'l-ümem ve nâsıru's-şer'i'ati'l-kavîme ve sâlikü't-tarikati'l-müstakîme bi'l-himem cami'u izzî'l-arab ilâ izzeti'l-acem ve ilâ livâ'i'l-velâyeti fi'l-âfâk mâlikü serîri'l-hilâfeti bi'l-istihkak el-müctehid fi nasbi serâdikâl-emni ve'l-emân el-mütemessil bin es-Sultân el-Gazî Abdülhamîd Hân ibnü's-Sultân el-Gazî Abdülmecîd Hân dâme devletihü ve saltanatehü ilâ âhiri'z-zamân efendimiz hazretlerinin nazargâh-ı mu'allâ-yı hazret-i hilâfet-penâhîlerine min gayri haddin arz ve takdîm olundu. Ve min Allâhi't-tevfik.”

⁸⁵ Koca, “Mesud Efendi”, 29/344-345.

⁸⁶ Kemal Yıldız, Tayyip Nacar, *Mir'ât-ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle Kaynakları*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 20, 2012, 88, 90-100.

⁸⁷ Berki, *Açıklamalı Mecelle*, 10.

4. 10 ve daha az maddede referans verilen kaynak eserler: *Cevâhiru'l-fetâvâ*, *Kâriu'l-Hidâye*, *Mecma'u'l-fetâvâ*, *Fetâvâ'l-kübra* gibi. Bu eserler 96 adettir.

Mes'ûd Efendi Mecelle'de bulunan 1851 maddenin tümünün yalnızca 186 maddesinde Mir'at-i Mecelle'de kaynak belirtmemiştir.⁸⁸

Kayseri eski müftüsü Mes'ûd Efendinin *Mir'at-ı Mecelle* adlı kitabında belirtilen Mecelle'nin kaynakları 151 adet olarak belirtilmiştir. Bu kaynaklar ve kaynaklar ile ilgili bilgi kısaca şu şekildedir:

1. *Kitabu'l-Asl (el-Mebsût)*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)'nin eseridir.
2. *el-Câmiu's-sağîr*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
3. *el-Câmiu'l-kebîr*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
4. *ez-Ziyâdât*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
5. *Edebü'l-Kâdî*; Ebû Bekir el-Hassâf (ö. 261/875)
6. *el-Kâfî*: Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945)
7. *el-Müntekâ*: Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945).
8. *Fetâva'n-nevâzil (Kitâbu'n-nevâzil)*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî (ö. 373/983)
9. *Hizânetu'l-fıkıh*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî (ö. 373/983)

⁸⁸ Yıldız- Nacar, *a.g.e.*, 90.

10. *Kitâbu'l-uyûn (Uyûnu'l-mesâil fî fîrûi'l-Hanefiyye)*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983)
11. *Fetâvâ-yı Ebü'l-Leys*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983)
12. *el-Muhtasar (el-Kudûrî)*: Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (ö. 428/1037)
13. *Ahkâm-ı Nâtîfî*: Ebü'l Abbas Ahmed b. Muhammed b. Amr en-Nâtîfî et-Taberî (ö. 446/1054).
14. *el-Mebsût*: Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme es-Serahsî (ö. 483/1090)
15. *Hâherzâde (el-Mebsût)*; Hâherzade Ebu Bekir Muhammed b el-Hüseyn b. Muhammed el-Buhârî (ö.483/1090)
16. *Hizânetu'l-ekmel*: Ebû Abdullah Yusuf b. Ali b. Muhammed el-Cürcânî (ö. 522/1128)
17. *Şerhu't-Tahâvî (Şerhu Muhtasari't-Tahâvî)*: Ali b. Muhammed b. İsmail el-İsbicâbî es-Semerkindî (ö. 535/1140)
18. *el-Fetâva'l-kübrâ*: Ebû Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadru's-Şehîd (ö. 536/1141)
19. *el-Fetâva's-suğrâ*: Ebû Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadru's-Şehîd (ö. 536/1141)
20. *Vâkı'âtü'l-Hüsâmî (el-Ecnâs)*: Ebû Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadru's-Şehîd (ö. 536/1141)
21. *Umdetu'l-fetâvâ (Umdetu'l-müftî ve'l-müstefî)*: Ebû Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadrü's-Şehîd (ö. 536/1141)
22. *Şerhu Edebi'l-Kâdî*: Ebû Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadru's-Şehîd (ö.536/1141)

23. *Tuhfetu'l-fukahâ*: Ebû Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkindî (ö. 539/1144)
24. *el- Fetâva'l-Velvâliciyye (el-Velvâliciyye)*: Ebü'l-Feth Zahiruddîn Abdurreşid b. Ebî Hanife b. Abdurrezzak el-Velvâlicî (ö. 540/1146)
25. *Hulâsatu'l-fetâvâ*: İftihâruddîn Tahir b. Ahmed b. Abdurreşid el-Buhârî (ö. 543/1147)
26. *Cevâhiru'l-fetâvâ*: Ebü'l-Fadl Rükneddin Abdurrahman b. Muhammed b. Emirveyh el-Kirmânî (ö. 543/1149)
27. *el-Mültekât fi'l-fetâvâ*: Ebü'l-Kâsım Nâsirüddîn Muhammed b. Yusuf b. Muhammed b. Alî el-Hüseynî el-Medenî es-Semerkindî (ö. 556/1161)
28. *el-Muhît (el-Muhît bi'l-fikh [fi'l-fikh], el-Muhîtü'r-Radavî, Muhîtü's-Serahsî)*: Ebû Abdullâh Radiyyüddîn Burhânü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed es-Serahsî et-Tûsânî (ö. 571/1176)
29. *el-Fetâvâ'l-Attâbiyye*: Ebû Nasr Zeynüddîn Ahmed b. Muhammed b. Ömer el-Attâbi el-Buhârî (ö. 586/1190)
30. *Bedâ'i'u's-Sanâ'i' (Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi')*: Alâuddîn Ebûbekr b. Mesud b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191)
31. *Fetâvâ-yı Kâdîhan*: Fahrüddîn Hasan b. Mansur b. Mahmud el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592/1196)
32. *Bidayetü'l-mübtedî*: Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelîl el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
33. *el-Hidâye*: Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelîl el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
34. *et-Tecnis ve'l-mezid fi'l-fetâvâ*: Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelîl el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)

35. *Muhtârâtü'n-nevâzil*: Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelîl el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
36. *es-Sirâciyye (el-Feraizu's-Sirâciyye)*: Ebû Tâhir Siracuddîn b. Muhammed b. Abdurreşid es-Secâvendî (ö. 596/1200)
37. *el-Muhîtu'l-Burhânî*: Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmud b. Ahmed el-Buhârî el-Merğînânî (ö. 616/1219)
38. *Zahîretü'l-fetâvâ (ez-Zahîra)*: Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmud b. Ahmed el-Buhârî el-Merğînânî (ö. 616/1219)
39. *el-Yenabi' fî ma'rifeti'l-usûl ve't-tefari' (Kudûrî şerhi)*: Ebu Abdullah Reşidüddîn Mahmud b. Ramazan er-Rûmî (h. 616 yılından sonra vefat etmiştir.)
40. *ez-Zahîriyye (el-Fetâva'z-Zahîriyye)*: Zahîrüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer el-Buhârî (ö. 619/1222)
41. *el-Füsûlü'l-Üsrûşeniyye*: Ebü'l-Feth Mecdüddîn Muhammed b. Mahmûd b. el-Hüseyn b. Ahmed el-Üsrûşenî (ö. 637/1240'tan sonra)
42. *Münyetü'l-müftî*: Yûsuf b. Ebi Said Ahmed es-Sicistânî (ö. 639/1240)
43. *el-Müntehâb fî usûli'l-mezheb*: Ebû Abdillâh Hüsâmüddîn Muhammed b. Muhammed b. Ömer el-Ahsikesî (ö. 644/1246-47)
44. *Yetimu'd-dehr fî fetâvâ ehli'l-asr*: Alâuddîn Muhammed b. Mahmud et-Tercümanî el-Harizmî (ö. 645/1247)
45. *Telhîsu'l-Câmi'i'l-kebîr*: Ebû Abdillâh Sadrüddîn Muhammed b. Abbâd b. Melik Dâd el-Hilâtî (ö. 652/1254).
46. *el-Kunye (el-Kunyetu'l-Münye li tetmîmi'l-Gunye)*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)
47. *el-Havi'z-Zâhidî*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)

48. *el-Müctebâ şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)
49. *el-Füsûlu'l-İmâdîyye*: Ebü'l-Feth Zeynüddîn Abdurrahman b. Ebûbekr İmâdüddîn b. Ali el-Merğînânî (ö. 670/1271)
50. *el-İhtiyâr li ta'lili'l-Muhtâr*: Ebü'l-fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsîlî (ö. 683/1284)
51. *el-Giyâsiyye (el-Fetâvâ'l-Giyâsiyye)*: Davud b. Yusuf el-Hatîb (Yedinci asırdan önce)
52. *el-Muğnî fi usûli'l-fıkh*: Ebû Muhammed Celâleddin Ömer b. Muhammed el-Hücendî el-Habbâzî (ö. 691/1292)
53. *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*: Muzafferüddîn Ahmed b. Ali b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî, İbnu's-Sâ'âtî (ö. 694/1295)
54. *Tehzîbu'l-vâkıât fi'l-fürû*: Cemalüddîn Ahmed b. Ali el-Hanefî el-Kalânîsî (ö. 704/1304)
55. *Kenzü'd-dekâik*: Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmud en-Nesefî (ö. 710/1310)
56. *Menâru'l-Envâr*: Ebü'l-Berekât Hafızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmud en-Nesefî (ö. 710/1310)
57. *en-Nihâye fi şerhi'l-Hidâye*: Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc el-Buhârî es-Siğnâkî (ö. 714/1314)
58. *Nisabu'l-ihtisâb*: Ömer b. Muhammed b. 'Avvad es-Senâmî el-Hanefî
59. *Hizânetu'l-müftîn*: Hüseyin b. Muhammed es-Semenkânî (es-Sem'ânî)
60. *Tebyînu'l-hakâik*: Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârî ez-Zeylaî (ö. 743/1343)
61. *Sadruşşerîa (Tenkîhu'l-usûl)*: Ubeydullah b. Mesud b. Ömer b. Ubeydullah b. Mahmud el-Mahbûbî el-Buhârî, Sadruşşerîa es-Sânî (ö. 747/1347)

62. *Mi'râcu'd-dirâye ila şerhi'l-Hidâye*: Kivâmuddîn Muhammed b. Ahmed el-Kâkî el-Hücendî es-Sincarî (ö. 749/1348)
63. *Ğâyetu'l-beyân ve nâdiretu'l-akrân*: Kivâmüddîn Emir Kâtib b. Emir Ömer b. Emir Gâzi el-Farabî el-Itkânî (ö. 758/1357)
64. *el-Kifâye fî şerhi'l-Hidâye*: Celalüddîn b. Şemsüddîn el-Harezmî el-Kurlânî (ö. 767/1366).
65. *Manzumet-u İbn Vehbân (Kaydu's-şerâid ve nazmu'l-ferâid)*: Ebû Muhammed Eminüddîn Abdulvehhâb b. Ahmed b. Vehbân ed-Dimaşkî (ö. 768/1367)
66. *Şerhu'l-Vehbâniyye ('İkdü'l-kalâ'id fî halli Kaydi's-şerâid)*: Ebû Muhammed Eminüddîn Abdulvehhâb b. Ahmed b. Vehbân ed-Dimaşkî (ö. 768/1367)
67. *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*: Feridüddîn Âlim b. el-Âlâ (ö. 768/1384) Hindistanlı Hanefî fakihlerinden Ferîdüddîn Âlim b. Alâ el-Enderpetî'nin (ö. 786/1384)
68. *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*: Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmud b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el-Mısırî (ö. 786/1384)
69. *es-Sirâcu'l-vehhâc*: Ebûbekr b. Ali b. Muhammed el-Abbâdî el-Yemenî el-Haddâd (ö. 800/1397)
70. *el-Cevheretu'n-neyyire*: Ebûbekr b. Ali b. Muhammed el-Abbâdî el-Yemenî el-Haddâd (ö. 800/1397)
71. *et-Ta'rîfât*: Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid Şerîf el-Cürcânî (ö. 816/1413)
72. *Şerh-u Mecmai'l-bahreyn*: İzzüddîn Abdullatif b. Abdulaziz b. Melek (Firişte)
73. *Câmiu'l-füsûleyn*: Bedrüddîn Mahmud b. İsrail b. Abdulaziz İbn Kâdî Simavne (ö. 823/1420)
74. *et-Teshîl*: Bedrüddîn Mahmud b. İsrail b. Abdulaziz İbn Kâdî Simavne (ö. 823/1420)

75. *el-Veciz li'l-Kerderî*: Hafızüddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihab b. Yusuf el-Harezmî el-Kerderî el-Bezzâzî (ö. 827/1424)
76. *el-Fetâva'l-Bezzâziyye*: Hafızüddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihab b. Yusuf el-Harezmî el-Kerderî el-Bezzâzî (ö. 827/1424)
77. *Kâriülhidâye (Fetâvâ Kâriülhidâye)*: Ebû Hafs Sirâcüddîn Ömer b. Alî b. Fâris el-Kinânî el-Mısrî el-Kâhirî, Kâriülhidâye (ö. 829/1426)
78. *Muzmerât (Câmiu'l-muzmerât ve'l-müşkilât)*: Yusuf b. Ömer es-sûfî el-Bezzâr, Nebire-i Ömer (ö. 832/1429).
79. *Şerhu'l-Hidâye (el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye)*: Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmud b. Ahmed b. Mûsa b. Ahmed b. Hüseyin b. Yusuf el-Aynî el-Ayıntabî (ö. 855/1451)
80. *Şerhu'l-kenz (Remzu'l-hakâik fî şerhi Kenzi'd-dekâik)*: Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmud b. Ahmed b. Musa b. Ahmed b. Hüseyin b. Yusuf el-Aynî el-Ayıntabî (ö. 855/1451)
81. *Riyâzu'l-ezhâr fî celâi'l-ebsar*: Şehâbeddin Sivâsî (ö. 860/1456 [?])
82. *Fethu'l-Kâdir*: Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvahid b. Abdulhâmid b. Mesud el-Hümâm es-Sivasî el-İskenderî (ö. 861/1457)
83. *et-Tahrîr fî ilmi'l-usûl*: Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvahid b. Abdulhâmid b. Mesud el-Hümâm es-Sivasî el-İskenderî (ö. 861/1457)
84. *eş-Şümunî (Kemâlu'd-dirâye fî şerhi'n-Nukâye)*: Ebü'l-Abbas Takiyyüddîn Ahmed b. Muhammed b. Ali b. Yahya eş-Şümunî (ö. 872/1468)
85. *el-Hayâlî (Haşiye 'ala Şerhi'l-'Akâidi'n-Neseftiyye)*: Şemseddin Ahmed el-Hayâlî (ö. 875/1470).
86. *Câmiu'l-fetâvâ*: Kırk Emre Mehmed b. Mustafa el-Hâdimî (ö. 880/1475)
87. *Lisânu'l-hükkâm fî ma'rifeti'l-Ahkâm*: Ebü'l-Velid Lisânüddîn Ahmed b. Muhammed, İbnu's-Şihne el-Halebî (ö. 882/1477)

88. *Dürer ve Ğurer (Düreru'l-hükkâm Şerh-u Ğureri'l-Ahkâm)*: Muhammed b. Feramuz b. Ali, Molla Hüsrev (ö. 885/1480)
89. *Mirkâtu'l-fikh (Mirkâtu'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl)*: Muhammed b. Feramuz b. Ali, Molla Hüsrev (ö. 885/1480)
90. *el-Fevâkihu'l-Bedriyye fi'l-kadâya'l-hükmiyye*: Ebü'l-Yüsr Bedrüddîn Muhammed b. Halil (el-Ğars) el-Mısrî (ö. 894/1489)
91. *Hizânetu'r-ruvât*: Kâdî Cuken el-Hindî el-Gucuratî (ö. 920/1514)
92. *Şerhu'l-Vehbâniyye (Tafsîlu 'ikdi'l-ferîid (fevâid) bi-tekmîli Kaydi's-şerâid)*: Ebü'l-Berekât Seriyüddîn Abdulberr b. Muhammed İbnu's-Şihne el-Halebî (ö. 921/1515).
93. *Müeyyedzâde*: Abdurrahman b. Ali, Müeyyedzâde (ö. 922/1516)
94. *el-Bircendî (Şerhu'n-Nukâye muhtasaru'l-Vikâye)*: Nizâmüddîn Abdülalî b. Muhammed Hüseyin el-Bircendî el-Hanefî (ö. 934/1527)
95. *Resâil-ü İbn Kemal*: Şemsüddin Ahmed b. Süleyman b. Kemalpaşa, İbn Kemal (ö. 940/1534)
96. *el-Îzâh (Îzâhu'l-Islâh)*: Şemsüddin Ahmed b. Süleyman b. Kemalpaşa, İbn Kemal (ö. 940/1534)
97. *Şerhu'l-Vikâye*: Muhyiddin Muhammed b. Muslihiddin Mustafa el-Kocevî, Şeyhzâde (ö. 950/1543).
98. *Mülteka'l-ebhur*: İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm el-Halebî (ö. 956/1549)
99. *el-Kuhistânî (Câmiu'r-rumûz)*: Şemsüddin Muhammed b. Hüsamüddin el-Horasânî el-Kuhistânî (ö. 962/1555)
100. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*: Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed b. Nüceym el-Mısrî (ö. 970/1563)
101. *el-Bahru'r-râik şerh-u Kenzi'd-dekâik*: Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed b. Nüceym el-Mısrî (ö. 970/1562)

102. *el-Fevâidü'z-Zeyniyye*: Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed b. Nüceym el-Mısırî (ö. 970/1562)
103. *Mecmûatü Dede Efendi*: Kemâlüddîn İbrâhîm b. Bahşî b. İbrâhîm Dede Cöngi (ö.975/1576)
104. *Fetâvâ-yı Ebussuûd Efendi*: Ebussuûd Muhammed b. Muhammed b. Mustafa el-İmâdî, Ebussuûd Efendi (ö. 982/1574)
105. *Fetâvâ-yı Hâmidîyye*: Hâmid Mahmud Efendi (Çivizâde Damadı) (ö. 985/1577)
106. *Âdâbu'l-evsiyâ*: Fudayl Çelebi, Zenbillizâde (ö. 991/1583)
107. *Damânât-ı Fadlîyye (ed-Damânât fî'l-fürû'Hanefîyye)*: Fudayl Çelebi Zenbillizâde (ö. 991/1583)
108. *Mecmuatu'l-fetâvâ*: Veli (Yegân) b. Yusuf el-İskilibî (ö. 998/1590)
109. *Nakdu'd-Dürrer*: Muhammed b. Mustafa el-Gürânî el-Vanî, Vankulu (ö. 1000/1592).
110. *en-Nehru'l-fâik*: Siraceddin Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 1005/1596)
111. *Tenvîru'l-ebâr ve Câmiu'l-bihâr*: Şihâbüddîn (Şemsüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed el-Ömerî et-Timurtâşî el-Gazzî (ö. 1006/1598)
112. *Minehu'l-ğaffâr*: Şihâbüddîn (Şemsüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed el-Ömerî et-Timurtâşî el-Gazzî (ö. 1006/1598)
113. *el-Fetâvâ't-Timurtâşî (el-Timurtâşî)*: Şihâbüddîn (Şemsüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed el-Ömerî et-Timurtâşî el-Gazzî (ö. 1006/1598)
114. *Fetâvâ-yı Üskübî (Muînu'l-müftî fî'l-cevâp ale'l-Müstefî)*: Üskübî Pir Mehmed Efendi (ö. 1020/1611)
115. *Ramazan Şerhu Şerhi'l-Akâid min ilmi'l-Kilâm (Hâşiyetü'l-Akâid li Ramazan Efendi alâ şerhi'l-akâid)*: Ramazan b. Muhammed el-Hanefî Ramazan Efendi (ö. 1025/1616)

116. *Damânât-ı Ğanîm (Mecmau'd-damânât)*: Ebû Muhammed Ğıyasüddin Ğanim b. Muhammed el-Bağdâdî (ö. 1032/1623)
117. *Melceu'l-kudât*: Ebû Muhammed Ğıyasüddin Ğanim b. Muhammed el-Bağdâdî (ö. 1032/1623)
118. *Azmîzade (Haşiye ale'd-Dürer ve'l-Gurer)*: Mustafa b. Pir Mehmed Azmizâde Halletî (ö. 1040/1631)
119. *Şürunbülâlî (Gunyetu zevi'l-ahkâm fî buğyeti Düreri'l-hükkâm)*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî (ö. 1069/1659).
120. *Risâletu'l-İbrâ'*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî (ö. 1069/1659)
121. *Şerhu'l-Vehbâniyye*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî
122. *Mecmau'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*: Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde Dâmâd (ö. 1078/1667)
123. *Fetâvâ-yı Hayreddin (el-Fetâva'l-Hayriyye fî nef'i'l-beriyye)*: Hayrüddin b. Ahmed b. Ali el-Eyyubî er-Remlî (ö. 1081/1671)
124. *Haşiyetu'l-Bahri'r-râ'ik (Muzhirü'l-hakâiki'l-hafîyye mine'l-Bahri'r-râik)*: Hayruddin b. Ahmed b. Ali el-Eyyubi er-Remlî (ö. 1081/1671)
125. *Abdulhalim (Dürer Haşiyesi) (el-Keşf bi-rumûzi'l-Gureri'l-ahkâm ve tenvîr-i Düreri'l-hükkâm)*: Abdulhalim b. Pir Kadem (ö. 1088/1677)
126. *Fetâvâ-yı Minkârîzâde (Fetâvâ-yı Yahya Efendi)*: Yahya b. Ömer el-Alai er-Rûmî, Minkârîzâde (ö. 1088/1678).
127. *ed-Dürrü'l-muhtâr*: Alâüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman b. Muhammed el-Hısî el-Haskefî (ö. 1088/1677)
128. *ed-Dürrü'l-müntekâ*: Alâüddin Muhammed B. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman b. Muhammed el-Hısî el-Haskefî (ö. 1088/1677)

129. *el-Fetâva's-Sayrafiyye*: Mecdüddin Es'ad b. Yusuf b. Ali es-Sayrafi (ö. 1088/1677)
130. *Fetâvâ-yı Ankaravî*: Mahmud b. Hüseyin el-Ankaravî (ö. 1098/1687)
131. *Hamevî (Ğamzu 'uyûni'l-besâir şerhu kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir)*: Ebü'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed el-Hasenî el-Hamevî (ö. 1098/1687)
132. *el-Bîrî (Haşiyetu'l-Eşbâh) (Umdetü zevi'l-besâir li halli mübhemâti'l-Eşbâh ve'n-nezâir)*: Burhanüddin İbrâhîm b. Hüseyin b. Ahmed Pîrîzâde (ö. 1099/1688)
133. *Surretu'l-fetâvâ*: Sadık Mehmed b. Ali es-Sakızî er-Rûmî (ö. 1099/1688)
134. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*: Çatalcalı Ali Efendi (ö. 1103/1692)
135. *Fetâvâ-yı Feyziyye*: Seyyid Feyzullah Efendi (ö. 1115/1703)
136. *el-Fetâva'l-Alemgiriyye (el-Fetâva'l-Hindiyye)*: Padişah-ı Gâzî Alemgir Ebü'l-Muzaffer Muhammed Muhyiddin Evrengzib (ö. 1118/1707)
137. *Fetâvâ-yı Atâullah*: Muhammed Atâullah b. İbrâhîm (ö. 1127/1715)
138. *Kefevî* (Kitabın aslı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi (Ma'a'n-Nukûl)*'dür.): Salih b. Ahmed el-Kefevî (ö. 1137/1725)
139. *Hadikatu'n-nediyye*: Abdülgâni b. İsmail b. Ahmed b. İbrâhîm en-Nablusî ed-Dimaşkî (ö. 1143/1731)
140. *Behcetü'l-fetâvâ*: Abdullah Efendi, Yenişehirli (ö. 1156/1743).
141. *el-Mirveha* (veya *el-Müravviha şerhu'l-Mültekâ*): Mustafa Hoca b. Mehmed el-Kayserî el-Hanefî Suiçmez Efendi (ö. 1170/1756)
142. *el-İmâdiyye (Muğni'l-müstefti 'an su'ali'l-müfti, el-Fetâvâ'l Hâmidîyye)*: Hâmid b. Ali b. İbrâhîm el-İmâdî ed-Dimaşkî (ö. 1171/1758)
143. *Mecâmi' li'l-Hâdimî (Mecâmi'u'l-hakâik)*: Ebû Said Hâdimî (ö. 1176/1762)

144. *Hâdimî (Dürer Haşiyesi) (Haşiye âlâ Düreri'l-hükkam)*: Ebû Said Hâdimî (ö. 1176/1762)
145. *Netîcetu'l-fetâvâ*: Dürriizâde Mehmed Arif Efendi (ö. 1215/1800)
146. *Eşbâh Haşiyesi (Hibetüllah) (et-Tahkîku'l-bahir şerhu'l-eşbâh ve'n-nezâir)*: Muhammed Hibetullah b. Muhammed b. Yahya b. Abdurrahman el-Balebekkî et-Tacî el-Hanefî (ö. 1224/1809)
147. *Tahtavî (Haşiye ale'd-Dürri'l-Muhtâr)*: Ahmed b. Muhammed b. İsmail ed-Dukatî et-Tahtavî el-Mısırî (ö. 1231/1816)
148. *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*: İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836)
149. *Tenkîh-i Hâmidî (el-Ukûdü'd-Dürriyye fî tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hâmidîyye)*: İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836).
150. *Şerhu Mecâmi'* (Güzelhisârî) (Menâfi'u'd-dekâik fî şerhi Mecâmi'i'l-hakâik): Mustafa Hulûsi Güzelhisârî (ö. 1253/1837)
151. *Nakdü'l-fetâvâ*: Muhammed b. Hamza el-Alâî⁸⁹

Mes'ûd Efendi'nin *Mir'at-ı Mecelle* adlı eserinde belirtilen kaynaklar incelendiğinde kaynaklarda Osmanlı dönemine ait yazarların eserlerinin yoğunluğu dikkat çekmektedir. Bunda Mecelle heyeti üyelerinin Osmanlı medreselerinde eğitimleri sırasında mütalaa etmiş oldukları eserleri kaynak olarak kullanmalarının etkisi büyüktür. Heyet üyeleri Osmanlı medreselerinde güvenilirlikleri nesilden nesile okutularak onaylanmış eserleri tercih etmişlerdir. Bu durum, heyetin belirsizliklere ve tartışmalara yol açmak istemediğinin ve eserin kaynakçasını güçlü kılmak istediğinin göstergesi olarak kabul edilebilir.⁹⁰

⁸⁹ Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*.

⁹⁰ Yıldız, Nacar, *Mir'at-ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle Kaynakları*, 100.

vi. Mecelle Ta'dil Çalışmaları

Mecelle'nin yürürlüğe girmesinin ardından hazırlanan bu kanun metnine yönelik olarak çeşitli yönlerden eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler ile beraber Mecelle'de bir kısım değişiklikler yapılması (ta'dil çalışmaları) gerektiği gündeme gelmiştir. İlk önce bu ta'dil çalışmalarını *Mecelle Cemiyeti* bizzat cemiyet olarak yapmaya çalışmış ve ta'dil çalışmaları yapılmasına karar verilmiştir. Yapılacak olan bu ta'dillerin şer'î hukuka aykırı olmaması kaydıyla diğer devletlerde cari olan medeni hukuklardan da faydalanılmasıyla kaleme alınması kararlaştırılmıştır. *Mecelle Tadil Komisyonu*'nun amacı, yapılacak değişikliklerle Mecelle'nin zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek ve günün problemlerini çözecek bir medeni kanun haline gelebilmesini sağlamaktır.⁹¹

Mecelle'nin ta'dil çalışmalarında ilk olarak Mecelle Komisyonunun yaptığı ta'dil çalışmalarını ele almak yerinde olacaktır. Komisyon henüz Mecelle hazırlanırken ortaya çıkan bir kısım problemlerin çözümü ve bazı kanun maddelerinin örneklerle açıklanması için kimi ek maddeler getirmiştir. Bu "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*" ile ilgili ilk ta'dil girişimidir. Mecelle maddeleri yayınlanırken o dönem Osmanlı'sında kimi gazeteci ve hukukçular tarafından Mecelle'ye tenkitler yapılmış⁹² ve bu çerçevede Mecelle cemiyeti de yapılan bu tenkitleri inceleyerek gerekli görülen yerlerde kanun maddelerinde açıklamalarda bulunma, ek maddeler ile ta'dil etme yoluna gitmişlerdir.⁹³

Mecelle komisyonu başkanı Ahmet Cevdet Paşa Mecelle ile ilgili gördüğü eksikliklere dair bir not kaleme almış ve ta'dil edilmesi gereken maddeleri kısaca şöylece sıralamıştır:

- a) "*Şartlı satış (Bey'i biş-şart) konusunda İbn-i Şübrüme (144/761) 'nin görüşünün⁹⁴ tercih edilmesi, Kadı Şureyh (78/697) mezhebi bundan*

⁹¹ Kaşıkçı, *Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle*, 351.

⁹² Özellikle bu dönemde Mecelle'ye en şiddetli eleştirileri II. Meşrutiyet ve Cumhuriyet devrinin tanınmış gazetecisi Celal Nuri İleri yapmaktadır. Bkz. Celal Nuri, "Mecelle Meselesi", (İstanbul: İctihad, 26 Nisan 1329), 1385 vs.

⁹³ Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 32.

⁹⁴ Ebû Şübrüme Abdullah b. Şübrüme b. et-Tufeyl ed-Dabbî (ö. 144/761) ismiyle müsemma İbn-i Şübrüme Mis'âr b. Kidâm'in Muhârib b. Disâr'dan, O'nun da Câbir'den (ö.78/697) naklettiği "*Rasûlullah (s.a.s) 'a bir deve sattım ve Medine'ye kadar deveye binmeyi (ve deveyi orada teslim etmeyi) şart koştum; O'da kabul etti.*" (Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, 1995, 4/335) hadisine dayanarak şart koşularak yapılan satışı da, bu konuda koşulan şartı da caiz görmüştür.

daha genellik ifade eder (yani daha amm'dır). Ona göre, herhangi bir zorlama olmaksızın kendisine bir şey şart koşan kimsenin şart aleyhinedir, yani onu bağlar.”

- b) *“İcârenin ölüm sebebiyle ile fesholması durumunda Hanefî dışındaki diğer üç mezhebin tercih edilmesi daha doğrudur.”*
- c) *“Ecîr-i müşterek elinde bilâ taksir telef olan mal hakkında mütalaa. İhtirazı mümkün olan şeylerde ecîr-i müştereke damân şart değilse şart muteberdir, inde'l İmâmeyn.”*
- d) *“Üç İmâma göre birlikte mâlik olunan şeyin hibesi, taksimi mümkün olsa bile caizdir. Üç İmâma göre hibe mülkiyeti (bir kişiden başka bir kişiye) nakleden bir akittir. Birlikte malik olunan ve diğer şeylerin satım gibi olan bütün (tasarruf) çeşitleri caizdir.”⁹⁵*

Dikkat edilirse Ahmet Cevdet Paşa'nın Mecelle'de yapılması gereken değişiklikler ile ilgili kaleme aldığı dört maddenin iki tanesi konumuz olan İcâre akdi ile ilgilidir. Bu maddeler “b” ve “c” fıkrasında belirtilen maddelerdir. Bu maddelerin birincisi İcâre akdinin akdi yapan kişilerden birinin ölümü sebebiyle fesholması gerektiğine dair Hanefî mezhebinin görüşünün terkedilerek, yerine Hanefî mezhebi dışında kalan diğer üç ehl-i sünnet mezhebin tercih edilmesi gerektiğine dair olan görüşüdür. İcâre akdi ile ilgili ikinci madde ise tazminatlar bahsinde geçen ortak işçi (Ecîr-i müşterek) ile ilgili durumdur. Mecelle'nin 611. Maddesinde ortak işçinin kendi fiilinden doğmayan zarar ve hasar hakkında kiracı tazmin ile sorumlu tutulmuştur. Aslında ise Ebû Hanîfe'ye göre kiralayan bu durumda tazmin ile sorumlu değildir. Buna karşın İmâmeyn'e göre ise eğer kaçınılması mümkün olan bir sebeple zarar meydana gelmişse kiracı tazmin ile sorumludur ve 611. Madde bu çerçevede İmameynin görüşüne göre ta'dil edilmiştir.⁹⁶

Osmanlı Temyiz Mahkemesinin Başkanı Ali Haydar Efendi bu dönemde yapılan çalışmalar ile ilgili bilgi verirken İcâre'de akdi yapan iki tarafın veya tek tarafın vefatıyla İcâre akdinin münfesihi olmayacağı, menfaatin muayyen ve

⁹⁵ Kaşıkçı, *Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle*, 307-310.

⁹⁶ *Düstur*, I. Tertib, 1/20 vd.; Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 137.

müşahhas olan şeyler gibi geçerli olduğu ile ilgili ta'dil komisyonunun çalışma yaptığını belirtir.⁹⁷

Mecelle'ye yapılan ilk tadil ve tamamlama çalışmasını Mecelle Cemiyeti tarafından yapılmıştır. Ali Haydar Efendi de bu ilk çalışmalara fiili olarak katılmış ve Mecelle'de özel bir başlık altında incelenmemiş olan istihkak davası ile ilgili olarak Mecelle Cemiyetinin isteğiyle konuya dair “*Kitâbu'l-İstihkâk*” adıyla müstakil bir bölüm hazırlamıştır.

Mecelle Ta'dil Komisyonu'nun bağlı kalacağı genel kurallar ise şu şekilde belirlenmiştir:

1- “*Kur'an ve sünnete aykırı bir hüküm kabul edilmeyecektir.*”

2- “*İslam hukukçuları arasındaki ihtilaflı meselelerde hangi müçtehidin görüşü bulunulan asrın ihtiyacına daha uygunsa o görüş tercih edilecektir.*”

3- “*Yeni ortaya çıkan konularda yeni hükümler verilmesi gerekiyorsa, mevcut fikhî hükümlere uygun olmak şartıyla, var olan diğer hukukî müesseselerden de (örf vs.) istifade edilecektir.*”

4- “*Daha önce olduğu gibi, hâkimlere yargılama sırasında fazla takdir yetkisi verilmeyecektir.*”⁹⁸

Ta'dil Komisyonu'nun bağlı kalacağı genel kurallar ile ilgili belirtilen üçüncü kural üstü kapalı bir şekilde hem ictihat yapma, hem de şer'i hükümlerle uygunluk kaydıyla başka ülke yasalarından ve özelde de Avrupa ülkelerinin yasalarından yararlanma yetkisi veriyordu. Bu durum şer'i hükümlerle çelişmediği sürece beşeri kanunlardan da istifade edilebilme yolunu açmış oluyordu.⁹⁹

Bu amaçla oluşturulan Ta'dil Komisyonu ile Mecelle'deki eleştiri getirilen hususların düzeltilmesi ve Mecelle'nin zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir

⁹⁷ Ali Haydar Efendi, *el-Mecmûatu'l-Cedîde fî'l-Kütübi'l-Erba'a*, (İstanbul: Dersaadet Hukuk Matbaası, 1332), 136-140.

⁹⁸ Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, 97-98.

⁹⁹ Kaşıkçı, “Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle”, 351.

mahiyete taşınması amaçlanmışsa da, bu konuda 1916 yılına gelininceye kadar ciddi bir girişim gerçekleşmemiştir.¹⁰⁰

II. Meşrutiyet'in İlanı, Balkan Savaşları ve I. Dünya Savaşının toplumsal hayatta meydana getirdiği değişiklikler gereğince, 1916 yılında “*İhzar-ı Kavanin Komisyonları*” kurulmuştur. İhzâr-ı Kavanin Komisyonları üç adettir. Bu komisyonlar değişik alanlarda kanun hazırlamak veya tadil yapmak amacıyla kurulmuşlardır. İhzâr-ı Kavanin Komisyonlarının ilki Mecelle’de gerekli tadilleri yapmak amacıyla kurulan ta’dil komisyonu (*Medeni Kanun Tali Komisyonu*) ile Aile hukuku’nda (*Hukûk-ı Âile Komisyonu*) ve Ticaret hukuku’nda yasa hazırlamak için kurulmuş olan iki komisyondur.¹⁰¹

İhzar-ı Kavanin Komisyonlarından “*Medeni Kanun Tali Komisyonu*”, Mecelle maddeleri ile ilgili dört mezhebin hükümlerinin yanı sıra, başka ülkelerin de medeni kanunlarından istifade etmiştir. Komisyonların çalışmaları sonucunda sadece “*Hukûk-ı Âile Komisyonu*” 1917 tarihli “*Hukuk-ı Aile Kararnamesi*”ni hazırlayarak yürürlüğe sokabilmiştir. Kararnâmenin hazırlanmasında Batı taraftarları ile Türkçüler önemli rol oynamışsa da içeriği esas itibariyle İslâm fıkıh fikriyatını yansıtmaktadır. 25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren ve 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Tanzimattan sonra Mecelle ile başlayan kanunlaştırma hareketlerinin son halkası olmuştur.¹⁰²

1920-1921 senelerinde uzman bir heyet Mecelle’de ta’dil yapma teşebbüsünde bulundu. Heyet İslâm hukukuyla mukayyet olmak şartıyla fakat sadece Hanefî mezhebi ile yetinmeyerek diğer mezheplere de müracaat etme kararı aldı. Bu heyet bey’ ve İcâre kitaplarında ta’diller yaptı ve gerekli gördüğü yerlerde Şafiî, Hanbelî, Mâlikî mezheplerinden de faydalanma yoluna gitti fakat maalesef bu ta’diller kanun halini alamadı ve yürürlüğe girmedi. Bu dönemde İsviçre Medeni, Kanunundan iktibas edilen “*Türk Medeni Yasası*”nın 17.02.1920 tarihinde kabul edilmiş

¹⁰⁰ *Düstur*, II. Tertib, 6/635-636.

¹⁰¹ İhzar-ı Kavanin Komisyonu Çalışma Raporları” için bkz. *Ceride-i Adliyye* (Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Dergisi), 1. Dönem 7. Yıl 1917, Sayı 160-161-162, 850 ve 1333.

¹⁰² Aydın, “Hukuk-ı Âile Kararnâmesi”, (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 18/314-318.

olmasının etkisinin olduğu açıktır. Türk Medeni Yasası 04.10.1926 tarihinde ancak yürürlüğe girmiştir.¹⁰³

Mecelle komisyonu 1923 yılına kadar hiçbir değişiklikte bulunamamıştır. Komisyon “*Kitâbü’l-Büyû*” ve “*Kitâbü’l-İcârât*” ile ilgili olarak 1923’te bir kısım değişiklik önerilerini yayınlamıştır.¹⁰⁴ Ta’dil Komisyonu, Kitabü’l-Büyû’da var olan ve değiştirilmesi gerektiğini düşündüğü 20 maddenin değiştirilmesini teklif etmiştir. Ayrıca bu kitaba 10 maddenin daha eklenmesini ve 13 maddenin de bu kitaptan çıkartılması gerektiğini ifade etmiştir. Kitabü’l-İcâre’de ise 10 maddenin değiştirilmesini ve eksikliğini gördüğü 13 maddenin ise bu kitaba ilave edilmesi gerektiğini önermiştir.

“*Kanun-i Medeni Komisyonu*”nun yaptığı çalışmalardan beklenen sonuçlar elde edilemediği için, 1923’te Kanun-i Medeni Komisyonu, “*Ukud ve Vacibat Komisyonu*” ve “*Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu*” olarak ikiye ayrılmıştır. 29 Ekim 1923’te Cumhuriyetin ilan edilmesinin, 3 Mart 1924’te Hilafet sisteminin kaldırılmasının ve yine 8 Nisan 1924’te, şer’iye mahkemelerinin kaldırılmasının ardından, komisyon üyeleri, yerlerini yeni üyelere bırakmış ve komisyonlar adeta yeniden oluşturulmuştur.¹⁰⁵

1923 tarihinde yürürlüğe giren bir “*Talimat*” ile kurulan “*Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu*”, 2 Mayıs 1923’te gerçekleştirdiği ilk toplantısında yapılacak yenilikler için “*müstened-i şer’î*” yani hazırlanacak kanunların şeriat yasalarına uygun olması gerektiğini belirlemiş ve bu şekilde 16 toplantı yapılmıştır.¹⁰⁶

Vâcibât Komisyonu ise başkan olarak Seyyid, başkan Vekîli olarak Osman Beyefendi ve Abdurrahman Münib, Ebul-Ulâ Mardin, Feyzi Daim ile Mustafa Seniyyüddin Beyefendilerin üyeliğiyle oluşmaktaydı. Vâcibât Komisyonunda yapılacak düzenlemelerin “*müstened-i şer’î*” yani yapılacak kanunların şer’at

¹⁰³ Kaşıkçı, “Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle”, 350.

¹⁰⁴ Kaşıkçı, “Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle”, 352.

¹⁰⁵ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2010), 187-188.

¹⁰⁶ Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 33.

yasalarına muhalif olamayacağını ifade etmiş ve toplamda 41 toplantı düzenleyerek 21 maddede düzenlemeye gidilmiştir.¹⁰⁷

1924 yeni üyelerle oluşturulan komisyonlar bir süre çalıştıktan sonra Medeni kanun alanında 251 maddeden oluşan bir metin taslağı hazırlamıştır. Fakat yeni Türk devletinin hukukî yapısının tamamıyla Avrupa kanunlarına dayandırılması gerektiği ortak düşüncesi bu sıralarda ortaya çıkmıştır. Bu düşüncenin oluşmasında, Lozan görüşmeleri sırasında adli kapitülasyonların kaldırılması ve gayri müslim azınlıkların ahvâl-i şahsiyye alanında hukukî statülerinin yeniden belirlenmesi meselesinin çözümlenmesine etkili olmuştur. Artık Mecelle’de ta’dil yapılması düşüncesi yerini Avrupa kanunlarına dayanan yeni yasalar yapmaya bırakmıştır. Bu çerçevede 4 Ekim 1926 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu iktibasla yürürlüğe konulan 743 sayılı kanunla, 1877 yılında yayımlanan “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*” kaldırılmış oldu.¹⁰⁸

Sonuç olarak Mecelle’nin ta’dil’i için kurulan komisyonlar beş adettir. Bu komisyonlar:

1. Mecelle Tadîl Komisyonu
2. Kanûn-u Medenî ve Hukûk-u Aile Komisyonu
3. Usûl-u Muhâkemât-ı Şer’iyye ve Hukûkıyye Komisyonu
4. Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu
5. Kanun-u Meden-î Ukûd ve Vâcibât Komisyonudur.¹⁰⁹

Tüm bu komisyonların çalışmalarına rağmen, eksiklikler istenildiği düzeyde giderilememiştir. Neticede 1923’te Lozan görüşmelerinin¹¹⁰ de etkisi ile İsviçre Medeni Kanunu’nun iktibas edilmesine karar verilmiştir. Böylece Mecelle’nin ta’dili

¹⁰⁷ *Ceride-i Adliyye*, Sayı: 10 sene 1339 (1923), 1/17-21, 462 vd.

¹⁰⁸ Aydın, *İslâmî Araştırmalar*, 3-4 [1995], 8/166 vd.

¹⁰⁹ Öztürk, *Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları (Medeni Hukuk)*, İstanbul 1951, 69.

¹¹⁰ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 175-183; Aydın, *Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol*, İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 297-312.

için kurulmuş olan komisyonlar işlevsiz hale gelmiş ve bu komisyonların görevlerine son verilmiştir.¹¹¹

b. İcâre Akdi

i. İcâre Akdinin Tanımı

İcâre (الإجارة) sözlükte ecir (أجر) kelimesinden türemiştir.¹¹² Ecir kelimesi çalışma karşılığı olan ücret¹¹³, kira ve kırık kemik üzerine vurulan sargıanlamalarına gelir.¹¹⁴

İcâre kavramı ıstılahi olarak ise “*menfaatin satışı*” ifade eder.¹¹⁵

İcâre akdi İslâm borçlar hukukunda menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini (kullanım altına alınmasını) konu alan, günümüzde kira, iş ve kısmen de istisnâ’ akdine karşılık gelen bir akid türüdür.¹¹⁶

İcâre’nin tanımı mezhepler arasında farklılık gösterir. Hanefiler “*İcâre, bir bedel karşılığı menfaatler üzerine yapılan bir akittir.*”¹¹⁷ şeklinde tanım yapmışlardır.

¹¹¹. Lozan görüşmelerine ilişkin tutanaklar şu kaydı içermektedir:

“İsmet Paşa, aşağıdaki bildiride bulundu... “Alt-komisyonunda Türk Yurttaşlar Kanununun [Medenî Kanunun Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye kastedilmektedir] dinsel bir temele dayandığı ve çağdaş ihtiyaçları karşılayamadığı iddia edilmiştir. Türk Temsilci Heyeti, Türk Yurttaşlar Kanununun, kaynakları ne olursa olsun, hiç bir bakımdan, dinsel ya da teokratik bir niteliği olmadığını, Türk kanunu ile başka ülkelerin yurttaşlar kanunları arasında, temel ilkeler ve koydukları hukuk kuralları bakımından, önemli bir ayrılık bulunmadığını, özellikle, hiçbir Devletin yurttaşlar kanununu, bir başka Devletin yurttaşlar kanununun tıpkısı olmadığından, arada birtakım farklar görülmesinin, Türk Yurttaşlar Kanununun değerini hiç de azaltmayacağını belirtmiştir.” (Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler, çev. Seha L. Meray, Takım I, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971), 2/25.

¹¹² Ebü’l-Hüseyn Ahmed İbn Fâris, *Mu’cemü mekayîsi’l-luğa*, nşr. Abdüsselâm M. Hârûn, (أجر) md., (Beyrût: yy. 1991), 1/62; Muvaffaküddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, İbn Kudâme, *el-Muğnî*, thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî-Abdülfezzah Muhammed el-Hulv, 3. Bsk, (Riyad: Dâr-ü Alemlî’l-Kütüb, 1997), 5/321.

¹¹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/321.

¹¹⁴ İbn Fâris, *Mu’cemü Mekayîsi’l-Luğa*, 1/62; İbn Manzûr, *Lisânü’l Arab*, nşr. Emîn M. Abdülvehhâb – M. Sâdık el-Ubeydî, 2. bsk. (Beyrût 1417/1997), 4/10.

¹¹⁵ Ebü’l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî, *el-Muhtasar*, nşr. Kâmil Muhammed Muhammed Uveyza, Beyrût 1418/1997, 1/101; el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i’ fî tertîbi’ş-şerâ’i’*, (Beyrût: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2003), 511; Burhâneddin el-Merginânî *el-Hidâye*, nşr. M. Muhyiddin Abdülhamîd, (Kahire 1385/1966), 4/ 269; Ebü’l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta’lîli’l-Muhtâr*, iki ciltte beş cilt, nşr. Mahmûd Ebû Dakîka, (Kahire 1370/1951, 1395/1975), 2/50; Muzafferüddîn İbnü’s-Sââtî (Ebü’l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib el-Ba’lebekkî el-Bağdâdî), *Mecma’u’l-bahreyn ve mülteka’n-neyyireyn*, (İstanbul: Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 2087-2102), 371; Ebü’l-Berekât Hâfizüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Nesefî (ö. 710/1310), *Kenzü’d-deka’ik*, (İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik* içinde), nşr. Zekerîyyâ Umeyrât, (Beyrût 1418/1997), 543; Bedreddin Aynî, *el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye*, (Kahire 1980-1981), 10/221; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr*, 9/4.

¹¹⁶ Ali Bardakoğlu, “İcâre”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21/379.

Şâfiîler ise icâreyi şöyle tarifemişlerdir: “*İcâre maksat olarak gözetilen malum, mubah, verilebilmesi mümkün olan ve belli bir bedel karşılığında mubah kılınabilen bir menfaat üzerinde yapılan akittir.*”¹¹⁸ Şâfiîlerin bu tanımında belirtilen şartlar ile birtakım şeyler, tanımın dışında bırakılmış olmaktadır. Örneğin “*menfaat*” kavramıyla ayn (malın kendisi) olan madde tanım dışı kalmıştır. Çünkü ayn üzerindeki akit ya satış veya hibedir. İcârede üzerine akit yapılan şey ayn değil menfaattir. Tanımda geçen *maksat olarak gözetilen* ifadesiyle bir satıcının yorucu olmayan bir söz söylemesi karşılığında ücretle tutmak gibi önemsiz menfaatleri (التافهة)¹¹⁹ tanımın dışında kalır. Ayrıca “*malum (bilinen)*” ibaresiyle belli olmayan bir iş üzere mudarebe akdi ve ciale akdi; “*verilebilen ve mubah kılınabilen*” şartıyla da evlilik menfaatini kapsamın dışında bırakmak gerekmektedir. Bu akid icâre olarak adlandırılmaktadır. “*İvaz karşılığı*” kaydı ile menfaatlerin hibe edilmesi, vasiyet edilmesi, ortaklık ve ödünç verme akitlerini kapsamın dışında bırakmak gerekmektedir. Bu akitlerde menfaat karşılığı bulunsa bile akdin kendisinde bir bedel (ivaz) söz konusu değildir.¹²⁰

Malikîler ise “*İcâre belirlenmiş bir bedel karşılığında belirli bir süreliğine mubah olan menfaatlerin temlik edilmesidir.*” şeklinde icâreyi tanımlamışlardır.¹²¹

Hanbelîler icâreyi “*belirli mubah olan bir menfaatin, belirli bir zaman diliminde belli bir ayn veya zimmette ise vasfedilmiş olarak veyahutta belirli bir iş*

¹¹⁷ Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Mebsut*, (Kahire 1324-1331), 15/74; Neseî, *Tilbetut talebe fi Istilahatil fıkhiyye*, (Beyrût: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, ty.), 261; el-Merginânî, *Hidaye*, 3/260; Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakir*, (Şerhu Fethi'l-Kadîr ale'l-Hidaye Şerhi Bidayeti'l-Mübtedi), (Beyrût: Daru'l-Fikr, t.y.), 7/145; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/174; Fahrüddin Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyinu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire 1310, 5/105; Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, İstanbul 1308, 569; İbni Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 5/1; Şeyhîzâde, Şeyhîzâde Gelibolulu Abdurrahman Muhammed b. Süleyman (ö. 1078/1667), *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*, (Beyrût: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, h. 1316), 2/367.

¹¹⁸ Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ Ma'rifet-i meânî elfâzi'l-Minhâc*, thk. Muhammed Halil Ayntanî, (Beyrût, 1997), 3/438; Nevevî, *Ravzatü't-Tâlibîn*, 2/403; Takıyyüddîn Ebû Bekr b. Muhammed el-Huseynî eş-Şafî'î el-Hısnî, *Kifâyetü'l-ahyâr fi Halli Gayeti'l-İhtisâr*, (Cidde 2016), 410.

¹¹⁹ التافهة: Kıymetsiz, önemsiz şey demektir.

¹²⁰ Şâfiîler *عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل والباحة بعوض معلوم* şeklinde tanımlamışlardır. Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakin*, nşr. Âdil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Muavvaz, (Beyrût 1412/1992), 2/403; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 3/438.

¹²¹ Malikîler *تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض* şeklinde tanımlamışlardır. Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe ed-Desûkî, *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-kebîr (Hâşiyetü'd-Desûkî)*, (Beyrût: Daru'l-Kütubi'l-İlmiyye, 2011), 15/371.

süresince belirlenmiş bir bedel karşılığında yapılmış olan akittir.” şeklinde tanımlamışlardır.¹²² Hanbelîlerin tanımı birçok noktada Şâfiîlerinkine benzemektedir.

Bu tanımları kısaca özetleyecek olursak icâre;

- a- Hanefilerde “bir bedel karşılığı menfaatler üzerine yapılan akittir.” şeklinde tanımlanmıştır. Hanefilerin bu tanımından icârenin menfaatler üzerine kurulu bir akit olduğu ve ayn üzere olan akitlerin icâre kapsamında değerlendirelemeyeceği anlaşılmaktadır.¹²³
- b- Malikîlerde “belirlenmiş bir bedel karşılığında belirli bir süreliğine mubah olan menfaatlerin temlik edilmesi” olarak tanımlanmıştır.¹²⁴
- c- Şâfiîlere göre “belirli bir bedel karşılığında bezl ve ibaheye uygun olan belli ve kastedilen bir menfaat ile ilgili olan akittir.” şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁵
- d- Hanbelîlere göre “ belirli mubah olan bir menfaatin, belirli bir zaman diliminde belli bir ayn veya zimmette ise vafedilmiş olarak veyahutta belirli bir iş süresince belirlenmiş bir bedel karşılığında yapılmış olan akittir.” şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁶

Görüldüğü gibi mezheplerin tanımları özde aynı şeyleri ifade etse de tanımınlarında kimi kavramsal eklemeler yapılarak icârenin mahiyeti ile ilgili çizgiler

¹²² Hanbelîler عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة, أو موصوفة في الذمة, أو عمل معلوم بعوض معلوم şeklinde tanımlamışlardır. İbn Kudâme, *el-Muğni*, 5/398; Gayetu'l-Mühtehe, II, 190; Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî, *el-İknâ ' li-tâlibi 'l-intifâ '*, (nşr. Hilâl Musaylihî Mustafa), Beyrût 1982, 2/283; Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn Buhûtî, *Keşşâfû 'l-Kinâ ' 'an (metn) i 'l-İknâ*, thk. İbrahim Ahmed Abdülhamid, (Riyad: Vizaretü'l-Adl, 2000), 4/456; Buhûtî, *er-Ravdü 'l-mürbi*, thk. Abdurrahman b. Nasır es-Sa'di, (İskenderiyye: ed-Darü'l-Alemiyye li'n-Neşri vet Tevzi, 2015), 409.

¹²³ Hanefiler عقد على المنافع بعوض şeklinde tanımlamışlardır. es-Serahsî, *Mebhut*, 15/74; en-Nesefî, *Tilbetut Talebe fi Istilahatil Fıkhiyye*, (Beyrût: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, ty.), 261; el-Merginânî, *Hidaye*, 3/260; İbnü'l-Hümâm, *Fethu 'l-Kadîr*, 7/145; el-Bedayî, 4/174; ez-Zeylaî, *Tebyinu'l-Hakaik*, 5/105; el-Haskefî, *ed-Dürrü 'l-muhtâr*, 569; İbni Abidin, *Reddü 'l-muhtâr*, 5/1; Şeyhîzâde, *Mecma 'u 'l-enhur*, 2/367.

¹²⁴ Malikîler عقد على منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض şeklinde bir tanımda bulunmuşlardır. Desûkî, *Hâşiye 'ale 'ş-Şerhi 'l-kebîr* (Haşiyet'u-Desûkî), 4/2.

¹²⁵ Şâfiîler عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم şeklinde tanımlamışlardır. Şirbînî, *Muğni 'l-Muhtâc*, 3/438; Nevevî, *Ravzatü 't-Tâlibîn*, 2/403; Hısnî, *Kifâyetü 'l-ahyâr*, 410.

¹²⁶ Hanbelîler عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة, أو موصوفة في الذمة, أو عمل معلوم بعوض معلوم şeklinde tanımlamışlardır. Buhûtî, *Keşşâfû 'l-kinâ ' 'an*, 3/546; Buhûtî, *er-Ravdü 'l-mürbi*, 1/409; el-Haccâvî, *el-İknâ ' 'an*, 2/283.

¹²⁷ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/380.

belirlenmeye çalışılmıştır. Tanım böylece “*efradını cami, ağyarını mâni*” bir nitelik kazanmıştır. İcârenin tanımı ile ilgili olarak var olan farklılıklar muhtemelen sahih icârenin tanımını tam olarak verebilme çabasından kaynaklanmaktadır. Tanımın “*efradını cami’ ağyarını mani*” bir nitelikte olabilmesi için mezhepler tanımda icâre akdinin sıhhat şartlarını da tanımın içine dâhil edilerek bir tanımlamaya gitmişlerdir. Böylece tanımlamalar mezhepler içerisinde farklılık arz etmiştir.¹²⁷

İcâre akdi, şeriatın özel hükümlerini açıkladığı ismi tespit edilmiş (müsemma) akitlerdendir. İslam hukukunda akitler iki ana başlık altında incelenir. Bunlar müsemma ve gayri müsemma akitlerdir.

1) *el-Ukudi'l-müsemma*: İsmi tespit edilmiş akitlerdir. Şeriat belirleyicisinin adlarını koyup düzenlediği akitlerdir. Satış, icâre, şirket, kefalet ve hibe akitleri isimbelirlenmiş akitlerden kabul edilir. Bu akitler hakkında, akitlere dair genel kaideler ile onların her birisine dair özel kaideler/aslî hükümler geçerlidir.

2) *el-Ukudu gayru'l-müsemma*: İsmi tespit edilmemiş akitler ise şeriat koyucunun hakkında özel hükümler düzenlemediği, ismini/sınırlarını belirlemediği akitlerdir. Bu akitler akitlere dair genel kaideler çerçevesinde ele alınır. Bu tür akidler anlaşma, mukavele gibi genel isimlerle anılan hukukî tasarruflardır. Bunları insanlar ihtiyaç ve gayelerine göre ortaya çıkarır, hukukun genel kuralları içinde yapar ve uygularlar. İslâm hukuk tarihinin çeşitli devirlerinde böyle birçok yeni akid ortaya çıkmış, sonra fıkıh âlimleri bunlara özel isimler bulmuş, hükümlerini tesbit etmişlerdir. Eskiden var olan isticrâr, icâreteyn, bey‘u'l-vefâ gibi akidler de buna örnektir. Günümüzde telif hakkı sözleşmesi, ithalat ve ihracat sözleşmeleri, taahhüt sözleşmeleri, birden fazla hizmet veren büyük otellerde kalmak için yapılan sözleşmeler isimsiz akidler için örnek verilebilir.¹²⁸

¹²⁸ Hayreddin Karaman, “Akit”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/251-256.

İcâre günümüz islam fıkında “İslam borçlar hukukunda menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini/mülk edinilmesini konu alan, günümüzde kira, iş ve kısmen de istisna' akdine tekabül eden akid.”¹²⁹ olarak tanımlanmıştır.

Kur'an'da icâre akdiyle ilgili açık bir hükme rastlanmamaktadır. Tekil ve çoğul olarak 105 yerde geçen "ecir" kelimesiyle genelde uhrevi karşılık ve mükâfat, çok az ayette de dünyevi karşılık ve ücret manası kastedilmektedir.¹³⁰

ii. İcâre Akdinin Hukuki Niteliği

Kira akdi kimi zaman ayları veyahutta yılları alan uzun süreli bir sözleşme olduğu için kurallarının sağlam kaideler ile belirlenmesi gerekir. Kira akdi satış akdi gibi hemen nihayete erdirilen, sonucu hemen oluşan akitlerden değildir. Kira müddetince uzun süre belirlenen şartlar ile devam etmesi gerekir. Öyleyse sağlam bir kurallar silsilesine ihtiyaç duyar. Şartların belirlenmesi, kuralların tayin edilmesi ileride çıkabilecek sorunların minimize edilebilmesi açısından çok önemlidir. İşte İslam hukuku bu ve buna benzer bildiğimiz veya henüz hikmetine varamadığımız sebepler dolayısıyla kira akdine belirli şartlar getirmiştir.

İcâre akdinde mal sahibinin mal üzerindeki mülkiyeti sona ermez. Kiracının ise mal üzerinde belirli tasarruflarda bulunma hakkı ortaya çıkar. Bu durumda bir tek mal üzerinde birden fazla kişinin hakkı ortaya çıkmış olur.¹³¹

İslam hukukunda icâre akdi, hem gayrimenkul ve menkul eşyanın kullanımını konu alan kira akdini hem de insanın çalışmasını konu alan iş akdini kapsamaktadır. Yani günümüz hukukunda kira akdi ve iş sözleşmeleri olarak ifade edilen akitler İslam hukukunda icâre akdinin kapsamında ele alınır.¹³²

İcâre akdinde elde edilen menfaat sözleşmenin başlangıcında mevcut değildir. Menfaat akid süresince zamanla ortaya çıkar. Bundan dolayı İslam hukukçularının genel nitelendirmelerine göre icâre akdinin kuruluşu menfaatin ortaya çıkışına

¹²⁹ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/379.

¹³⁰ Muhammed Fuad Abdülbaki, *Mu'cemu'l-mufehres li elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, (Kahire: Kitâbu's-Şâ'b, 1958), "ecr" md.

¹³¹ Muhammed bin İdris eş-Şafî, *el-Ümm*, (Beyrût: Dârü'l-Vefa', 1403/1983), 4/25.

¹³² Bardakoğlu, “İcâre”, 21/379; Ebü'l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî el-Gırnâtî İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l Fıkhiyye*, nşr. Abdurrahman Hasan Mahmûd, (Kahire 1405-1406/1985), 303; Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenühî Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, (Beyrût: Dâru Sâdır, ty.), 4/505.

paralel olarak devamlı olarak yenilenir ve icâre akdi bu şekilde yenilenerek birbirine eklenen akidler şeklinde meydana gelmiş olur. Fakat akidde bütünlük sağlamak ve icabın kabulle irtibatını korumak için akid menfaate değil menfaatin ait olduğu eşya veya kişiye izafe edilmiştir. Bir bakıma ayn, eşyanın kendisi menfaatin yerine geçmiştir.¹³³

Kira akdi ile ihtiyacı olan kişinin az bir ücret karşılığında ihtiyacı giderilmiş olur. Örneğin ekmek üzere arazi veya yıkanmak için hamam ihtiyacı olan fakir şahıs tüm araziye veya hamamı satın alıp ihtiyacını giderme gücüne sahip değildir. Ancak kiralama yöntemiyle bu ihtiyacını giderebilir.¹³⁴

İcâre akdinin meşruiyetinden söz edecek olursak; İcâre akdi kuran, sünnet ve icma' ile sabittir. Fakat kıyasa aykırıdır. Çünkü icâre akdinde menfaatin satımı söz konusudur. Ortada olmayan malın satışı ise fıkhen caiz değildir. Bu durumda kıyasa göre kira sözleşmelerine cevaz verilmemesi gerekirken, ihtiyaçtan ötürü cevaz verilmiştir. Hem kiraya verenin, hem de kiracının icâre akdine ihtiyacı vardır. Örneğin herkes içinde oturacağı bir eve ihtiyaç duyar fakat o evi almaya güç yetiremez. Veya yük taşımak için bir bineğe, binmek için bir araca ihtiyaç duyarken bunu almaya güç yetiremeyebilir. Bu durumda kira ile onlardan faydalanmak bir çıkış yoludur. Çünkü fakirin kiralananak mala, kiraya vereninde malını elinde tutmaya devam edip ayrıca bir ücret elde etmeye ihtiyacı vardır. İcâre her ikisinin ihtiyacını gidermekte ve her iki tarafında faydalanmasına sebep olmaktadır.¹³⁵

İcâre akdinin, akid anında henüz mevcut olmayan menfaat üzerine kurulmasından dolayı kıyasa aykırı olarak sabit olduğu fakat zarurete, teamüle veya sünnete dayalı istihsan yoluyla icâre akdinin caiz görüldüğünü belirtenler de olmuştur. Yanii akdini istihsana dayalı olarak caiz kabul etmişlerdir.¹³⁶

Fıkıh literatüründe *icâre akdinin, akid anında henüz mevcut olmayan menfaat üzerine kurulması sebebiyle kıyasın hilafına sabit bir muamele olduğu, bu sebeple de*

³⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsut*, 15/75; Sa'dî Çelebi, *Fetâvâ-yı Sa'diyye (Mecmûa-i Fetâvâ)*, (İstanbul: Süleymaniye Ktp.), 8/5-6.

³⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, İcâre, 1/439.

³⁴⁷ “عقد على المنافع بعوض” Zeylaî, *Tebyin 'ul-Hakakik*, 5/105; Serahsî, *Mebsut*, 15/74; el-Merginânî, *Hidâye*, 3/260.

¹³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, İcâre, 1/439.

¹³⁶ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/380.

zarurete, teamüle veya sünnete dayalı istihsan yoluyla caiz görüldüğü'nü belirtilenler de olmuştur. İslam hukukçularının bu tercihleri icâre akdinin cevazına delil bulmak için değildir. Belki hukukçuların bu tavrı icâre akdinin İslam hukukunun genel prensipleri içerisinde yer alabilecek bir nitelikte olduğunu ortaya koyma çabasıdır. Burada usuli manadaki bir kıyastan ziyade İslam hukukunun genel prensipleri şeklinde ifade edilebilen umumi manadaki bir kıyas söz konusudur. Bundan dolayı başta Serahsi olmak üzere İslam hukukçuları yukarıda temas edilen aykırılığı giderici birtakım açıklamalar getirmişlerdir.¹³⁷

İbn Kayyim el-Cevziyye ise icâre akdinin kıyasa aykırı olduğu görüşüne karşı çıkararak ma'dumun satışı yasağının aynlar hakkında geçerli olduğunu, ayn ile menfaat arasında maddeten ve hukuken önemli farklar bulunduğunu ve bu konudaki yasağın ortada olmayan menfaatin satışı hakkında geçerli sayılmayacağını ileri sürmüştür.¹³⁸

Tâvûs b. Keysân el-Hemdânî el-Yemânî el-Havlânî el-Himyerî (ö. 106/725), Ebû Bişr İsmâîl b. İbrâhîm b. Miksem el-Esedî el-Basrî (ö. 193/809), Ebû Bekr Abdurrahmân b. Keysân el-Esamm (ö. 200/816), Ebû'l-Ferec el-Muâfâ b. Zekerıyyâ b. Yahyâ en-Nehrevânî el-Cerîrî (ö. 390/1000) ve Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191) dışında kalan fakihler icâre akdinin meşru olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Sözü geçen bu fakihler icâre akdini caiz kabul etmemişlerdir. Çünkü icâre menfaatin satılmasıdır. Menfaatler ise akdin gerçekleşmesi esnasında kabzedilemeyen ve mevcut olmayan şeylerdir. Bu menfaatler daha sonra zamanla peyderpey tahsil edilir. Olmayan bir şeyin satış ihtimali olmaz. Ayrıca satışın gelecekte ortaya çıkacak bir şeye izafe edilmesi caiz değildir.¹³⁹

İbni Rüşd onlara şöylece cevap vermektedir: “*Menfaatler her ne kadar akdin yapıldığı sırada mevcut değil ise de çoğunlukla tahsil edilebilen şeylerdir. Şeriat ise*

¹³⁷ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 4/173; Serahsî, *el-Mebsut*, 15/74; Muhammed b. Ahmed el-Hafid İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, (Beyrût: Darul-Fikr, t.y.), 2/250.

¹³⁸ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l-Muvakkîn 'an rabbi'l-âlemîn*, nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'd, (Beyrût 1968), 2/23-28.

¹³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/321-322; Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletüh*, (*el-Fıkhü'l-İslâmî*), 2. Bsk., (Dimeşk: Dârü'l-Fikr, 1985), 6/19.

menfaatlerden çoğunlukla tahsil edilen yahut da tahsil edilmesi ile edilmemesi ihtimali eşit olan şeyleri göz önünde bulundurmıştır.”¹⁴⁰

Bunlarla birlikte icâre akdi süresi geçici olması yönüyle bey’/satış akdinden ayrılmaktadır. Satış/alışveriş/bey’ akdi geçiciliği kabul etmez, ebedi bir akittir. Çünkü satış akdi ayn'ın mülkiyetinin başkasına geçişini gerektirir. Bundan ötürü satış akdine kıyas edilerek cevaz verilmesi doğru olmaz. Alışveriş/bey’ tam mülkiyeti, icâre ise sadece menfaate mülkiyeti gerektirdiğinden eksik mülkiyeti gerektirir. Bundan dolayı icâre akdinin yapısı bey’/alışverişe nisbetle oldukça farklıdır. ¹⁴¹

Konuya hazırlık olması açısından icâre akdnin genel özelliklerini vermekle yetiniyoruz. Bu akdin gerek mahiyetiyle ilgili gerekse de işleyişi ile ilgili hükümler Mecelle ışığında sonraki bölümlerde detaylı bir şekilde verilecektir.

¹⁴⁰ İbn-i Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, 2/218.

¹⁴¹ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/381.

BİRİNCİ BÖLÜM

MECELLE'DE İCÂRE AKDİNİN MAHİYETİNE DAİR HÜKÜMLER

1.1.MECELLE'DE İCÂRE AKDİ

Mecellenin ikinci kitabı olan İcâre kitabı bir mukaddime (önsöz) ile sekiz bابتan oluşmaktadır. Mecelle'de icâre akdi 404. ile 611. maddeleri arasında yer alır. Toplamda 207 maddeden oluşan bu maddeler şu şekilde özetlenebilir:

404- 419 arası maddeler mukaddimeyi oluşturur ve icâre akdi ile ilgili kavramlar bu maddelerde tanımlanmış, icârenin çeşitleri izah edilmiştir.

420- 432 arası maddeler birinci babı oluşturur ve icâre akdine ait genel kurallar bu maddelerde açıklanmıştır.

433- 462 arası maddeler ise ikinci babı oluşturur ve icâre akdinin oluşması ile ilgili hükümleri ihtiva eder. Bunlardan 433- 443 arası maddeler icâre akdinin rükünlerini, 444-447 arası maddeler icâre akdinin kurulum şartları ve hükmünü, 448- 457 arası maddeler icâre akdinin geçerli (sahih) olarak kurulmasının şartlarını ve 458- 462 arası maddeler ise geçersiz (batıl) ve bozulabilir (fâsit) icâre akdi ile ilgili hükümleri içerisinde barındırır.

463- 483 arası maddeler üçüncü babı oluşturur ve ücret ile ilgili kuralları belirtir. Bu bab dört fasıl halindedir. Bu maddelerden 463- 465 arası maddeler kira bedeli ile ilgili hükümleri, 466- 481 arası maddeler ücret ödemenin gereği ve kiralayanın ücrete hak kazanım halleri ile ilgili meseleleri 482- 483 arası maddeler de ücret ile ilgili olarak işçinin kiraya verilmiş malı hapis edip edemeyeceği hakkındadır.

484- 496 arası maddeler dördüncü babı oluşturur ve kira süresi ile ilgili hükümleri ihtiva eder.

497- 521 arası maddeler beşinci babı oluşturur. Bu bab kira sözleşmelerindeki seçim hakkı (hıyarat) ile ilgilidir ve üç fasıldan oluşur. Bu maddelerden 497- 506 arası maddeler hıyâr-ı şart (şart muhayyerliği), 507- 512 arası maddeler hıyâr-ı rü'yet (görme muhayyerliği) ve 513-521 arası maddeler de İcâre akdinde geçerli olan hıyâr-ı ayb (ayıp muhayyerliği) hakkındadır.

522- 581 arası maddeler altıncı babı oluşturur. Bu bab kiralanan şeyin (me'cur) türleri ve hükümleri hakkında olup dört fasıldır. Bu maddelerden 522- 533 arası maddeler taşınmaz mal (akar) ilişkin hükümleri, 534- 537 arası maddeler taşınır mallar (uruz)ın kiralınması ile ilgili hükümleri, 538- 561 arası maddeler hayvanın kiralınması ve 562- 581 arası maddelerde insanın ücret ile tutulması ile ilgili hükümleri beyan eder.

582-595 arası maddeler yedinci babı oluşturur. Kiraya veren ve kiracı olan kişilerin İcâre akdi sonrası görev ve yetkileri ile ilgili olup üç fasıldan oluşmuştur. Bu maddelerden 582-585 arası maddeler kiraya verilen malın (me'cûr) teslimi hakkındadır. 586-590 arası maddeler İcâre akdi sonrası, kiraya verilen malla ilgili (me'cûr) tarafların tasarrufları ile ilgili hükümleri belirtirken, 591-595 arası maddeler ise kiralanan (me'cûr) şeyi geri vermek ve iade etmek ile ilgili hükümlerin açıklamasıdır.

596-611 arası maddeler sekizinci babı oluşturur ve tazminatlar ile ilgili olup üç fasıldan meydana gelmiştir. 596-599 arası maddeler yararlanma karşılığında ödenmesi gereken tazminat (damân-ı menfaat) hakkındaki hükümleri, 600-606 arası maddeler kiracının tazminatı hakkındadır. 607-611 arası maddeler de işçinin tazminatı ile ilgili hükümlerdir.

Belirttiğimiz bu maddelerin kimisi icâre akdinin mahiyetine dair hükümler ifade ederken, kimisi de icâre akdinin işleyişine dair hükümler içermektedir. Bizde bu çalışmamızda konuyu iki bölüme ayırarak ele aldık. Bu bölümlerin birincisi “Mecellede İcâre Akdinin Mahiyetine Dair Hükümler” olup bu bölümde icâre akdinin tanımı, mahiyeti, çeşitleri, rükunları, kurulum şartları ve sıhhat şartları konuları ele alındı. İkinci olarak ise “Mecellede İcâre Akdinin İşleyişine Dair Hükümler” başlığı altında konu ele alındı ve icâre akdinde me'curun türleri, ücret,

süre, muhayyerlikler ve tazminatlar konuları Mecelle çerçevesinde kaleme alındı. Bu bölümde ayrıca icâre akdi sona erdikten sonra kiracı ve kiraya verenin görev ve yetkilerinden söz edilmekte, konunun sonunda da insanın ücret karşılığında kiralanmasını ifade eden İcâre-i âdemi konusu ele alınmaktadır.

Mecelle'nin ikinci kitabı olan Kitâbü'l-İcâre Mecelle komisyonu tarafından 28 Kasım 1869'da hazırlanarak Meclis-i Vükelaya yani Osmanlı hükümetini temsil eden meclise takdim edilmiştir. 6 Şubat 1870 günü padişaha sunulan Kitâbü'l-İcarât, 6 Zilkade 1286'da (7 Şubat 1870) tarihli İrade-i Seniyye (padişah fermanı) ile II. Abdulhamit döneminde yürürlüğe girmiştir.¹⁴²

Burada belirtilen *Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye* ve *Şura-yı Devlet* kurumları 24 Mart 1838'de II. Mahmud (ö. 1255/1839)'un kurduğu, döneminde yapılan reformları planlayıp icrasını denetleyen yüksek yasama ve yargı organı olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin 5 Mart 1868 yılında ikiye ayrılmasıyla kurulmuşlardır. Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye tanzimat döneminde kurulan ilk Osmanlı temyiz mahkemesidir. Şura-yı Devlet ise idarî yargı ve danışma organı olarak kurulmuş olan meclistir. Cemiyet'ten kasıt ise Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hazırlanması Mecelle Cemiyeti'dir.¹⁴³

1.2.İCÂRE AKDİNİN ÇEŞİTLERİ

İcâre akdinin çeşitleri noktasında İslam âlimleri iki farklı ayırıştırma yoluna gitmişlerdir. Bu ayırştırmaların ilki İcâre akdinin zaman ve amel yönünden incelenerek çeşitlendirilmesidir. İkinci ayırıştırma ise ma'kudun aleyhe bakılarak İcâre akdinin a'yan ve işten elde edilen menfaate göre ayırştırılmasıdır. Hanefî ve Şafîî âlimlerinin geneli ve bazı Hanbelî âlimleri birinci taksimatı tercih ederken,

¹⁴² Öztürk, "Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 6/50; Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 68.

¹⁴³ Aydın, "Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 11/387; Ali Akyıldız, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/250; Ali Akyıldız, *Tanzîmât*, 40/8.

muteahhirin Hanefî âlimleri ve muteahhirin Hanbelî âlimleri ikinci taksimatı tercih etmişlerdir. Mecelle’de ikinci taksimat üzere icâre akdini çeşitlerine ayırmaktadır.¹⁴⁴

İcâre akdi fıkıh literatüründe “*Ayn icâresi*” ve “*insan icâresi*” olarak iki kısım olarak incelenir. Günümüz hukukunda aylar üzerine kurulan icâre kira akdi ve ameller üzerine kurulan insan icâresi de iş akdi şeklinde ifade edilmektedir. Ayn icâresi, eşyanın kullanımını sağlayan bir akid olduğundan eşyanın İslam hukukundaki konumu itibariyle üç kısımda ele alınır. Bunlar:

- 1- Taşınmaz malların kiralınması yani “ğayri menkul icâresi”
- 2- Taşınır malların icâre edilmesi yani “uruz icâresi”
- 3- Hayvanların sahiplerine belirli bir ücret ödenmesi şeklinde kiralınması yani “hayvan icâresi” şeklinde üç başlıkta ele alınır.¹⁴⁵

Nitekim Mecelle’de de aynı taksim yapılmış ve kiralamanın hükümleri incelenirken Mecelle’nin 522-561. maddeleri arasında bu ayırım esas alınarak hükümler ortaya konulmuştur.

İnsan icâresi ise insanın hizmet karşılığı kiralınmasıdır. İnsan icâresinde insan kendisinden hâsıl olan menfaat yani emek karşılığında kiralınmaktadır. Bu çeşit icârede iş görme yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu çeşit icâre akdi süre üzerine kurulan insan icâresi ve amel üzerine kurulan insan icâresi olmak üzere iki gruba ayrılır.¹⁴⁶

Esasen icâre akdinin her iki türünde de akdin konusu menfaat olmakla birlikte, kira ve iş akidlerinin bilhassa işleyiş ve sonuç yönünden birbirinden oldukça farklılık göstermesi böyle bir ayırımı gerekli kılmaktadır.¹⁴⁷

Mecelle’nin 421. maddesinde “*Kira sözleşmeleri konusu bakımından iki çeşittir.*” denilmiş ve ardından “*Birinci tür, konusu belirli ve somut varlıkların (ayn, âyan) menfaati olan İcâre akdidir; kiralanan şeye, kiraya verilen şey (ayn-ı me’cur),*

¹⁴⁴ Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşki, *el-Lübâb fî şerhi’l-Kitâb*, (nşr. Muhammed Muhyiddin Abdülhamîd), Kahire 1381/1961, 2/88; Neseî, *Kenzü’l-dekâ’ik*, 5/106; el-Mevsılî, *el-Muhtâr*, 2/51; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/231; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/8

¹⁴⁵ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/174; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ’*, 3/560; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/382; Ali Bardakoğlu, “İcâre”, 21/380.

¹⁴⁶ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/380.

¹⁴⁷ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/380.

kiralanan şeyin kendisi (ayn-ı müste'cer) de denilir. Bu tür kiralalar üç kısma ayrılır. Birinci kısım; ev, arazi kirası gibi taşınmaz kirasıdır. İkinci kısım, elbise, kap kakak gibi taşınır malların (İcâre-i uruz) kirasıdır. Üçüncü kısım, hayvan kirasıdır.” denilerek ayn olan şeylerin kiralanmasında üç tür kiralamanın mevcut olduğu ifade edilmiştir. Maddenin devamında “İkinci tür; konusu iş, hizmet olan İcâre akdidir, bunda kiralanan şeye işçi (ecir) denir, ücret ile işçi ve hademe (hizmetli) tutmak gibi. Meslek ve sanat sahiplerini kiralamakta bu türe girer; örneğin kumaşı terziden olmak üzere elbise kestirmek istisna sözleşmesine girdiği halde kumaş verip elbise diktirmek işçinin kiralınması anlamına gelir.” ifadeleriyle ikinci türden söz edilmiş işakdi konusu ele alınmıştır. Görüldüğü gibi Mecellede İcâre akdi, konusu bakımından iki kısımda incelenmiştir. Birinci kısım konusu belirli ve somut varlıkların İcâre akdidir. İkinci kısım ise konusu iş, hizmet olan kira sözleşmeleridir.

Mecellede İcâre kitabının 6. Bölümü kiralanan şeyin (me'cur) türleri ve hükümleri hakkındadır. Mecellenin 535. maddesi ile 537. maddeleri arası hükümleri urûz mallar ile ilgili hükümlerdir. Urûz mallar kavramı altın ve gümüş para dışında kalan taşınır malları ifade eden bir fıkıh terimidir.¹⁴⁸ Fakihler genellikle arz ve urûzdan bu anlamı kastederler. Uruz teriminin geniş anlamı da budur. Mecelle'nin 1334. maddesinde, para olarak kullanılmayan altın ve gümüşün urûz kategorisinde yer aldığı belirtilmekte ve bu geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Yine 447, 1338, 1340 ve 1544. maddelerinde de bu anlamda kullanıldığı söylenebilir. Urûzun orta kapsamlı anlamı altın ve gümüş para ile birlikte hayvan ve akar dışındaki mallardır. Bu anlam katagorisinde arz keylî ve veznî türden mislî malları da içerecek şekilde kıyemî ve mislî pek çok mala şamil olmaktadır. Mecelle'nin 165. ve 421. maddelerinde bu anlamda kullanıldığı kabul edilmektedir.¹⁴⁹

Bu bölümde urûz mallar konusuna değinilmek ile beraber keyl ile ölçülebilen mallar (mekîlât)¹⁵⁰ ve tartı ile tartılabilen (mevzunat) mallar urûz mallar

¹⁴⁸ İbn Fâris, *Mu'cemü mekayîsi'l-luğa*, “‘arz” md.; Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd el-Cevherî, *es-Sihâh*, nşr. Ahmed Abdülgafûr Attâr, (Kahire 1376/1956), “‘arz” md.; Muhammed b. Ahmed el-Ezherî, *Tehzîbü'l-luğa*, nşr. Abdüsselâm M. Hârûn – M. Ali en-Neccâr, (Kahire 1384-87/1964-67), 1/455; Ebü'l-Beka' el-Kefevî, *el-Külliyât (Külliyâtü Ebi'l-Beka')*, (Beyrût 1413/1993), 624.

¹⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/448 ve 621; Hasan Hacak, “Urûz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42/182.

¹⁵⁰ Mekîlât Arapçada keyl “buğday vb.ni ölçmek”ten mekil kavramının çoğuludur. Arpa, buğday vb. kile ile, ölçekle ölçülebilen şeyler mekilât olarak ifade edilir.

katagorisinde olduğu halde bu tür mallara Mecellede değinilmemiştir. Bunun sebebi bu tür malların kiralandıklarında müstehlik yani ana malın, asıl maddenin yok oluyor olmasındandır. Hanefilere göre aslı kira sırasında kaybolan malların kiralınması caiz değildir. Öyleyse o mallara burda da değinmeye gerek görülmemesi normal karşılanmalıdır.¹⁵¹

538. madde ve sonrasında hayvanın kiralınması ile ilgili hükümler beyan edilecektir.

Öte yandan bazı Şâfiî âlimleri kira akdini “icâre-i ayn” ve “icâre-i zimme” şeklinde ikiye ayırmaktadırlar. Yani kira akdini Mecellede yapılan taksimat dışında farklı bir taksimata tabi tutarlar. İcâre-i ayn belirli bir evi kiralamak gibi belirli ve somut bir aynın menfaatleriyle ilgili iken icâre-i zimme muayyen olmayıp vasfı belirlenen bir şeyin menfaatleriyle alâkalıdır. Bir kişiyi belirli nitelikteki hayvanla bir yere taşıma menfaati gibi ki Şâfiîler bu tür menfaatlerin zimmet borcu olduğunu düşünmektedir.¹⁵²

413. maddede tanımlandığı gibi İşçi (ecir), kendisini kiraya veren kimsedir.

Modern Türk İdare Hukuku’nun kurucusu olarak kabul edilen Sıddık Sami Onar Mecelle’nin İcâre kitabının 421. Maddesini örnek göstererek Mecelle’nin her akdin sıhhati ve muhtelif ihtimaller hakkında teferrüata kadar hükümler koyduğunu, bundan dolayı da mukavele serbestisini fiilen bu akidlerde kaldırmış olduğunu ifade etmektedir.¹⁵³ Fakat Onar’ın belirttiği Mecelle’de mukavele serbestisinin kaldırıldığını iddea etmek doğru bir yaklaşım değildir. Nihayetinde kanun maddelerinin mahiyeti budur. Yani kanun maddeleri tartışılan hükümlerde net bir sonuç bildirir. Çerçeveyi belirler ve tartışmaları sona erdirir. Mecelle’deki hükümlerde birer kanun maddesi hüviyetindedir. Yıllarca Osmanlı topraklarında ve daha sonrasında değişik ülkelerde uygulama alanı bulmuştur.¹⁵⁴

¹⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/453.

¹⁵² eş-Şirbînî, *Muğni’l-Muhtac*, 3/443; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü’l-Muhtâc bi-şerhi’l-Minhâc*, (Kahire: Mektebetü’t-Ticariyyet’il-Kübra, 1357), 5/55.

¹⁵³ Onar, *Osmanlı İmparatorluğu’nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification’u Mecelle*, 54.

¹⁵⁴ Ekinci, *Şimşirgil, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, 59; Murati, “Yugoslavya Krallığı’nda Müslümanlar Açısından Şariat Mahkemelerinin ve Mecelle’nin Yeri ve Önemi”, 1-25; Aydın,

Süre ile sınırlandırılmamış olan iş akdi türü günümüzde istisna akdine benzemektedir. İstisnâ‘ akdi bir kişinin ücret karşılığında nitelikleri önceden belirlenmiş bir eseri imal etmesi için yapılan sözleşme anlamında bir fıkıh terimidir. İstisna‘ akdi Mecelle’nin 124. maddesinde “bir şey yapmak üzere ehl-i san‘at ile akd-i mukavelede bulunmak” şeklinde tanımlanmıştır. Mecelle’de ise sanat ehlinin ortaya koyacağı eserin kendisinden imal edileceği hammaddeyi temin edenin farklılaşması çerçevesinde bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre hammaddeyi işçi temin ediyorsa bu akid istisna akdinin konusudur. Eğer hammaddeyi işveren temin ediyorsa bu akid iş akdinin konusu olmaktadır.¹⁵⁵

1.3.İCÂRE AKDİNİN RÜKÜNLERİ

Mecelle’nin ikinci kitabı olan İcâre Kitabının İkinci bölümünde dört fasıl halinde İcâre akdi ile ilgili şartlar ele alınmıştır. Bu fasılların birincisinde icâre akdinin in’ikad yani icâre akdinin kuruluşu ve hukukî varlık kazanması için gereken şartları ile icâre akdinin rukünları ele alınmıştır. İkinci fasılda icâre akdinin in’ikad ve nefaz şartları, üçüncü fasılda icâre akdinin sıhhat şartları ve dördüncü fasılda da icâre akdinin butlan ve fesadına dair hükümler ele alınmıştır. Hanefilere göre satış akdinde olduğu gibi İcâre akdinde de bu dört şart söz konusudur. Bu şartlar in’ikad, nefaz, sıhhat ve lüzum şartları olmak üzere dört kısımdırve Mecelle bu ayrıma göre konuyu ele alıp incelemiştir.¹⁵⁶

Bu çerçevede öncelikli olarak birinci fasılda icâre akdinin unsurları ile ilgili olarak özet halinde şu konular ile ilgili bilgiler yer almaktadır.

- 1- İcap ve kabul mahiyeti,
- 2- Yazı vs. ile akid yapmanın hükmü,
- 3- Teati yoluyla ödeme yapma,
- 4- Dilsizin işareti ile akid yapılması,
- 5- Kiralayan (mûcir), kiracı (müste’cir) ve gasb edenin sessiz kalışı durumlarında icâre akdinin hükmü,

“Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 27/233; Öztürk, “Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar Ve Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye(Teşkilat)”, 515 vs.

¹⁵⁵ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 49.

¹⁵⁶ Kâsânî, *Bedâ’i ‘u’s-sanâ’i*, 4/176;

6- Mektup ile icâre akdi yapılmasının mahiyeti.¹⁵⁷

Birinci fasılda icâre akdinin in'ikad şartlarının ele alındığını belirtmiştik. İn'ikad bir akdin kuruluşu ve hukukî varlık kazanması için gerekli olan şartları ifade eder. Hanefî âlimleri in'ikad terimini, “*akid yapan taraflardan birinin sözünün diğeriyle hukukî sonuç doğuracak biçimde irtibatı, taalluku veya bitişmesi*”¹⁵⁸ şeklinde tanımlarlar. İn'ikad şartları üç türdür. Bir kısmı akdi yapan ile ilgilidir. Bir kısmı akdin kendisine dairdir. Bir kısmı da akit yerine yani akid mahalline ilişkindir.

Cumhura göre ise bu akdin rükünleri dördttür. Bunların birincisi akdi yapan iki taraf yani müeccir (kiraya veren) ve müste'cir (kiracı)nın varlığıdır. İkinci olarak sığa yani icap ve kabul, üçüncü olarak ücret ve son olarakta menfaattir.¹⁵⁹

İcâre akdinin rükünlarını Hanefîler dışındakiler dört adet olarak sayarken Hanefîler bu şartları iki adet olarak kabul ederler. Cumhurun kabul ettiği dört rükün akdi yapan iki taraf müeccir (kiraya veren) ve müste'cir (kiracı) sığa (icap ve kabul), ücret ve menfaattir. Hanefîlere göre ise icârenin rüknü sadece icap ve kabuldür.¹⁶⁰

Hanefîler dışındaki mezhepler yukarıda sayılan unsurları akid için gerekli ayrı ayrı rükünları olarak kabul ederken, Hanefîler ise tüm bu unsurları icap ve kabulün gerçekleşmesinde gerekli olan bir husus olarak ele almaktadırlar. Onlar açısından tüm bu durumlar icap ve kabûlün şartlarıdır ayrı birer şart değildir.¹⁶¹

Hanefîlere göre icâre akdinin rüknü icap ve kabuldür. Bu da “*İcâre, isti'car, kiralama, kabûl*” ve “*kiraya verme*” lafızları ile olur. Mecelle'nin 167. maddesinde icap ve kabul lafızlarının bir beldenin, yerin örf ve geleneğinde inşa-yı bey' yani alış verişin tesis edilmesi için kullanılan lafızlar olduğu belirtilmektedir. İcâre akdinde de aynı durum geçerlidir. İcap bir veya birden çok şahıs tarafından

¹⁵⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/471.

¹⁵⁸ Mecelle 104. Madde; Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, II, s. 123; Bâbertî, *el-İnâye*, V, s. 456; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 3/102.

¹⁵⁹ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, 274; en-Nevevî, *Ravzatü't-Tâlibîn*, 876; eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/332.

¹⁶⁰ İbn Cüzey, *a.g.e.*, 274; *Muğni'l-Muhtac*, 2/332; Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Adevi ed-Derdîr, *Akrabü'l-mesalik li-mezhebi'l-imam Malik*, Mektebetü'l-Eyyub, Nijerya 2000, 120.

¹⁶¹ Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda İşçi İşveren Münasebeti”, *İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 1986), 192.

gerçekleştirirlebileceği gibi kabul de bir veya birden çok şahıs tarafından gerçekleştirirlebilir.¹⁶²

Mâlikî fakihlerine göre de İcâre akdinin rukunları dörttür. Bunların birincisi akdi yapan taraflardır. Burdaki şart akıl ve baliğ olmaktır. İkincisi siğadır burada da rıza şartı vardır. Üçüncüsü ücrettir. Ücretin temiz bir şey olması, kendisinden menfaat temin edilen bir şey olması, teslim edilmesi mümkün olan ve malum olan bir şey olması gerekir. Dördüncüsü de menfaattir.¹⁶³

Şâfiî fakihlerine göre icâre akdinin rukunları dörttür. Bunlar akdi yapan iki taraf, siğa, ücret ve menfaattir. Akdi yapan iki tarafta rüşd ve haksız bir zorlamanın olmaması gerekir. Siğada icap ve kabulün olması gerekmektedir. Bu açık veya belli olan bir kinaye ile olabilir. Bu icap ve kabul mektup yoluyla yazılı da olabilir. Ücrette ise vasıf, miktar ve cinsinin belli olması şartı vardır. Menfaatin aynı mallardan, miktar ve vasıf olarak belli olan mallardan ve teslim edilmesi mümkün olan şeylerden olması gerekmektedir.¹⁶⁴ el-Vasit sahibi Gazzâlî ise bu rukunları siğa, ücret ve menfaat olmak üzere üç adet saymaktadır.¹⁶⁵

Hanbelî mezhebinde ise el-Mu'temed sahibi akdi yapan iki taraf, ücret ve siğa olmak üzere üç adet olarak saymaktadır.¹⁶⁶

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi icâre akdinin rükünlarının sayısı ve mahiyeti hakkında âlimler arasında ihtilaflar olduğunu ve bu ihtilaflara rağmen rükünların özet halinde üç adet olarak sayılabileceğini belirtir. Bunlar:

- 1- Akdi yapan taraflar (âkideyn), bunlar işçi ve işverendir.
- 2- Üzerine akid yapılan şeyler, bunlarda ücret ve menfaattir.
- 3- Siğa, buda icap ve kabulden ibarettir.¹⁶⁷

¹⁶² el-Mevsilî, *el-İhtiyar* 2/4; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam*, 1/473.

¹⁶³ ed-Derdîr, *eş-Şerhu's-sağır 'alâ Akrebi'l-mesâlik*, Kahire 1972, 7/4; İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l Fikhiyye*, 274.

¹⁶⁴ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 3/332; Abdullah b. Hicâzî b. İbrâhîm el-Ezherî eş-Şerkavî, *Hâşiyetü's-Şerkavî alâ Şerhi't-Tahrîr*, (Beyrût 1418/1997), 2/84.

¹⁶⁵ Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî, *el-Vasit fil-Mezheb*, nşr. Ali Muhyiddin Ali el-Karadâğî, (Kahire: Daru's-Selam, 1983), 4/154-169.

¹⁶⁶ Abdulkadir bin Ömer eş-Şeybânî, *Kitâbü'l-Mu'temed fî fikhul-İmam Ahmed*, (Beyrût: Daru'l-hayr, ty.), 1/513.

Kira akdinin insan unsuru olan taraflar kiralayan (mûcir) ile kiracıdan (müste'cir) oluşmaktadır. Yani kira akdi mûcir/kiralayan ile müste'cir/kiracı arasında yapılan bir akittir. Kira akdi iki taraflı (muavazalı) bir akid olduğundan temyiz gücüne sahip (mümeyyiz) küşüğün yapacağı akid velisinin izin veya icazetine bağlı olarak kabul edilmiştir. Hanefilerin savunduğu bu görüşe karşılık Şafiîler tarafların ergen (balığ) olmasını şart koşmuş mümeyyiz olmasını gerekli görmemişlerdir.¹⁶⁸

Mecelle'de 127. maddede malın tanımından sonra mütekavvim mal tanımlanması yapılarak mal ile mütekavvim mal kavramları iki ayrı kavram olarak ifade edilmiştir. Hukukî ve teknik anlamda mütekavvim mal “kullanılıp faydalanılması mubah olan şey”dir. Bir malın tekavvüm vasfını taşıması onun hukukî değer taşıması anlamına gelir. Hanefilere göre menfaat tek başına “mütekavvim mal” sayılmamaktadır.¹⁶⁹ Yani menfaat hukukî bir işleme doğrudan konu olabilecek nitelikte değildir. Fakat yetim ve vakıf malları ile gelir getirmeye ayrılmış mallara ait menfaatler mal olarak kabul edilmiş ve ayrıca menfaatin akidle tekavvüm vasfını elde edeceği, yani hukukî değer kazanacağı belirtilmiştir.¹⁷⁰ Çoğunluğu oluşturan diğer hukukçulara göre ise insan yararına yaratılmış her şey gibi menfaatler de maldır.¹⁷¹

Kiralayanın, karşı tarafa temlik edeceği menfaatin Malikî olması veya bu hususta yetkisinin bulunması gerekli görüldüğünden kiralayanın me'cûrun aynına değil menfaatine malik olması kira işlemi için yeterlidir. Bu sebeple kiracının malı başkasına kiralaması geçerli bir akid olarak kabul edilir. Ancak yetkisiz kimsenin bir malı kiralaması yetkililerin icazet vereceği zamana kadar askıda kabul edilir.¹⁷²

Mecelle'de icâre akdinin rükünlarından ilk olarak 433. maddede “*İcâre akdi satım sözleşmesinde olduğu gibi icap ve kabul ile kurulur (akd olunur).*” cümlesiyle icap ve kabulden söz edilmiştir.

¹⁶⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/471.

¹⁶⁸ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/381.

¹⁶⁹ Hasan Hacak, “Mal”, 27/461.

¹⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/79; Muhammed Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve 'Nazariyyetü'l-Akd*, (Kahire: Darü'l-Fikri'l-Arabi, 1997), 58-59.

¹⁷¹ Ali Bardakoğlu, “İcâre”, 21/381.

¹⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, 15/79; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve 'Nazariyyetü'l-Akd*, , 58-59.

Mecelle'nin 434. maddesinde “*İcâre akdinde icab ve kabul, icar ettim ve kiraya verdim ve kiraladım (isticar ettim) ve kabul ettim gibi İcâre akdinde kullanılan sözler ile olur.*” hükmüyle İcâre akdinde icab ve kabulün “*icar ettim*” ve “*kiraya verdim*” ve “*kiraladım (isticar ettim)*” ve “*kabul ettim*” gibi lafızlarla gerçekleşeceği ifade edilmektedir.

Bazı fakihler icabın sadece mal sahibine has olduğunu ifade ederken bazı fakihlerde akdi gerçekleştirmek üzere söze ilk başlayan kişiye ait olduğunu ifade etmişlerdir. İlk görüş Şafiî, Malikî ve Hanbelîlerin görüşü iken, bu görüş ayrılığı icab ve kabulün manasında bir farklılığa sebep olmamaktadır.¹⁷³

İcâre akdinde menfâati temlik etmeye delâlet eden sarîh veya kinayî her lafız icab (teklif, öneri) ve kabuldür. Meselâ kişinin “*şu malı sana ücret karşılığı kiraya verdim*” veya “*şu malın bir yıllık kârını, karşılığında şunu yapman şartıyla sana mülk ettim*” demesi sarîh icabtır. “*Şu kadar para karşılığında benimle otur*” veya “*bu malın kârını senin için kıldım.*” gibi lafızlar ise kinayî lafızlardır. Kabul ise ücretle çalışandan sadır olan “*kabul ettim veya ecir kıldım.*” gibi lafızlardır. Eğer bu hususta örf cari olmuşsa parayı veya malı çıkarıp vermek de sığa yerine geçer. Meselâ bir yere gitmek üzere bir otobüse binen kişi şoföre “*şu parayı, beni falan yere götürmen karşılığında sana veriyorum*” demeden sadece parayı verse, akit sahih olur. Parayı bu şekilde vermek sarîh sığa; yani icab ve kabul yerine geçer. Nitekim günümüzde âdet bu şekildedir.¹⁷⁴

Malikîlerde de icap ve kabulün kendisinden anlaşıldığı her lafız veya işaret ile akid gerçekleşmiş olur. Bu lafızların satışveya kiralamaya delalet eden sarîh, açık lafızlar olması gerekir. Eğer üstü kapalı ve başka ihtimalleri barındıran “*elfaz-ı muhtemile*” ise bu durumda örf ve adette satış veya kiralamaya delalet etmesine göre hükümverilir. Yani o belde kullanılan bu lafız satış veya kiralamayı ifade eden bir

¹⁷³ Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed el-Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtasarı'l Halîl*, thk. Muhammed Tamir, Munammed Abdulazim (Kahire: Daru'l-Hadis, 1329), 4/118.

¹⁷⁴ Abdurrahman b. Muhammed Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, thk. Eymen Muhammed Nasurüddin, Abdurrahman Haşimî, (Kahire: Darü'l-Afaki'l-Arabiyye, 2006), 4/1706.

lafız ise satış veya kiralama geçerli olur. Değilse bu durumda akid geçerlilik kazanmaz.¹⁷⁵

Hanbelîlerde “*İcâre ettim*” veya “*kiraya verdim*” lafızları ile akit gerçekleşir. Hanbelîlere göre Şari’ akidte bir lafız sınırlaması belirtmemiş hükmü mutlak lafızlarla ifade etmiştir. Akdi yapan iki tarafında akdin gerçekleşeceğine dair açıkça anladıkları lafızlar ile akid gerçekleşir. Bütün akid türlerinde bu hüküm geçerli olduğu gibi icâre akdinde de bu hüküm geçerlidir.¹⁷⁶

Arap dilinde mevcut fiil kalıpları, geçmiş, gelecek ve şimdiki zamanı ifade eden kalıplarda meydana gelirler. Akidlerin üç fiil sîgasından biri olan mâzi (geçmiş) zaman kipiyle kurulacağında mezhepler arasında hiçbir ihtilâf yoktur. Fakihler, kural olarak icab ve kabulün her ikisinin veya en az birinin geçmiş (mazi) zaman sîgasıyla yapılmasını gerektiğini ifade etmişlerdir. Bununla beraber Hanefîler’in mâzi sîgasına özel bir önem verdikleri ve elden geldiğince öteki sîgaların kullanımını sınırlamaya çalıştıkları gözlemlenmektedir. Geçmiş zaman sîgası, söz konusu fiilin geçmiş zamanda tamamlandığını ifade eder ve vaad ve pazarlık ihtimalini ortadan kaldırır. Mâlikî mezhebinde genel olarak, Şâfiî mezhebinde ise “şu anda” kaydının eklenmesi ile vaad ihtimalinin ortadan kalkması durumunda şimdiki zaman (hal sîgası) ile yapılan akdin sahih olacağı görüşü hâkimdir. Şimdiki zaman sîgasının kullanımında en sıkı davranan Hanefî mezhebinde de şimdiki zaman sîgasının şimdiki zamanda yapıldığını gösteren bir işaret bulunması durumunda (hal karinesiyle) örfen kesinlik ifade etmesi halinde akdin kurulabileceği görüşü hâkimdir.¹⁷⁷

İcab ve kabul, bütün akitler için genel bir kuraldır. Bunda esas prensip, ileride anlaşmazlık ve tereddüde meydan vermeyecek şekilde, tarafların söyledikleri lâfızdan neyi kastetmiş olduklarının anlaşılmasıdır. Zira şariat koyucu akitlerin lâfızlarını tayin ve sınırlandırmamış, bilâkis, serbest bırakmıştır ki insanlar,

¹⁷⁵ el-Hattâb, *Mevâhibü’l-celîl*, 4/229.

¹⁷⁶ Ebü’l-Abbâs Takıyyüddîn el-Harrânî İbni Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, el-Mektebetü’l-Mearif, Rabat 1401/1981, 20/533; Ebü’l-Hasen Alâüddîn Alî b. Süleymân b. Ahmed el-Merdâvî, *el-İnsaf fî Ma’rifetir-Racihi minel Hilaf el-İnsaf fî Ma’rifetir-Racihi minel Hilaf ‘alâ mezhebi’l-İmâmî’l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, nşr. Muhammed Hâmid el-Fîkî, (Kahire: Matbaat’ıl-Sünnet’il-Mahmudiyye, 1374-1378/1955-1958), 6/4.

¹⁷⁷ H. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/388-389.

kastettikleri mana ve gayenin ne olduğunu bildiren kelimeleri seçip kullanabilsinler. Kira lâfzını kullanmakla gerçekleşir. Kullanılan icâre lâfzı, "bu evi sana kiraya verdim" demek gibi bir eşyaya da nispet edilse; "bu evin menfaatini sana kiraya verdim" demek gibi menfaate de nispet edilse akit gerçekleşir. "Bu evi sana kiraya verdim" veya "bu evin menfaatini sana kiraya verdim" demek gibi icâre akdi kira lafzıyla da gerçekleşir. İcâre akdi, menfaate nispet edilen mülk lafzıyla da gerçekleşir. Örneğin; "bu evin menfaatini sana mülk ettim" demek gibi. Yine menfaate nispet edilen satış kelimesiyle de gerçekleşir.¹⁷⁸

İcab ve kabul, birbirine muvafık olmalıdır. Meselâ bir malı kiraya veren mal sahibi "evimi sana 100 lira karşılığında kiraya verdim" kiraya isteyen kiracı da "90 lira karşılığında kabul ettim." dese, akit sahih olmaz. Çünkü icap ve kabul birbirine muvafık değildir. Bu durum, akdin sahih olmasının şartı olan rızanın bulunmadığına delâlet eder.¹⁷⁹

Yine konu ile ilgili olarak 435. maddede "Satım sözleşmesinde olduğu gibi İcâre akdi de geçmiş zaman kipi ile kurulur, gelecek zaman kipi ile kurulmaz. Örneğin, biri "kiraya vereceğim" deyip diğeri "kiraladım" veya biri "kiralala" deyip diğeri "kiraladım" dese iki durumda da İcâre akdi gerçekleşmiş olmaz." Hükmü yer almaktadır. İcâre akdi de Mecelle'nin 169 ve 170. maddelerinde satım sözleşmesi ile ilgili olarak belirtildiği gibi geçmiş zaman kipi kullanılarak gerçekleştirilir. Gelecek zaman kipi veya emir kipi kullanılması durumunda sözleşme geçerli değildir. Örneğin, bir kişi gelecek zaman kipi kullanarak "kiraya vereceğim" derse diğer kişide kabul anlamında "kiraladım" derse veya bir kişi emir kipi kullanarak "kiralala" deyipte diğer kişide kabul etme anlamında "kiraladım" derse, bu iki durumda da İcâre akdi gerçekleşmiş olmaz. Kira akdinde bu durum satış akdi ile aynıdır. Fakat şimdiki zaman kastedilerek gelecek zaman lafzı kullanılırsa bu durumda İcâre akdi geçerli olur. Buna müstakbel-i hal durumu denilir.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, 4/1706.

¹⁷⁹ Mustafa el-Hin - Mustafa el-Boğa - Ali eş-Şerbeci, *el-Fıkhul-Menheci*, (Dimeşk: Darul Kalem, 1992), 3/124.

¹⁸⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/475; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/30.

Mecelle'nin 69, 70, 173 ve 174. maddelerinde satış akdi ile ilgili belirtilen satış sözleşmesinin yüz yüze konuşma ile olduğu gibi yazışma ile de gerçekleşmiş olacağı ve dilsiz kişinin karşı tarafça açıkça anlaşılan işaretlerinin satış sözleşmesi için yeterli olacağı kuralı 436. maddede “*İcâre akdi yüz yüze konuşma ile olduğu gibi yazışma ile de gerçekleşmiş olur. Dilsizin bilinen (karşı tarafça açıkça anlaşılan) işaretleri de sözleşmenin gerçekleşmesi için yeterlidir.*” kira akdi içinde aynen geçerli bir kural olarak ifade edilmiştir. Yani kira akdi yüzyüze görüşme yöntemi ile kurulabileceği gibi yazışma veya dilsiz kişinin işaret etmesiyle de kurulabilir. Dilsiz kişi muhataplar tarafından açıkça anlaşılan bir işaret ile bir yeri kiraya alabilir veya kiraya verebilir. Bu kira akdini yazılı yapması olabileceği gibi yazıya dökmeden sadece kiralama ile ilgili net belli olan işaret yoluyla da yapılabilir.¹⁸¹

Yazışma yoluyla yapılan İcâreye mektup yazma yoluyla yapılan yazışma da dâhildir. Fakat kendisine mektup gönderilen kişinin mektubu aldığı ortamda sözleşmeyi kabul ettiğinin belli edilmesi gerekir. Yani sözleşmeyi onayladığını gösteren bir delile ihtiyaç vardır.¹⁸²

İcâre akdi satış sözleşmesinde¹⁸³ olduğu gibi ödeme (alıp verme/teati) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Yani arada bir mukavele/sözleşme yapılmaksızın direk ücretin ödenmesi yoluyla akid gerçekleşmiş olur. Bu konuda Mecelle'nin 437. maddesinde “*İcâre akdi ödeme (alıp verme/teati) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Nitekim sözlü pazarlık yapılmaksızın/arada bir mukavele yapmaksızın yolcu vapuruna ve iskele kayığına ve kira beygirine binmek isteyen kişi bir mukavele yapmadan ücreti biliniyorsa belli olan şeylerde ücreti ödeyerek, eğer ücret bilinmiyorsa ecr-i misil kadarının ödenmesi yoluyla kiralama gerçekleşmiş olur.*” şeklinde hüküm yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde yolcu vapuruna veya iskele kayığına veyahut kira beygirine binmek isteyen kişi bir mukavele yapmadan ücret belli ise belirlenen ücreti ödeyerek, ücret bilinmiyorsa ecr-i misil kadarını ödemesi yoluyla kiralamış

¹⁸¹ Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî İbn Nüceym, *el-Eşbah ven-Nezair*, nşr. Zekeriya Omayrat, (Beyrût: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2019), 228; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/476.

¹⁸² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/476.

¹⁸³ Satış akdinin teati/ödeme yoluyla gerçekleştiği ile ilgili Mecelle 176. maddeye bakılabilir.

olur. Ödeme akid yerine geçer. Günümüzde yapılan birçok muamele bu hüküm çerçevesinde geçerli bir akid halini alır.¹⁸⁴

İcâre akdinde rıza akdin temel öğelerindendir. Ödeme yoluyla icârede her iki tarafın rızası gerçekleştiğinden ödeme yoluyla icâre süresi belli ise caizdir.¹⁸⁵

Mecelle'nin 438. maddesinde susmanın rıza ve kabul anlamına geldiği “*Susma, icâre akdinde rıza ve kabul anlamına gelir.*” hükmüyle ifade edilmektedir. Maddenin devamında “*bir adam aylık elli kuruş kira ile bir dükkân kiralayıp, birkaç ay oturduktan sonra aybaşında kiralayan eğer altmış kuruş verirsene otur, olmazsa dükkânı boşalt derse, kiracı bu isteği ret edip altmış kuruşa razı olmam deyip te dükkânda oturmaya devam ederse, bu durumda kiracı eskisi gibi elli kuruş ödemeye devam ederek dükkânda oturur. Ama bir şey söylemediği gibi dükkânı tahliye etmeyerek oturmaya devam ederse, bu durumunda aylık olarak altmışar kuruş vermesi gerekir. Bunun gibi dükkân sahibi kirayı yüz kuruş, kiracı seksen kuruş dese ve dükkân sahibi kiracı yerine dükkânda otursa seksen kuruş ücret ödemesi gerekir. Taraflar sözlerinde ısrar etmeleri ve kiracının oturmakta devam etmesi halinde ecr-i misil ödenmesi gerekir.*” cümleleriyle konu örneklenmekte ve hüküm izah edilmektedir. Mecelle’de daha sonra gelen 472. maddenin üçüncü fıkrası bu maddenin açıklaması mahiyetinde devamıdır. Zira söz konusu maddede “*Bir kimsenin, sözleşme yapmadan ve izin almadan başkasının malını kullanması durumunda, o mal kiraya verilebilir bir mal ise ecri misil ödemesi gerekir, kiraya verilebilir bir mal değilse ücret gerekmez. Ama mal sahibi ücret talep ettikten sonra da kullanması halinde o mal kiraya verilebilir bir mal değilse bile ücret ödenmesi gerekir. Zira bu durumda kullanmış olması ücrete razı olma anlamını ifade eder.*” şeklinde hüküm beyan edilmekte ve kişinin malı kullanmaya devam etmesinin rıza anlamını geldiği ifade edilmektedir.¹⁸⁶

Susma/sukut üç şekilde gerçekleşir.

- 1- Kiraya verenin suskun kalması: Örneğin yukarıda geçtiği gibi bir adamın aylık elli kuruş kira karşılığında bir dükkân kiraladağını varsayalım. Bu

¹⁸⁴ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/476.

¹⁸⁵ İbn Âbidîn, Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr, 9/8.

¹⁸⁶ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/477.

kiracı bu dükkânda birkaç ay oturduktan sonra aybaşında mülk sahibi kiracıya “bundan sonra eğer altmış kuruş verirsen otur, aksi halde dükkânı boşalt” derse, kiracı bu isteği ret edip altmış kuruşa razı olmam deyip te dükkânda oturmaya devam ederse, bu duruma mülk sahibi suskun kaldığında kiracı eskisi gibi elli kuruş ödemeye devam edecek ve dükkânda oturmaya devam edecektir.

- 2- Kiracının suskun kalması: Yukarıdaki örnekte geçtiği üzere bu kez kiracı kiraya verenin elli kuruştan altmış kuruşa kirayı arttırım talebine sessiz kalırsa bu durumda bundan sonraki aylarda altmış lira kira ödemek zorundadır. Kiracının buradaki suskunluğu razı olduğuna delil olarak kabul edilir.
- 3- Ğasb edenin suskun kalması: Ğasb edenin suskunluğu kabul ve rıza konusunda kiracının suskunluğu gibidir. Yani ğasb eden örneğin ben belirtilen ücrete razı değilim demediği sürece sukutu kabul ve rıza olarak kabul edilir. Çünkü belirlenen zamanda evi boşaltmaması ücrete razı olduğuna işaret kabul edilir.¹⁸⁷

Mecelle’nin ikinci kitabı olan İcâre Kitabının İkinci bölümünde dört fasıl halinde İcâre akdi ile ilgili şartların ele alındığını daha önce ifade etmiştik. Bu fasılların birincisinde icâre akdinin in’ikad şartları ile icâre akdinin rukunlarının ele alındığını da belirtmiştik. Mecelle bu bölümde rükünlardan sadece icap ve kabule dair hükümlerden söz etmiş ücret ile ilgili meseleleri üçüncü bölümde ve kira süresi ile ilgili meseleleri de dördüncü bölümde müstakil olarak işlemiştir. Bizlerde bu iki konuyu yer olarak daha uygun olduğundan İcâre akdinin işleyişine dair olan kısımda bu bölümün ikinci kısmında ele alarak inceleyeceğiz.

Sözleşme yapıldıktan sonra bedelin değiştirilmesi, yani artırılıp eksiltilmesi şeklinde tekrar pazarlık yapılması durumunda yapılan ikinci sözleşme (akd-i sani) geçerli olur. Bu hakikat Mecelle’nin 439. maddesinde “Sözleşmeden sonra bedelin

¹⁸⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/477-478.

değiştirilmesi, artırılıp eksiltilmesi suretiyle tekrar pazarlık yapılması durumunda ikinci sözleşme (akd-i sani) geçerlidir.” sözleriyle ifade edilir.¹⁸⁸

Bedelin tenzil edilmesi, eksiltilmesi veya arttırılması iki şekilde gerçekleşir.¹⁸⁹

Birincisi sözleşmenin yenilenmesi suretiyledir. Yani sözleşme yapan taraflar sözleşme yaptıktan sonra bedelin değiştirilmesi, artırılıp eksiltilmesi suretiyle tekrar pazarlık yaparlarsa bu durumda ilk yapılan sözleşme iptal olur ve ikinci olarak yapılan sözleşme geçerli olur. Fakat icâre bedeli değiştirilmeden, ücrette eksiltme veya fazlalaştırma yapılmadan ikinci bir sözleşme yapılırsa ikinci sözleşme geçerli olmaz ve ilk sözleşmedeki ücret geçerli olur.

İkincisi ise birinci sözleşme baki kalmak suretiyle ikinci bir sözleşme yapılarak ücretin artırılması veya azaltılması suretidir. Bu durmda iki şekilde olur.

- a- Ücretin arttırılması. Eğer ücret arttırımı belirli değilse sözleşme geçerli olmaz. Yani sözleşmenin geçerli olması için arttırım miktarının belli olması gerekir.¹⁹⁰ Ücret arttırım miktarı belli olduğunda da ücretin kiralanan şeyin cinsinden olmaması şartı vardır.¹⁹¹ Ücret kiralanan şeyin cinsinden olmayıp arttırım kira müddetinin başında veya ortasında da olsa bu durumda sözleşme geçerli olur.¹⁹²
- b- Arttırımın kiralanan şeyde yapılması. Eğer artış kiralanan şeyde ve belirli olmazsa sözleşme geçerli olmaz.¹⁹³ Ama artış kiralanan şeyde ve belirli olursa bu durumda sözleşme geçerli olur.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/478;

¹⁸⁹ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/478-479.

¹⁹⁰ Bu durumu ileride gelecek Mecelle'nin 450. maddesinde izah edeceğiz.

¹⁹¹ Bu durumu da ileride gelecek olan Mecelle'nin 463. maddesinde izah edeceğiz.

¹⁹² Bu durum Mecelle'nin 255. maddesinde “*Alıcı sözleşmeden sonra sözleşmede tayin edilen bedeli arttırabilir. Satıcının arttırımı huzurda ve o anda kabulü halinde alıcı yaptığı arttırmadan geri dönemez. Satıcının arttırımı daha sonra kabul etmesi geçerli olmaz. Örneğin, bin kuruşa bir hayvan pazarlık edildikten sonra alıcının iki yüz kuruş daha artırdım bildiriminde bulunması ve satıcının da bu arttırımın arka- sından kabul etmesi halinde, hayvanı bin iki yüz kuruşa alır. Satıcı, kabul bildirimini, arttırım sırasında değil de daha sonra bildirecek olursa alıcı fazla vereceğini söylediği iki yüz kuruşu vermeğe zorlanamaz.*” şeklinde satış sözleşmesi ile ilgili bölümde geçmektedir.

¹⁹³ Mecelle'nin 449. maddesi bu durum ile ilgilidir.

¹⁹⁴ Mecelle'nin 256. maddesi bu durumu izah eder.

Bu madde akit yapıldıktan sonra kira ücretinin baştan değiştirilmesi ve yeniden pazarlık yapılması halinde ikinci olarak kurulacak akdin geçerli olacağını ifade eden bir hüküm beyan etmektedir.¹⁹⁵

Mecelle’de İcâre akdi’nin rükünlarından söz edilirken İcâre-i muzafe denilen geleceğe dair kurulan İcâre akdinden söz edilmiştir. 440. maddede “*Geleceğe yönelik İcâre akdi (İcâre-i muzafe) sahih/geçerli bir sözleşmedir ve başlangıç zamanı gelmeden önce (vakti hulul) hüküm ifade eder, belirtilen hüküm geçerli olur. Bu bakımdan taraflardan birisi zamanı gelmedi diye icâre akdini fesih edemez.*” sözleriyle konuya değinilmiştir. Bu çerçevede İcâre-i muzafe denilen geleceğe dönük akd edilen İcâre akdi sahih/geçerli bir sözleşmedir ve başlangıç zamanı gelmeden önce (vakti hulul) hüküm ifade eder yani belirtilen hüküm başlangıç zamanı gelmeden de geçerli olur. Bu bakımdan taraflardan biri zamanı gelmediğini gerekçe göstererek İcâre akdini fesih edemez. Mecelle’nin 82. maddesinde “*Şartın subutu durumunda ona muallâk olan şeyin sübutu lâzım olur.*” denilmekte ve böylece şart yerine geldiğinde o şart ile ilintili durumlarında sabit olacağı belirtilmektedir. İcâre-i Muzafe’de de şartlar yerine gelmiş ve zamanı gelmese de icâre geçerlilik kazanmıştır.¹⁹⁶

İcâre-i muzafe’nin sahih olup olmadığı konusunda fakihler arasında ihtilaf vardır. Hanefî fakihlerin kimisi bu icâreyi caiz kabul ederken, kimi de batıl kabul etmiştir. Mecelle’nin bu maddesi İcâre-i muzafe’yi sahih kabul edenlerin görüşleri çerçevesinde kaleme alınmıştır.¹⁹⁷

Mezhepler İcâre-i müzafenin sahih olması için herhangi bir şart öne sürmezken, Şâfiîler İcâre-i müzafenin sahih olması için ücretin peşin olarak ödenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁹⁸

İcâre-i muzâfe ile ilgili olarak vaktinden önce hüküm ifade ettiği, akdi yapan tarafların akidten dönme haklarının olmadığı ifade edilmiştir. Akitten dönme

¹⁹⁵ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 73.

¹⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/479.

¹⁹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/479-480.

¹⁹⁸ Şeref b. Ali Şerif, *İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku*, Ter: Mehmet Keskin, (İstanbul: İhya Yayınları, 1986), 136-137.

hakkına sahip değildir; çünkü diğer tarafın hakkı söz konusudur. Kararlaştırılan vakitten önce işverenin emrine girmeye gerek yoktur.¹⁹⁹

Mecelle ta'dil komisyonu İcâre akdinin rukunları ile ilgili olan 2. Bâb'ın 1. Faslına 6 madde ek yapmıştır. Ek olarak yapılan bu maddeler ve kısaca izahları şöyledir:

Madde 1- Müddet-i İcârenin bir kısmı geçtikden sonra mucir, mecuru teslim etmek istedikte, müste'cir İcâreyi feshe muhayyerdir. Dilerse kabul, dilerse İcâreyi fesheder.

Hanefiler'e göre, bir kimse bir evi örneğin bir yıl süreyle kiraladığı halde ev kendisine evin sahibi tarafından teslim edilmeden bir ay geçse de yine de kiracı evi kiralamaktan vazgeçemez. Evin kendisine teslim edilmesini önceden talep etmiş olsun veya olmasın fark etmez.²⁰⁰

Komisyon ise bu maddeyi Şafiîler'in görüşüne göre düzenlemiştir. Şafiîler'e göre, bu durumda müste'cir teferruk-i safkadan dolayı muhayyer olur. Kalan sürede İcâreyi feshedebilir.²⁰¹

Ta'dil komisyonu üyelerinden Ebul-Ulâ Mardin Bey tarafından öğretmen ve zâbitâların, Esad Bey tarafından hâkimlerin, madde metninde açıkça yazılması teklîf edilmiş ise de metindeki me'mûr kelimesi mutlak olduğundan hem öğretmenleri hem zabıtaları hem de hâkimleri kapsadığından açıkça yazılmasına lüzûm görülmemiştir.²⁰²

Madde 2- Tahvil-i memuriyet dolayısıyla diğer bir beldeye gidecek olan memur müste'ciren sakin bulunduğu hanenin icarını feshedebilir.

Hanefiler'e göre, bir şehirden başka bir şehre taşınmak kiralanan malın İcâre akdini bozmak için geçerli bir özürdür. Çünkü bir maldan faydalanmak ancak o

¹⁹⁹ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/480.

²⁰⁰ Ömer Nasûhî Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 6/224-225.

²⁰¹ İbn Hacer Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*, 4/193.

²⁰² *Ceride-i Adliye*, 1340, Sy. 25, 910 vd.

malın başında durmakla mümkündür. Başında durmadıkça o malda zarar etmiş olur. Zarar da fesih sebeplerindendir.²⁰³

Diğer mezhepler ise bir şehirden başka bir şehre taşınmayı fesh sebebi saymamışlardır.²⁰⁴

Madde 3 - *Akıdeynden bir tarafın yahud iki tarafın vefatıyla İcâre münfesi olmaz. Meğerki vefat eden taraf mecurun yalnız menfaatine malik ve Malikîyeti kendi hayatıyla mukayyet mucir yahud ecîr-i muayyen ola.*

Hanefiler'e göre, İcâre akdi, taraflardan birinin vefatıyla hâkimin hükmüne gerek kalmaksızın münfesi olur.²⁰⁵ Diğer üç mezhebe göre ise, taraflardan birinin vefatıyla İcâre akdi fesholmaz. Çünkü İcâre de satış akdi gibi bağlayıcı bir akittir. Bey' nasıl taraflardan birinin ölümüyle sona ermiyorsa, İcârenin de taraflardan birinin ölümüyle sona ermemesi gerekir.²⁰⁶

Madde 4- *Müste'cir bedel-i İcâreyi tediye etmeden müddet-i İcâre esnasında müflis olarak vefat ederse mucir hâkime müracaat etmeksizin İcâreyi fesh ve mec'uru red edebilir. Şu kadar ki bedel-i icarın deyn-i muacceli müste'cir tarafından kefil veya rehin ile temin edilmiş bulunması ve feshin alel-fevr olması şarttır. Hatta kefilin yüsri usra münkalib olur yahud kefil kefaleti münkir ve beyyine mefkud bulunursa mucirin hakk-ı feshi vardır.*

Madde 5- *Müste'cir bedel-i İcâreyi tediye etmeden müddet-i İcâre esnasında iflas sebebiyle hacr olunursa mucir hâkime müracaat etmeksizin İcâreyi fesh ve mecuru istirdad edebilir. Şu kadar ki bedel-i İcârenin madde-i ânife veçhile deyn-i muaccel müste'cir tarafından kefil veya rehin ile temin edilmiş bulunması ve feshin alel-fevr olması şarttır.*

²⁰³ İbn Abidin, *Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*, 4/83.

²⁰⁴ İbrahim Halebi, *Multeka el Ebhur*, 3/413.

²⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/153-154; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i*, 4/222; Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/179.

²⁰⁶ İbn Hazm, *el-İhkâm*, 7/5; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, 2/192; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/271; Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/180-181.

Hanefiler'e göre, müste'cir, kirayı ödeyemez durumda olursa, geçen zamanın, semenden hissesiyle ücreti ödenir. Kalan zaman için herhangi bir talepte bulunulmaz.²⁰⁷

Ta'dil Komisyonu, 4. ve 5. maddelerde hacr, kefil ve rehin konusunda da bu anlayışı işletmiştir.

Madde 6- Alel-fevr yani mevt veya hacre ittılai müteakib isti'mali meşrut olan hakk-ı fesh, terahi ile sakıt olur.

Müste'cir, ölmesi veya hacr altına alınması sebebiyle ücreti ödeyemeyeceğinden, mûcirin İcâre akdini feshetme hakkı vardır. Fakat bu hakkını kullanabilmesi için, fesh hakkını hemen talep etmesi gerekmektedir. Şayet geciktirecek olursa, başka bir sebepten feshetmek arzusu olduğu anlaşılır ki, bu sebep de, fesh için özür sayılabilecek bir sebep olmayabilir.

Bu madde Hanefî anlayışına uygun olarak tertip edilmiş ve bu konudaki boşluğu gidermek amacıyla eklenmiştir.

Hanefî mezhebinde özrün ortadan kalkmasıyla fesih hakkı da ortadan kalkmaktadır. Mecelle'nin 23. maddesinde özrün izin verdiği hükmün özrün ortadan kalkmasıyla hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. *“Bir özür için caiz olan şey, ol özrün zevaliyle batıl olur.”*²⁰⁸

1.4.İCÂRE AKDİNİN KURULUM ŞARTLARI

İkinci fasıl İcâre akdinin kurulum şartları ve hükmü hakkındadır. İcâre akdinin in'ikad (akdin kuruluşu ve hukukî bir varlık kazanması) ve nefaz (akdin kurulmasıyla birlikte derhal işlerlik/geçerlilik kazanması) ile ilgili şartları burada ele alınmıştır.²⁰⁹

Mecelle'de İcâre akdinin ilk kurulum şartı olarak 444. maddede *“İcâre akdinin oluşturulabilmesi için tarafların akil (akıl sahibi) ve mümeyyiz (ayırt etme*

²⁰⁷ Mevsilî, *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, 2/62.

²⁰⁸ Mecelle, 23. madde

²⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/495.

gücüne sahip) olmaları şarttır.” cümlesiyle kişinin akıl ve baliğ olması gerektiği ifade edilmiştir.

Hanefilere göre İcâre akdinin in’ikad ve nefazı için akdi yapan kişilerin akıllı olması gerekmektedir. Akıllı olmasından kasıt mümeyyiz olmasıdır. Delinin ve akli ermeyen küçüğün İcâre akdi geçerli olmaz. Buluğ Hanefilerde in’ikad ve nefazı için gerekli değildir. Eğer mümeyyiz olan fakat henüz buluğa ermemiş çocuk, kendisine ait olan malı kiraya verse yahut kendisi ücretle çalışmayı kabul etse, şayet bu konuda ve diğer hususlarda ona izin verilmiş ise bu akdi nafiz (geçerli)dir. Eğer tasarruflarında kısıtlanmış yani hacir edilmişse bu durumda velisinin iznine bağlı olarak akid geçerlilik kazanır.²¹⁰

Malikîlere göre ise hem satışta hem de kira akdinde temyiz şarttır. Buluğ ise nefazın yani akdin geçerliliğinin bir şartıdır. Mümeyyiz küçük ücretle çalışmayı kabul etse veya malını kiraya verse bu durumda yaptığı akit sahihtir fakat akdin geçerli olması velisinin rızasına bağlı kılınmıştır.²¹¹

Şafiîler ve Hanbelîler konuya aynı bakmakta ve mükellefiyeti İcâre akdinin kuruluşu için şart koşmaktadırlar. Mükellef şer’î hitapla yükümlü tutulan, söz ve davranışlarına şer’î sonuçlar bağlanan âkıl ve bâliğ olan kişidir.²¹²

İkinci olarak 445. maddede “*Satım sözleşmesinde olduğu gibi İcâre akdinin kurulmasında da icabın kabule uygun olması ve akit toplantısında birleşmesi (meclis-i akdin ittihadı) şarttır.*” denilmekte ve icabın kabule uygun, muvafık olması gerektiği belirtilmektedir.

İcâre akdinin kurulmasında satım sözleşmesinde olduğu gibi icabın kabule muvafık/beraber/uygun olması ve akit toplantısıyla bütünleşmesi/birleşmesi (meclis-i akdin ittihadı) şarttır. Bu durum tarafların aynı mecliste beraberce görüşmesi şeklinde hakikaten olabileceği mektup, sanal ortamda veya telefonla görüşme gibi farklı yollarla hükmen beraber olma şeklinde de olabilir.²¹³

²¹⁰ Molla Fenârî, *Fusûlü’l-bedâyi’ fî usûli’ş-şerâyi*, 4/176.

²¹¹ ed-Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, 4/3.

²¹² eş-Şirbînî, *Muğni’l-Muhtac*, 2/332; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 5/398.

²¹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/457, 496-497.

Mecelle’de bir diğer kurulum şartı da kişinin mülk üzerinde tasarruf hakkının olmasıdır. Bu çerçevede 446. maddede “*Kiraya veren (âcir) kiralayacağı şeyde işlem yapma hakkına sahip yahut işlem yapma hakkına sahip olanın (mutasarrıf) vekili veya velisi veya vasisi olmalıdır.*” şeklinde hüküm beyan edilmektedir. Mülk edinme veya velayet veyahut kiralanan şeyde başkasının hakkının bulunmaması durumu icâre akdinin nefaz şartlarından biridir. İcâre akdinin kurulmasıyla birlikte derhal işlerlik/geçerlilik kazanması için kişinin mülkünde tasarruf hakkının olması bunun içinde mülkün sahibi olması gerekir. Bu mülk edinme yoluyla olabileceği gibi vekâlet veya velayet (veli kılma) yoluyla da olabilir. Âcir yani malı kiralayan kişi kiralayacağı şeyde işlem yapma hakkına sahip yahut işlem yapma hakkına sahip olanın (mutasarrıf) vekili veya velisi veya vasisi olmalıdır.²¹⁴

Mecelle’de ayrıca konu ile ilgili olarak yetkisiz temsilcinin (fuzûlî) yaptığı akitten söz edilmiştir. Fuzûlî yetkisi olmadan başkası adına hukukî işlemlerde bulunan kimsedir. 447. maddede “*İşlem yapma hakkı olmadan kiralama, işlem yapma hakkı bulunanın onayına, eğer küçük yaşta ise veya akıl zayıflığı varsa benzerlerine eş (ecri misliyle) kiralananmış olduğuna ilişkin olarak velisinin veya vasisinin muvafakatine bağlı olarak oluşturulmuş olur. Ne var ki onayın sağlıklı olabilmesi için dört şeyin olması gereklidir. Bunlar akit yapan iki tarafın ve sahibin ve kiralanan şeyin ve kira bedeli taşınmaz eşyadan olduğu takdirde bunun varlığı ve devamlılığı şart olup, birisinin eksikliği halinde onay (icazet) yasal (sahih) olmaz.*” denilmektedir. Fuzûlî’nin yaptığı akit yetkili kişinin onayına bağlıdır. Yetkili kişi küçük veya akıllı değilse bu durumda veli ya da vasinin icazetine bağlı olarak akid mevkuften (askıda bırakılarak/ onaya bağlı kalarak) gerçekleşmiş olur. Akdin geçerli olması için gereken şartlar mevcut ise akit geçerli hale gelir. Eğer icazet, onay verilmezse akid geçersiz olur. Bu madde “*icazet-i akd-i fuzûlî muhayyerliği*” şeklinde bir muhayyerlik için örnek teşkil etmektedir.²¹⁵

Fuzûlînin, mülkiyeti veya velayeti bulunmadığından icâre akdi geçerli değildir. Satış akdinde (bey’) olduğu gibi, İcârede de fuzûlînin tasarrufu mal sahibinin onaylamasına bağlıdır. Fakat onayın geçerli olması için müste’cir, mûcir,

²¹⁴ Ali Haydar, *a.e.g.*, 1/497.

²¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/498.

mâlik, me'cur (ma'kudun aleyh) ve uruzdan olursa İcâre bedelinin var olması şarttır.²¹⁶

Ebû Hanîfe ve Mâlik ile talebeleri dâhil olmak üzere İslâm hukukçularının çoğunluğunun benimsediği görüşe göre, fuzûlînin hukukî işlemleri geçerli olarak kurulmuş olmakla beraber, nefaz yani işlerlik açısından eksik olup mevkuftur. İmam Şâfiî'nin son kavli ve Ahmed b. Hanbel tercih edilen görüşüne göre, Dâvûd ez-Zâhirî ve Ebû Sevr gibi bazı müctehidlerinde görüşü fuzûlînin hukukî işlemlerinin geçersiz olduğudur. Buna göre bir hukukî işlemin geçerli sayılabilmesi için tarafların ehliyet sahibi olmalarının yanı sıra akid yapma yetkilerinin de bulunması gerekir. Fuzûlî'nin ise böyle bir yetkisi yoktur bu durumda yapacağı akidlerde geçerli olmayacaktır.²¹⁷

Ancak bu maddede icazetten önce menfaatin bir süre kullanılması durumunda ne olacağına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Mecelle Komisyonu bu eksikliği gidermek amacıyla bu maddeyi “*Fakat icazetin zamanında ma'kudun aleyhin kısmen veya tamamen bekası şart olduğu gibi bedel-i icâre urûzdan olduğu takdirde onun dahi kıyam ve bekâsı şarttır. Makudun aleyh kısmen bâki iken icâzet lâhik olmuş ise, mal sahibi ücretin tamamına müstehik olur.*” şeklinde ta'dil etmiştir.²¹⁸

İzin verilmeden önce menfaatin bir süre kullanılması durumu ile ilgili Hanefî mezhebinde farklı farklı görüşler olmakla beraber fuzûlînin icar ettiği mal kullanılmadan önce mal sahibi yapılan akde onay verirse, akidin caiz olacağı ve mal sahibinin ücretin tamamını almaya hak kazanacağı belirtilmektedir. Ancak, mal bir süre kullanıldıktan sonra onay verecek olursa, bu durum geçerli değildir ve fuzûlî, o vakte kadar olan kullanım ücretini alır. Mecelle'nin bu maddesinin ta'dil edilmiş halinde “kıyam ve bekâ”yı mutlak olarak ifade etmiş olması bu görüşün tercih edildiğini göstermektedir. Ebû Yusuf'a göre, mal sahibinin izni, malın kullanımından sonra olmuş olsa bile bu akid yine de geçerlidir. Bu durumda mal sahibi ücretin tamamını hak eder. İmam Muhammed'e göre ise, mal sahibinin izni, malın kullanılmasından sonra da olsa, önce de olsa yine de akit geçerlidir. Fakat malın

²¹⁶ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1/499.

²¹⁷ Beşir Gözübenli, “Fuzûlî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/239.

²¹⁸ Bkz. Mecelle, 207, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692 ve 714. maddeler; Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 4/695-696.

kullanılmasından önce izin verirse, ücretin tamamını alır. Malın kullanımından sonra izin verilmişse verecek izinden önceki ücrete fuzûlî, sonraki ücrete de mal sahibi hak kazanmış olur.²¹⁹

Mecelle’de sosyal ve ekonomik şartlardaki değişimler ve yeni ihtiyaçlar dikkate alınarak zaman zaman Hanefî mezhebi içinde cumhura muhalif kalan azınlık görüşü tercih edilmiş. Mecelle ta’dil komisyonu Ebû Yusuf’un görüşünü tercih etmiştir.²²⁰

1.5.İCÂRE AKDİNİN SIHHAT ŞARTLARI

İcâre Kitabının İkinci bölümünün üçüncü faslı İcâre akdinin geçerli (sahih) olarak kurulmasının şartları hakkındadır. İcâre akdi uzun süreli bir akit olduğu için net kaideler ile kurallarının belirlenmeye ihtiyacı vardır. İcârenin sahih olması için akdi yapana, ma'kudunaleyhe, akdin yapıldığı yere, elde edilen ücrete ve akdin kendisine ait bir takım şartlar söz konusudur. Söz konusu bu şartlar özet halinde şunlardır:

- 1- Akdi yapan iki tarafında “*caizu’l tasarruf*” yani tasarrufta bulunuları caiz olan kişiler olması gerekir. Bu kişiler akil, baliğ ve raşid olmalıdır.²²¹
- 2- Akdi yapan tarafların karşılıklı rızası gerekmektedir. İki tarafın veya iki taraftan birinin zorlanması durumunda yapılan akid caiz değildir.²²²
- 3- Ma'kudunaleyh (Yani üzerine akid yapılan şey ki burda kasıt yapılan akidten elde edilecek olan ücret ve menfaattir.) anlaşmazlığa meydan vermeyecek şekilde bilinmesi gerekmektedir. İcâreden elde edilecek menfaat akid yapanlar açısından belli olmalı. Cehalet veya belirsizlik söz konusu ise akid geçerli olmaz.²²³

²¹⁹ el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/177.

²²⁰ *Ceride-i Adliye*, 1340, Sy. 25, II, s. 904-905 (1924 Tarihli 25.Sayı)

²²¹ el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/254; İbn Bessâm eş-Şenterînî, *ez-Zahîra*, 5/372; Ebû İshak eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/514; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8/7.

²²² el-Kâsânî, *a.g.e.*, 4/264.

²²³ es-Serahsî, *el-Mebsut*, 15/75; el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, IV, s. 264; eş-Şenterînî, *ez-Zahîra*, V, s. 415; eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/517; en-Nevevî, *Ravdatu’t-Talibin*, 5/188-189; el-Haccâvî, *el-İkna’ li-tâlibi’l-intifâ*, 2/487-488.

- 4- Ma'küdünaleyhin şer'an ve hakikaten elde edilebilir bir şey olmalıdır.
- 5- Üzerinde akit yapılan menfaatin şer'an mübah olmalıdır.
- 6- Yapılacak iş işçi için kareden önce farz ve vacip olmamalıdır.
- 7- Ecirin (ücretle tutulan kimsenin) yaptığı işten ücret mukabilinde faydalanmaması gerekir.
- 8- Menfaatin İcâre akdi ile elde edilmesi gerekmektedir.
- 9- Malı kiraya verenin üzerinde akid yapılan malın üstünde tasarruf hakkının olması gerekmektedir. Bu durum ya malın sahibi olması ya da malda tasarruf etmeye izinli olması ile olur. Tasarruf etmeye izinli olmak ya vekil veya vasi yahut veli veyahut vakıf malda nazır yani gözetici olma durumudur.²²⁴

Hanbelîlerde İcârenin sahih olmasının üç şartı vardır. Bunlar menfaatin ve ücretin bilinmesi ile menfaatin mubah bir şey olmasıdır.²²⁵ Bazı Hanbelî âlimleri ise menfaatin mubah olması yanında menfaatin aynı zamanda mütekavvim ve maktûrî't-teslîm yani tahsil edilebilir olması gerektiğini ifade etmişlerdir.²²⁶

Mecelle'de akdi yapan kişiyle alakalı olarak 448. maddede “*İcâre akdinin düzgün/geçerli kurulabilmesi için sözleşmeyi yapan iki tarafın rızası şarttır.*” hükmü yer almaktadır. İcâre akdinde satış akdinde olduğu gibi akdi yapan tarafların rızasının bulunması şarttır. İcâre akdinde satış akdi gibi malın malla tedavülü bulunduğundan bir nevi ticârettir ve ticârette karşılıklı rıza bulunmalıdır.²²⁷

Bu şart akdi yapan kişi ile alakalıdır. Bundan sonra söz konusu edeceğimiz şart ma'küdünaleyh yani üzerine akid yapılan şey ile alakalıdır. Bu noktada 449. maddede “*Kiralanan şeyin belirtilmiş olması gerekir. Bu bakımdan iki dükkândan birisi seçilip belirtilmeden yapılan İcâre akdi geçerli/yasal olmaz.*” hükmü yer almakta ve Ma'küdünaleyh'in anlaşmazlığa meydan vermeyecek şekilde net olarak bilinmesi gerektiği ifade edilmektedir. Cehalet veya belirsizlik söz konusu olduğunda

²²⁴ el-Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 4/260; eş-Şenterînî, *ez-Zahîra*, 5/405- 406; el-Haccâvî, *el- İknâ' li-tâlibi'l-intifâ*, 2/504; Buhûtî, *Keşşâfü'l-knâ' 'an (metn)i'l-İknâ'*, 3/1792.

²²⁵ el-Merdâvî, *el-İnsaf fi Ma'rifetir-Racihi minel Hilaf*, 7; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, s. 327; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 3/318.

²²⁶ Buhûtî, *Umdetü't-tâlib*, 1/158-159.

²²⁷ el-Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 4/179.

akid geçerli olmaz. Örneğin iki dükkân mevcut ise hangi dükkânla ilgili İcâre akdinin gerçekleştirildiği belli olmalıdır.²²⁸

Modern Türk İdare Hukuku'nun kurucusu olarak kabul edilen Sıddık Sami Onar ele aldığımız Mecelle'nin 449. Maddesi ile ilgili olarak “*Mecelle her akdin sahih olabilmesi için gerekli gördüğü şartları tarafların takdirine bırakmıyarak kendi bakımından teferrüata kadar ve riayeti mecburî olarak koymuş bulunmaktadır. Meselâ icar akdinde 449. maddeye göre «mecurun tayini lâzım» olduğundan «iki dükkândan biri tayin veya alâkalı seçmekte muhayyer bırakılmaksızın icar edilse İcâre sahih olmaz»;* yani hâkime hal ve vaziyeti nazara alarak akdi tefsir ve tatbik salâhiyeti tanımamış doğrudan doğruya akdin sahih olmayacağı kabul edilmiştir. Aynı suretle 455. maddeye göre bir san'atkâr çalıştırılmak üzere tutulsa bu bir kiradır ve bu kiranın sahih olabilmesi için «menfaatin malûmiyeti» lâzımdır bu da «işin beyaniyle yani ne yapacağını ve nasıl yapacağına tayin ile olur» meselâ «esvap boyatılacaksa esvabın boyacıya gösterilmesi veya kalınlık veya inceliğinin ve renginin bildirilmesi lâzımdır» aksi takdirde akit sahih değildir.”²²⁹ demekte ve Mecellenin 449 ve 455. maddelerini örnek göstererek Mecelle'nin hâkimlerin insiyatif kullanma salâhiyetini daralttığını belirtmektedir.

Konuyu bu şekilde değerlendirmek kanaatimizce doğru değildir. Kanun maddelerinin karışıklıklara mahal vermeyecek netlikte ve belirlilikte olması bu maddelerin tabiatındandır. Nihayetinde Hukuk kuralları belirlidir. Farklı durumlarda farklı şekillerde uygulanamaz. Bunun içinde kuralların netleşmesi önemlidir. Fakat bu netliğin hâkimin insiyatif almasını engelleyecek nitelikte olmaması da önem ifade etmektedir. Burada Mecelle'de belirtilen kurallarda insiyatif kullanımını engelleyici bir durumdan söz edilemez.²³⁰

Sahihten olmayan bir İcârenin hükmü yerine getirilse İcâre sahihten olmadığı için tarafların aralarında kararlaştırdıkları ücretin ödenmesi gerekmemektedir. Kiralanan

²²⁸ es-Serahsî, *el-Mebsut*, 15/75; el-Kâsânî, *a.g.e.*, 4/264; eş-Şenterînî, *a.g.e.*, 5/415; eş-Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, III, s. 517; en-Nevevî, *Ravdatu't-Talibin*, 5/188-189; el-Haccâvî, *el-İkna' li-tâlibi'l-intifâ*, 2/487-488.

²²⁹ Onar, “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Condification'u Mecelle”, 73.

²³⁰ <https://hukuksitesi.com.tr/wp-content/uploads/2022/11/hukuk-kurallarinin-ozellikleri-nelerdir>, Erişim: 11 Kasım 2022.

şeyin ecr-i misli ne ise o şeyin emsali nazara alınarak takdir edilecek bir ücret verilmelidir ve bu ücret akdî ücretin üzerinde bir miktar olamaz.²³¹

Sıhhat şartlarından biri de yani yapılan akdin hukuken geçerli bir akit olması için ücretin belirli olması gerekmektedir.²³²

Mecelle’de bu hakikat sıhhat şartları ifade edilirken 450. maddesinde “*Ücretin belli olması gerekir.*” sözleriyle dile getirilmektedir.

Hanbelî mezhebinde de ücretin belli olması şarttır.²³³ İbn Kudâme “*Biz bunun dışında bir durumu bilmiyoruz. Yani âlimlerden bunun dışında bir rivayet duymadık.*” demektedir.²³⁴

İbn Rüşd ise *Bidâyetü’l-Müctehid* adlı eserinde “*Belirli olmayan menfaatler üzerinde yapılan İcâre akitleri sahih olmayacaktır.*”²³⁵ şeklindeki sözleriyle konuya açıklık getirmektedir.

Dolar, Euro ve Türk lirası gibi farklı birimler ile ticaret yapılan bir belde bunlardan hangisinin ücret olarak belirlendiği açıkça ifade edilmelidir. Aksi halde akit geçerli olmayacaktır. Zira bir belirsizlik söz konusudur. Ancak paralardan birinin tedavülü diğer para birimlerinden daha fazla ise o birim açıkça ifade edilmese bile ücret olarak belirlenen miktarın bu para biriminde olduğu hükmedilecektir.²³⁶

Ücretteki belirlilik 464. maddede de belirtildiği üzere “*ücretin nakit olması durumunda miktarını netleştirmek suretiyle belirli hale geleceği*” ifade edilmiştir.²³⁷ Ücretin akit meclisinde fiili olarak var olması durumunda ücretin görülmesi veya işaret edilmesi belirlilik şartı için yeterlidir. Ayrıca vasıflarını ifade etmeye,

²³¹ Onar, “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Condification'u Mecelle”, 73.

²³² Şeyh Nizâm, *Fetâvâyı Hindîyye*, Tercüme: Mustafa Efe, (Ankara: Huzur Yayınevi, 1984-1988), 9/365.

²³³ el-Merdâvî, *el-İnsaf fi Ma’rifetir-Racihi minel Hilaf*, 7.

²³⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 327.

²³⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, 3/318.

²³⁶ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 6/183.

²³⁷ Mecelle 464. madde: “*Kira bedeli nakit ise satım bedeli gibi miktarının belirtilmesi ile tanımlanmış olur.*”

vasfetmeye gerek yoktur. Aksi halde “*cinsi, vasfı ve miktarı*” belirtililerek ücret belirli hale gelmelidir.²³⁸

Yine 564. maddede belirtileceği üzere ücret karşılığı olduğu belirtilerek fakat ücretin miktarı belirtilmeden kurulan bir akitte işçi ecri misile hak kazanır. İşçinin çalıştığı iş koluna ait bir ücret tarifesi varsa işçiye ücreti bu tarifeye göre ödenir.²³⁹

Mecelle 465. maddede “*Kira bedeli taşınır eşyalardan veya kile ölçüsü ile ölçülebilen veya tartılabilen veya taneleri arasında fark bulunmayan (adediyat-ı mütekaribe) şeylerden olduğu takdirde miktarı ile birlikte vasfının da belirtilmesi gerekir.*” sözleriyle ifade edildiği üzere ücretin nakit dışında bir şey olması halinde miktarının yanında vasfının da belirtilmesi gerekmektedir.²⁴⁰ Ücret gayri misli bir mal olarak belirlenmişse ücret olarak o malın kendisi verilmelidir. Ancak mal açık olarak ifade edilmemişse ücretin ecri misil olarak karşılığı ne ise ücret olarak o verilmelidir.²⁴¹

Hanefilere göre “*ücret iş akdi yapılırken işveren tarafından işçiye verilmesi mümkün bir şey olmalıdır. İşçiye verilmesi mümkün olmayan şeyler yok hükmündedir.*”²⁴²

Hanbelîlerde kişi elbisesini bir terziye düzeltmesi veya kısaltması için verirse velev aralarında bir ücret tayin etmeseler bile bu kiralama geçerlidir ve örfün öngördüğü ücret ödenir. Hamama gitmek ve bir gemiye yolcu olarak binmekte böyledir.²⁴³

İcâre akdinde sıhhat şartlarından biri de kira konusu menfaatin karışıklıklara yer vermeyecek şekilde belli olmasıdır. Mecelle’de bu konuda 451. maddede “*İcâre akdinde kira konusu menfaatin karışıklıklara yer vermeyecek şekilde belli olması şarttır.*” denilerek konu hakkında hüküm ifade edilmiştir.

²³⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/475.

²³⁹ Mecelle 564. Madde: “*Kişi bir kimseye miktar belirtmeksizin şu işi yap sana ikram edeyim deyip te o da belirtilen hizmeti yaparsa ecr-i misil almayı hak eder.*”

²⁴⁰ Mecelle 465. madde

²⁴¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 6/209; Mecelle 566. madde

²⁴² İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, 5/45.

²⁴³ el-Merdâvî, *el-İnsaf*, 16-17.

İcâre akdinde kira konusu menfaatin karışıklıklara, ayrılığa yer vermeyecek şekilde belli olması şarttır. Bunula ilgili daha önce Mecelle'nin 200. maddesinde satış akdi için belirtilen “*mebi' müşterinin malumu olması lazımdır.*” hükmü bu kez İcâre akdi için geçerli olmakta ve ma'kudunaleyh olan menfaatin belli olması gerekmektedir.²⁴⁴

Ma'kudunaleyhin bilinmesi, menfaatin yerinin, süresinin bilinmesi ile gerçekleşir. Sanatkâr ve işçilerin ücretle tutulması durumunda da yapılacak olan işin açıklanması ile olur. Eğer anlaşmazlığa götürecek şekilde bilinmeyen bir şey olursa akit sahih değildir. Çünkü böyle bir bilgisizlik malı teslim almaya veya teslim etmeye engeldir. Bu durumda akitten gözetilen maksat gerçekleşmeyecektir.²⁴⁵

Mecelle'de bundan sonrasında birkaç maddede örnekler verilerek o örnekler üzerinden belirli konulara dair hükümö beyan edilmiştir. Örneğin 452. maddede “*Menfaat ev, dükkânlar ve sûtanne örneklerinde olduğu gibi kira süresinin bildirilmesiyle belli olur.*” denilmiş ve sürenin açıklanması evlerin, meskenlerin, odaların, dükkânların kiralanmasında, sûtannenin ücretle tutulmasında istenen bir şart olarak ifade edilmiştir. Çünkü ma'kudunaleyh, süre belirlenmeden miktar olarak bilinemez, menfaat ta'yin edilemez. Onun açıklanmaması anlaşmazlığa, karışıklıklara sebep olur.²⁴⁶

Hayvan kiralanmasında ise 453. maddede “*Hayvan kiralanmasında kiralamanın yük yüklemek için mi yoksa binmek için mi olduğu, binmek için ise kimin bineceğinin belirtilmesi veya dileyenin binmesi şeklinde genelleştirilmesi ile birlikte kiranın süresinin veya mesafesinin dahi bildirilmiş olması gerekmektedir.*” hükmü yer almaktadır. Bu madde çerçevesinde hayvan kiralanmasında kiralamanın yük yüklemek için mi yoksa binmek için mi olduğu belirtilmelidir. Binek hayvanı binmek için ise kimin bineceğinin belirtilmesi veya dileyenin binmesi şeklinde genelleştirilmesi ile birlikte kiranın süresinin veya mesafesinin dahi bildirilmiş

²⁴⁴ İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr* 5/48.

²⁴⁵ İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, 5/65.

²⁴⁶ İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, 5/75.

olması gerekmektedir. Bu bildirimler ile menfaat belirlenmiş, ma'lum kılınmış olur.²⁴⁷

Fakat binek hayvanı yük için kullanılacağı belirtildiği halde ne yükleneceği belirtilmemiş ise veya binek için kullanılacaksa kimin bineceğinin belirtilmez veyahut dileyenin binmesi şeklinde genelleştirilmezse bu durumlarda İcâre akdi fasit olur.²⁴⁸

Arazi kiralınması konusunda da 454. maddede “*Arazi kiralınmasında kira süresi ile birlikte kiralamanın ne için yapıldığının, tarım içinse ne ekilecek olan şeyin belirtilmesi veya kiracının dilediğini ekmesi şeklinde genelleştirilmesi gerekir.*” hükmü ifade edilmiştir. Arazilerin kiralınmasında öncelikli olarak kira süresi ve kiralamanın ne için yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir. İkincil olarak eğer arazi tarım içinse ne ekileceği veya kiracının dilediğini ekmesi şeklinde genelleştirilmesi gerekmektedir. Arazinin tarım için mi veya içinde bina yapılmak için mi veyahut avcıların ağ kurması için mi kullanılacağı belirtilmelidir. Yani arazinin kullanım amacı belirtilmelidir.²⁴⁹

Mecelle'nin 235. maddesinde satış akdi için söz konusu edilen “*satış akdi sırasında genel lafızların mahiyetine giren şeyler satış içerisinde özel olarak belirtilmeden akde dâhil olur. Mesela satıcı şu evi huhuki tüm haklarıyla sattım derse o evin yol hakkı, su hakkı, kanalizasyon hakkı satışın içerisinde.*” hükmünde satış akdi için genelleyici lafızlara ihtiyaç duyulurken İcâre akdinde örneğin evin kiralınmasında bu genelleyici lafızlara ihtiyaç yoktur. Çünkü kira akdinden kasıt elde edilecek olan menfaattir, bu menfaatte ancak o evin yol hakkı, su hakkı gibi tamamlayıcı olan haklarıyla elde edilebilir. Bu noktada İcâre akdi satış akdi olan bey'ten ayrılmaktadır. İcâre akdinde belirtilsin veya belirtilmesin bir ev kiralındığında o eve gidiş gelişi sağlayan yol, o evde kullanılacak olan suyun yolu da İcâre akdi içerisinde. Yani kiralayan yolu, gidiş gelişi olmayan bir araziye kiralayamaz.²⁵⁰

²⁴⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, İcâre, 1/506.

²⁴⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/506.

²⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/507.

²⁵⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/507.

Mecelle sanat erbabının kiralınması konusunda 455. maddede “*Sanat erbabının kiralınmasında menfaatin belirlenmesi, işin bildirilmesi yani neyin nasıl yapılacağına belirtilmesi ile olur.*” hükmünü ifade etmekte ve maddenin devamında “*Örneğin, elbise boyatılacak ise elbisenin boyacıya gösterilmesi veya incelik ve kalınlığının ve renginin bildirilmesi gerekir.*” cümlesiyle konuyu örneklemektedir.

Sanat ehlinin kiralınmasında ecr-i müşterekin icâresinde geçerli olan kurallar geçerlidir. Bu İcârede menfaatin ve işin açıklanmış olması gerekir. Menfaat üzerindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması bazen menfaatin belirlenmesi bazen sürenin belirlenmesi bazen de işin belli edilmesi suretinde gerçekleşir. Terzi, marangoz, açşı, boyacı gibi sanat ehlinin kiralınması sırasında menfaatin belirlenmesi işçinin ne yapacağını ve nasıl yapacağını belirlenmesi ile olur.²⁵¹ Fakat sanat ehli ecr-i hass olduğunda sadece işin süresinin belirlenmesi yeterlidir.²⁵²

Eşya nakledilmesi ile ilgili olarak 456. maddede “*Eşya naklinde menfaat, yükün işaretlenmesi ve nakil olunacak yerin belli edilmesi ile belirli hale gelmiş olur. Örneğin, şu yükü filan yere taşıyacaksın denilince yük işaretlenmiş, belirlenmiş ve taşınacak yer belirtilmiş olması sebebiyle menfaat de belli edilmiş olur.*” sözleriyle hüküm ve örnek ifade edilmiştir. Eşyanın nakledilmesinde menfaat, taşınacak yükün belirlenmesi ve nakil olunacak yerin belli edilmesi ile belirlenmiş olur. Örneğin bir eşya nakledilecekse nakledilecek eşyanın işaret edilmesi ve gidilecek yerin söylenmesi ile menfaat belirli hale gelmiş olur. Menfaatin belirli hale gelmesi için sürenin belirlenmesine ihtiyaç yoktur.²⁵³ Yükün miktarı belirtilmediğinde örf ve âdete göre belli olan miktar ne ise ona göre yükün miktarı belirlenir. Örfteki miktarın üzerine çıkılamaz.²⁵⁴

Mecelle’de İcâre akdinin sıhhat şartlarına ilişkin olarak 457. maddede “*Menfaatin yerine getirilebilir bir şey olması şarttır. Bu nedenle firar etmiş bir hayvanın kiralınması sahih olmaz.*” hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede menfaat

²⁵¹ Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm, 1/508; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/48.

²⁵² Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/48.

²⁵³ Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm, 1/508-509.

²⁵⁴ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/48.

ulaşılması mümkün olan, İcâre süresi içerisinde hakikaten ve şer'an elde edilebilir bir şey olmalıdır.²⁵⁵

Menfaat aynı zamanda kişiye akitten önce farz veya vacip olan bir şey olmamalıdır. Çünkü İcâre akdi satış akdinin tersine elde edilecek olan menfaat üzerine kurulur.²⁵⁶

Cinayet, yaralama, zina, fal bakma gibi İslam Hukukuna göre yasaklanmış olan bir işin üzerine akit yapılması caiz değildir.²⁵⁷

Kira süresi içerisinde teslimi ve menfaattinden yararlanılması mümkün olmayan şeylerinde icâre edilmesi caiz değildir. Örneğin şu an istifade edilmesi mümkün olmayan bir tayın icâre edilmesi caiz değildir. Kiralama ancak faydalanılacak zamana geldiği süre için yapılabilir.²⁵⁸

Şafîî, Hanbelî ve bazı Malikî âlimleri İcâre akdi ile ilgili olarak Hanefilerin tanımında yer alan “*menfaat*” kavramı yerine “*mubah olan menfaat*”ler ifadesini kullanmışlardır. Bu âlimlere göre menfaatin mubah olması hukuka uygun bir akdin kurulması için, yani akdin şer'an caiz olması için gereklidir. Bundan dolayı tanımda bu şekilde bir ifadenin yer alması uygun olacaktır.²⁵⁹

Şer'an teslimine imkân bulunmayan şeyler için İcâre akdi yapmak caiz değildir. Örneğin ay hali olan bir kadının mescidi süpürmek için ücretle tutulması, ürküp kaçmış olan bir devenin yakalanmadan önce ücretle tutulması, büyü yapan kişinin büyü öğretmek için ücretle tutulması gibi. Bu konuda fakihler arasında ittifak vardır.²⁶⁰

Menfaatin yerine getirilebilir bir şey olması konusunda önümüze çıkan meselelerden biri de müşa' mal yani başkalarının içerisinde hissesi bulunan ortak mal mevzusudur. Ebû Hanîfe, öğrencisi Züfer ve Hanbelî mezhebinde sahih kabul

²⁵⁵ Serahsî, *Mebisât*, 15/115; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/509.

²⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/509.

²⁵⁷ Serahsî, *Mebisât*, 14/54; Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 9/478.

²⁵⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/509.

²⁵⁹ en-Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn* 2/403; eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtac*, 3/438; ed-Desûki, *Haşiyetü'd-Desûki*, 15/371.

²⁶⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, 5/35.

edilen görüşe göre müşâ‘ malın ortak paydaşlar dışındaki kişilere kiralanması câiz değildir. Çünkü ortak hisseli olunan malın menfaati tek hisse üzeri elde edilemez. Zira o menfaatin elde edilebilmesi müşa’nın tümünün teslimi ile mümkündür. Hisseli mal ise, bizatihi hisse olarak teslim edilememektedir. Pay, bir bütünün içerisinde karışık olarak bulunmaktadır. Sadece o hissenin teslim edilebilmesi, mümkün değildir. Bu durumda diğer hisseler üzerinde ise akit yapılmamıştır. Dolayısıyla şer'an o hissenin teslimi mümkün görülmemektedir.²⁶¹

Ebû Yûsuf, Muhammed ve fakihlerin cumhuruna göre ise müşa’ malın ister pay sahibi ortak olsun isterse de pay sahibi olmayan başkası olsun mutlak olarak kiralanması caizdir. Çünkü bunda mal sahibinin bir menfaati vardır. Onun teslim edilmesi ise ya tahliye yahut mühâyee (menfaatleri paya göre nöbetleşe taksim etme) ile mümkündür; nitekim bu durum satışta da caizdir. İcâre ise zaten bir nevi satışır.²⁶²

Hanefilere göre İcâre akdinde menfaatin elde edebilir bir şey olmasının sonucunda bir takım meseleler ortaya çıkmaktadır. Bu meseleleri birkaç örnek ile açıklayalım.

Örneğin bir kişi bir başkasını hem alım hem de satım işini görmek üzere ücretle tutamaz. Zira bu tür bir icâre Hanefilere göre caiz değildir. Alım-satım işinde biri alıcı biri satıcı iki kişinin varlığı gereklidir. Yani bu işlem tek bir kişi ile gerçekleşmez. Hanefilere göre bu işi bir arada yapmak üzere bir tek kişiyi ücretle tutmak fasittir. Ama kiracı (müste'cir) alım-satım işi için bir süre tayin ederse örneğin bir ay süre ile kendisi için alım-satım işini görmek üzere ücretle tutarsa akit süre menfaati üzere yapılmış olur ki bu bellidir bu durumda akit caiz olur.²⁶³

Veya erkek hayvanın damızlık olarak kullanmak için ücretle tutulması ve eğitilmiş köpek ile eğitilmiş kartalın avcılık için ücretle tutulmaları sahih değildir.

²⁶¹ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i'*, 4/187; ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakaik*, 5/125; İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, 5/32; Zeynüddin Mer'i b. Yûsuf b. Ebi Bekr Kermi el-Makdisi el-Hanbeli, *Gayetu'l-Mühteha fi'l-Cem beyne'l-İkna' ve'l-Münteha*, thk. Yasir İbrahim el-Mezrui, Raid Yusuf er-Rumi, (Kuveyt: Garas li'n-Neşr, 2007), 2/197; Ebü'l-Kasım Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfî el-Kazvînî, *Fethu'l-'azîz fi Şerhi'l-Vecîz (eş-Şerhu'l-kebîr)*, (Beyrût: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1997), 4/19.

²⁶² İbn Rüşd, *Bidayeu'l-Müctehid*, 2/225; eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 1/395.

²⁶³ İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, 5/36.

Çünkü damızlık hayvanın döllemeye zorlanmasına imkân yoktur. Aynı zamanda avcılık için tutulan köpeğin ve kartalın da avlanmaya zorlanması mümkün değildir. Hanefî, Şafî ve Hanbelîlerin görüşü budur.²⁶⁴ İmam Malik ise icâre eğer belli bir süre için yapılırsa, aklın caiz olacağını söylemiştir. Bu durumları diğer menfaatler ile birlikte zikredilen süreye benzetmekte ve akdi caiz görmektedir.²⁶⁵

Özet olarak Mecelle’de İcârenin sahih olabilmesi için;

1. 448. maddede akdi yapan iki tarafın rızası
2. 449. maddede Me’curun tayini
3. 450. maddede İcârenin ma’lum olması
4. 451. maddede menfaatin ma’lum olması
5. 457. maddede menfaatin ulaşılabilir bir şey olması
6. İcâre akdi yapılan iş karşılığı olmalıdır. İleride 580. maddede geleceği üzere ücret yapılan iş miktarının karşılığı kadar ödenir.
7. İcâre hangi maksat ile papılmış ise o maksadın meşru, mümkün ve ulaşılabilir olması
8. Ücretin üzerine akid yapılan ma’kudunaleyh cinsinden olmaması
9. Fasid olan icaarenin şartlarının bulunmaması
10. Hanefilere göre ortaklı malda hisse paylarından başkasına İcâre etmeme
11. İcâre edilecek mal, kiraya verecek olan kişinin yed-i kabzında olmalı

gerektiği ifade edilmiştir.²⁶⁶

²⁶⁴ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/189; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, 5/38; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/500; Ebû İshak eş-Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 1/394; eş-Şîrbînî, *Muğni’l-Muhtac*, 2/335; el-Makdisi, *Gayetu’l-Mühteha*, 2/197.

²⁶⁵ İbn Rüşd, *Bidayeu’l-Müctehid*, 2/322; İbn Cüzey, *el-Kavaninü’l-Fıkhıyye*, 275.

²⁶⁶ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/49-50.

İKİNCİ BÖLÜM

MECELLE'DE İCÂRE AKDİNİN İŞLEYİŞİNE DAİR HÜKÜMLER

Mecelle’de icâre akdinin ele alındığı ikinci kitap olan Kitâbü’l-İcarât’ta icâre akdinin işleyişine dair kimi hükümlerden söz edilmiştir. Bu bölümde icâre akdinde me’curun türleri, ücret, süre, muhayyerlik ve tazminat konuları Mecelle çerçevesinde kaleme alınmaktadır. Bu bölümde ayrıca İcâre akdi sona erdikten sonra kiracı ve kiraya verenin görev ve yetkilerinden söz edilmektedir. Konunun sonunda insanın ücret karşılığında kiralanmasını ifade eden İcâre-i âdemi konusu ele alınmaktadır.

2.1. İCÂRE AKDİ’NDE KİRALANANIN (ME’CUR) TÜRLERİ VE HÜKÜMLERİ

Mecelle’nin ikinci kitabı olan Kitâbü’l-İcarât’ın altıncı babı kiralanan şeyin (me’cur) türleri ve hükümleri hakkındadır. Bu bölümde İcâre akdinin çeşitleri ele alınmış ve kiralanan şey (me’cur) dört kısma ayrıştırılarak incelenmiştir. Bu kısımlardan taşınmaz mal (akar), taşınır mallar (urûz), hayvan ve insandır. İlk üçü ayn icâresi ile ilgiliyken dördüncü kısım ise insan icâresi yani iş akdi ile ilgilidir.²⁶⁷ İlk üçünü “*İcâre Akdi’nde Kiralananın (Me’cur) Türleri ve Hükümleri*” başlığı altında ele alıp incelerken dördüncü kısım olan insan icâresi konusunu müstakil bir başlık altında kaleme aldık.

Malikî hukukçular hayvan ve eşyanın kiralanmasında “*kira*”, insan kiralanmasında ise “*İcâre*” terimini kullanmalarına karşın onların dışındaki İslam hukukçuları insanın ücret karşılığı kiralınması ile başka şeylerin kiralınması arasında isimlendirmede bir ayırıma gitmemişlerdir.²⁶⁸

2.1.1. Taşınmaz mal (akar)’ın Kiralanması

Mecellede taşınmaz mal (akar)’ın kirasıyla ilgili meseleler İcâre kitabının altıncı babının birinci faslında ele alınmıştır. Bu fasılda taşınmaz malların icâresi ile

²⁶⁷ Ali Bardakoğlu, “İcâre”, 21/379 vd.

²⁶⁸ Şeref b. Ali Şerif, *İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku*, 46.

ilgili hükümler beyan edilmiştir. Taşınmaz mal (akar) kavramı mezheplerde farklı tanımlanmıştır.

- 1- Hanefî mezhebine göre akar “*inşa edilmiş veya edilmemiş arazi*”²⁶⁹ anlamında tanımlandığı gibi “*ev ve emlak gibi kökeni olan herşey*”²⁷⁰ olarak ta tanımlanmıştır.²⁷¹
- 2- Malikîlere göre akar “*arazi ve ona bağlı bina ve ağaçlar*”²⁷² olarak tanımlanmış ve bina gibi ağaçlar ve arazide bulunan diğer ekili ve dikili şeyler de gayri menkul mal kategorisinde kabul edilmiştir. Mâlikîler’in akar tanımı arazi, bina ve ağaçları içermektedir.²⁷³
- 3- Şâfiîlere göre akar “*ağaç ve hurma gibi aslı sabit olan her mülkü kapsar*”²⁷⁴ şeklinde tanımlanmış ve görüldüğü üzere tanımın çerçevesi geniş tutulmuştur.²⁷⁵
- 4- Hanbelîlere göre ise akar bina, mülk, ağaç gibi arazidir.²⁷⁶

Genel manasıyla Mecelle’de, “*Bir yerden başka bir yere nakli mümkün olan şey*”²⁷⁷ olarak tanımlanan menkul’ün zıddı olan gayri menkul yani taşınmaz mal (akar) ev, dükkân, arazi, bağ, bostan, tarla gibi gayr-i menkûl malları kapsamaktadır.²⁷⁸

Mecelle’nin 129. maddesinde “*Akar denilen hâne ve arazi misillü mahall-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir*” şeklinde tanımlanarak akar teriminin hem gayrimenkul (taşınmaz) mallar mânasına, hem de arazi mânasına geldiğine işaret edilmiştir.²⁷⁹

²⁶⁹ الأرض مبنية كانت أو غير مبنية

²⁷⁰ كل ما له أصل كالدار و الضيعة

²⁷¹ İbn-i Hümmam, *Şerh-i Fethi’l-Kadir*, 6/216; İbn-i Nuceym, *Bahrî’l-Raik*, 7/198.

²⁷² الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر -ed-Desûki, *Haşiyeti Desûki (Hâşiyetü ‘ale’ş-Şerhi’l-kebîr)*, 3/479.

²⁷³ Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî el-Haraşî el-Mâlikî, *Şerhu Muhtasarı Halîl*, (Beyrût: Dâru Sâdır, ts.), 6/164, 168.

²⁷⁴ يطلق على كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل

²⁷⁵ er-Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 5/196.

²⁷⁶ العقار هو الضيعة والنخل والأرض Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ ‘an metni’l-İknâ’*, 4/102.

²⁷⁷ Mecelle, 128. madde

²⁷⁸ Ali Şafak, “Akar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/222.

²⁷⁹ Şafak, “Akar”, 2/221.

Akarın kiralınması ile ilgili olarak Mecelle’de belirli kurallar belirtilmiştir. Bu kuralların ilki 522. maddede yer alan “*Kullanacak kişi belirtilmeden ev veya dükkân kiralanabilir.*” kaidesidir. Kullanacak kişinin kim olacağı belirtilmeden ev veya dükkân kiralanabilir. Çünkü kullanacak kişinin farklılaşması malın kendisinde bir değişim meydana getirmez. Öyleyse kullanacak kişinin farklılaşması İcâre akdinin fesih sebebi olamaz. Burada eve gidiş geliş için olan yolun, kullanılacak suyun vs. belirtilmemiş olması bey’ akdinde olduğu gibidir. Çünkü evin belirtilmesi Mecelle’nin 230. maddesi çerçevesinde o ev ile ilgili şeylerinde belirtilmesi anlamındadır. Burada örf, adet geçerlidir. Zaten Mecelle’de İcâre akdi ile ilgili hükümlerin genelinde örf riayet söz konusudur. Yani İcâre akdi ile ilgili hükümlerin birçoğu örf çerçevesinde şekillenmiştir.²⁸⁰

Akarın kiralınması ile ilgili Mecelle’de yer alan ikinci kural 523. maddede yer alan “*kişi içinde eşyası veya malları (emtia) bulunan evini veya dükkânını kiralarsa bu kira akdi geçerli olup, kiralayan kişi mal ve eşyasını boşaltarak evi teslim etmek zorundadır.*” kuralıdır. Kişi içinde eşyası veya malları (emtia) bulunan evini veya dükkânını kiralarsa bu kira akdi geçerlidir. Bu tür İcâre akdi İcâre-i meşgul (إيجاري المشغول) olarak isimlendirilir ve kiralayan kişi 477. maddede belirtildiği üzere mal ve eşyasını boşaltarak evi teslim etmek zorundadır.²⁸¹

Mecelle’de 524. maddede akar cinsinden olan arazinin kiralınması ile ilgili olarak “*Bir kimse ne ekeceğini belirtmeden veya ne dilerse ekmek üzere diye genellemeden (ta’mim) bir arazi kiralarsa bu İcâre akdi geçersizdir. Fakat sözleşme fesh olmadan önce ekeceği şeyi belirtir ve kiralayan da bunu kabul ederse sözleşme geçerli olur.*” denilmektedir. Arazi kiralınması ile ilgili olarak Mecelle’nin 454. maddesinde²⁸² kişi ne ekeceğini belirtmeden veya ne dilerse ekmek üzere diye genellemeden (ta’mim) bir arazi kiralarsa bu İcâre akdi geçersiz olacağı belirtilmektedir. Çünkü bazı ekinler kimi arazilere zarar vermektedir veya bazı yıllar kimi ürünlerin ekilmesi araziye zayıf düşürür. Bundan dolayı ekilecek olan ürünün belirtilmesi gerekir. Zira üzerine akid yapılan menfaat bu durumda meçhuldür. Aksi

²⁸⁰ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/104.

²⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/600.

²⁸² Mecelle 454. madde: “*Arazi kiralınmasında kira süresi ile birlikte kiralamanın ne için yapıldığının, tarım içinse ne ekilecek olan şeyin belirtilmesi veya kiracının dilediğini ekmesi şeklinde genelleştirilmesi gerekir.*”

halde İcâre akdinden kastedilen menfaat gerçekleşmeyecektir. Fakat sözleşme fesh olmadan önce kavlen veya fiilen ekeceği şeyi belirtir ve kiralayan da bunu kabul ederse sözleşme geçerli hale gelmiş olur.²⁸³

Konu ile ilgili Mecelle’de belirtilen bir diğer kural da 525. maddede geçen “*bir kimse dilediğini ekmek üzere kiraladığı bir arazide yazlık ve kışlık olarak yıl içinde defalarca ziraat yapabilir.*” kaidesidir. Bu çerçevede İcâre akdi sırasında sadece yazlık veya sadece kışlık ürün ekilecek diye şart koşulmamışsa, dilediğini ekmek üzere kiraladığı bir arazide yazlık ve kışlık olarak ekme imkânı varsa bu durumda kişinin yıl içinde yazlık ve kışlık olarak defalarca ziraat yapabileceği ifade edilmiştir. Bunun için icâre süresinin bu ürünlerin ekim ve biçimi için uygun olması gerekmektedir.²⁸⁴

İcâre akdi ile ilgili olarak karşımıza çıkan durumlardan biri de zorunlu kiralama (الاجارة لجبرية) olgusudur. Mecelle’nin 526. maddesinde “*Kira süresi mahsulün olgunlaşmasından önce tamamlanırsa, mahsul olgunlaşana kadar kiracı ecr-i mislini ödeyerek ürününün tarlada kalmasını sağlayabilir.*” şeklinde zorunlu kiralamaya örnek verilmektedir. Zorunlu kiralama olduğu durumlarda mal sahibi İcâre akdini sona erdirebileceği gibi sıkıntıların oluşmaması için bir süre mühlet te verebilir. Zorunlu kiralama bazı durumlarda gerçekleşir. Bunların ilki ele aldığımız maddede belirtilen mahsulün olgunlaşmasından önce kira süresinin sona ermesi durumudur. Mal sahibi dilerse kiracıya ürününü hemen kaldırmasını talep edebilir. Çünkü Mecelle’nin 1192. maddesinde belirtildiği gibi “*herkes mülkünde keyf-e mayeşa’ tasarruf eder.*” Yani kişi mülkünde tasarruf sahibidir. Bu durumda kiracı arazi sahibinin rızasını alarak mahsul olgunlaşana kadar ecr-i mislini de ödeyerek ürününün tarlada kalmasını sağlayabilir.²⁸⁵

Zorunlu kiralama ile ilgili olarak bu maddenin şerhinde Ali Haydar Efendi iki örnek daha vermektedir. Bu örneklerin ilki bir gemiyi gasb eden kişinin gasbettığı bu gemiyle denize açılması ve denizde iken mal sahibinin gasb edene yetişmesi halidir.

²⁸³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/602; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/105.

²⁸⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/603; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/106.

²⁸⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/604; Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/106.

Bu durumda mal sahibi gasb edenden gemiyi hemen geri alabileceği gibi, sahile varıncaya kadar ona müsaade ederek ve kiralama yapabilir. İkinci zorunlu kiralama örneği ise süre bitmeden veya ürün araziden toplanmadan önce müste’cir (kiracı)nın ölmesi durumudur.²⁸⁶

Mecelle’de karşımıza çıkan konulardan biri de İcâre edilen malın kullanım biçimi (keyfiyet-i isti’mal) konusunun ele alındığı 527. maddedir. Bu maddede “*Ne için olduğu belirtilmeden dükkân ve ev için kiralama sözleşmesi yapılması geçerli (sahih) bir işlemdir, kullanım biçimi (keyfiyet-i isti’mal) örf ve âdete göre belirlenir.*” Konu izah edilmekte ve ne için olduğu belirtilmeden dükkân ve ev için kiralama sözleşmesi yapılması geçerli (sahih) bir işlemdir. Normalde daha önce geçen 524. madde çerçevesinde bunların ne için kullanılacağına belirtilmesi gerekirken istihsanen²⁸⁷ bu duruma cevaz verilmiştir. Çünkü ev ve dükkânların kullanım biçimi (keyfiyet-i isti’mal) belli olup, arada ihtilafa mahal vermeyecek biçimde örf ve âdete göre belirlenebilir.²⁸⁸

İcâre edilen malda keyfiyet-i isti’mal ile ilgili 528. maddede ise “*Kişi ne için olduğunu belirtmeden kiraladığı evde kendisi oturabildiği gibi başkasını da oturtabilir ve içerisine eşyasını da koyabilir. Binaya zayıflık (vehn) ve zarar vermeyecek her türlü işlemi yapabilir. Binayı zayıf düşürecek ve zarar verecek işlemleri ise sahibinin rızasını almadan yapamaz. Hayvan bağlama konusunda beldenin örf ve âdeti geçerli olup, yürürlükte (merî) dir. Dükkân için de durum böyledir.*” denilmektedir. Bu çerçevede kişi ne için olduğunu belirtmeden bundan önceki 527. maddede geçtiği üzere kiraladığı evde kendisi oturabileceği gibi bir başkasını da İcâre veya İâre yoluyla oturtabilir. Hatta tek başına oturmak için tuttuğu evde başkasıyla beraberde kalabilir. Ev sahibinin bu konuda kiracıyı engelleme hakkı yoktur. Çünkü evde oturan sayısının bir yerine iki olması eve zarar vermez. Fakat bu hak kiracının kendisi için geçerlidir. Yani kiracı kiraladığı evde örneğin oğlunu oturtursa oğlu o evde izinsiz olarak başkasını iskân ettiremez. Kiracı binaya zayıflık

²⁸⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/604-605.

²⁸⁷ İstihsân (الاستحسان) özel gerekçelerle açık kıyastan, genel ve yerleşik olan kuraldan ayrılarak olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden şer’î delildir. Ali Bardakoğlu, “İstihsân”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/339.

²⁸⁸ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/107.

(vehn) ve zarar vermeyecek her türlü işlemi yapabilir. Binayı zayıf düşürecek ve zarar verecek işlemleri ise sahibinin rızasını almadan yapamaz.²⁸⁹

Hayvan bağlama konusunda beldenin örf ve âdeti geçerli olup, yürürlükte (merî) dir. Dükkân için de durum böyledir. Yani hediyelik eşya satılmak üzere kiralanan bir dükkânda demircilik izinsiz olarak yapılamaz. İş konusunda daha aşağıya riayet edilebilirken, daha yukarıya çıkılamaz.²⁹⁰

İncelediğimiz 527. ve 528. maddeler Mecelle’de külli kaideler bölümünde geçen 45. madde çerçevesinde oluşturulmuşlardır.²⁹¹

İcâre edilen malda yararlanma amacını (menfa’at-ı maksude) olumsuz etkileyen durumların gidermesi ile ilgili olarak 529. maddede “*Yararlanma amacını (menfa’at-ı maksude) olumsuz etkileyen durumları gidermek kiraya verene aittir.*” denilmekte ve “*Örneğin değirmenin arkını temizlemek değirmen sahibine aittir. Bunun gibi evin ve suyollarının ve künklerinin onarım ve ıslah edilmesi ve oturmaya yarayacak şeylerin yapımı ve bina ile ilgili diğer işlerin hepsi sahibine aittir. Bina sahibinin bunları yapmaktan kaçınması durumunda kiracı o evden çıkabilir. Eğer kiraladığı zaman evin bu halini görmüş ise, o zaman ayıba razı olmuş sayıldığından, sonradan bu durumları bahane ederek evden çıkamaz. Kiracı bu şeyleri kendisi yaparsa, yaptığı iş bağış (teberru’) sayılır ve giderlerini ev sahibinden talep edemez.*” denilerek konu örneklenerek izah edilmektedir. Bu çerçevede yararlanma amacını olumsuz etkileyen durumları gidermek mal sahibine aittir. Bina sahibinin bunları yapmaktan kaçınması durumunda kiracı o evden çıkabilir. Eğer kiraladığı zaman evin bu halini görmüş ise, o zaman ayıba razı olmuş sayıldığından, sonradan bu durumları bahane ederek evden çıkamaz. Kiracı bu şeyleri kendisi yaparsa, yaptığı iş bağış (teberru’) sayılır ve giderlerini ev sahibinden talep edemez veya kira ücretinden kesemez. Fakat ev sahibinin izni ile bunları yaparsa Mecelle’nin 1508. maddesi gereği mal sahibinin kiracının parasını vermesi gerekir.²⁹²

²⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/605.

²⁹⁰ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/109.

²⁹¹ Mecelle 45. madde: “*Örf ile ta’yîn, nass ile ta’yîn gibidir.*”

²⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/609.

Mecelle’de kiralanan şeyin ıslahı ve korunması ile ilgili olan 530. maddede ev örneği verilmekte ve “*Kiralanan evin damının kiremidini onarmak gibi kiralanan şeyin ıslahı ve korunması ile ilgili olan ve ev sahibinin izni ile kiracı giderinin ev sahibinden alınmasına ilişkin bir şart sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, kiracı yaptığı tamirat onarımlarının masrafını ev sahibinden alır.*” denilmektedir. Ev sahibinin izni ile yapılan ve kiralanan şeyin ıslahı veya korunması ile ilgili olan onarımlarda kiracı giderinin ev sahibinden alınmasına ilişkin bir şart sözleşmede belirtilmemiş olsa dahi kiracı yaptığı tamirat ve onarım masrafını ev sahibinden alacağı ifade edilmekte veya kira ücretinden düşebileceği belirtilmektedir. Maddede bu tür masrafların av sahibine ait olduğu beyan edilmektedir. 530. maddednin devamında “*Eğer evin fırını onarmak gibi sadece kiracının faydalanmasına yönelik giderlerde ise böyle bir şart sözleşmede belirtilmemişse, kiracı onarım ücretini ev sahibinden alamaz.*” denilerek sadece kiracının faydalanmasına yönelik olan giderlerde ise böyle bir şart sözleşmede belirtilmemişse, kiracı onarım ücretini ev sahibinden alamaz. Bu madde çerçevesinde bu tür masraflar sözleşmede belirtildiği şekilde tayin edilir, sadece tamirat için izin alınmış olması yeterli değildir. Sözleşmede bu ücretleri ev sahibinin ödeyeceği belirtilmişse kiracı bu ücretleri ev sahibinden talep eder. Aksi halde talep edemez.²⁹³

Mecelle’nin 531. maddesinde kiracının, kiraladığı taşınmazda bina yapması veya ağaç dikmesi durumu ile ilgili olarak “*Kiracının, kiraladığı bir taşınmazda (akâr-ı me’cur), bina yapması veya ağaç dikmesi durumunda, kira süresi sona erdiği zaman kiraya veren ev sahibi muhayyer olur. Dilerse o binayı yıktırır ve ağaçları söktürür, dilerse değerini az olsun veya çok olsun ödeyerek bina veya ağaçları olduğu hal üzere yerinde bırakır.*” denilmektedir. Mecelle’de kiracının, kiraladığı bir taşınmazda (akâr-ı me’cur), bina yapması veya ağaç dikmesi durumunda, kira süresi sona erdiğinde mal sahibi ile ilgili üç durum söz konusu olmaktadır. Bu durumlar:

- 1- Bina veya ağaçları olduğu hal üzerinde bırakarak ya ücretini öder veya âriyet olarak mal sahibinin rızası dâhilinde hesap edilir. Eğer ağacın

²⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/611.

üzerinde meyvesi varsa bu durumda daha önce geçen 526. madde çerçevesinde ecr-i misil olarak hesap edilerek kiracıya ödenir.²⁹⁴

- 2- Binayı yıktırır ve ağaçları söktürür. Çünkü kiracının aldığı araziye aldığı haliyle boş olarak teslim etmesi gerekmektedir. Kiracının mal sahibinin rızası olmadan binayı veya ağaçları olduğu hal üzere bırakması uygun değildir.
- 3- Binanın yıktırılması veya ağaçları sökülmesi durumunda arazide bir zarar veya kusur oluşuyorsa bu durumda mal sahibi bina veya ağaçları yıkmadan veya sökmeden olduğu hal üzere bırakır ve sökme durumunda ağaçların kıymeti ne ise o kıymeti kiracıya öder. Bu durumda mal sahibinin rızası aranmaz.²⁹⁵

şeklinde özetlenebilir.

Kiralanma süresi içinde toplanmış olan toz, toprak, süprüntü ve külün temizlenmesi konusunda Mecelle'nin 532. maddesinde “*Kiralanma zamanın içinde toplanmış olan toz, toprak, süprüntü ve külün temizlenmesi kiracıya aittir.*” denilmekte ve bu tür giderlerin kiracıya ait olduğu ifade edilmektedir. Fakat kiralanan içinde olmayan şeylerin temizliği ise kiracıya ait değildir.²⁹⁶

Kiracının, kiralanan malda tahribat oluşturması ve mal sahibinin kiracının bu tahribatına engel olamaması durumu ile ilgili 533. maddede “*Kiracının, kiralananı tahrip etmesine engel olamayan mal sahibi, hâkime başvurarak İcâre akdini feshettirebilir.*” şeklinde hüküm beyan edilmekte ve mal sahibinin hâkime başvurarak İcâre akdinin feshini talep etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hâkimde bu durumun sabit olması halinde kira süresi bitmeden İcâre akdini feshetmesi gerektiği belirtilmektedir. Mal sahibinin hâkime başvurmadan direk akdi feshetme hakkı yoktur.²⁹⁷

²⁹⁴ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/111.

²⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/613.

²⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/616; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/112.

²⁹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/616-617; Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/113.

2.1.2. Taşınır mallar (urûz)’ın Kiralanması

Mecelle’de urûz kavramı “*Urûz arazın cem’i olup nukud ve hayavanattan ve mekîylât ve mevzûnattan başka olan metâ ve kumaş emsali şeylerdir.*”²⁹⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Mecelle’de taşınır mallar (urûz)’ın kiralanması konusu altıncı babın ikinci faslında yer almaktadır. Bu bölümde taşınır mallar olarak çevirdiğimiz uruz mallar ile ilgili belirli kaidelerden sözedilmiştir. Bu kurallardan ilki 534. maddede ifade edilen “*Belirli bir süre için belli bir bedel karşılığında elbise, silah, çadır ve benzeri taşınır mallar kiralanabilir.*” kuralıdır ki bu madde çerçevesinde elbise, silah, çadır, kâğıt, tencere ve benzeri taşınır mallar belirli bir süre için belli bir bedel karşılığında kiralanabildiğidir. Dikkat edilirse elbise, silah ve çadır gibi mallar urûz kapsamında ele alınmıştır. Taşınır mallarda bedelin ve sürenin belirlenmesi şarttır. Eğer bu belirlilik olmazsa akid sahih olmaz. Ayrıca elbisede kimin o elbiseyi giyeceğinin, silahta da ne için kullanılacağına ifade edilmesi gerekir.²⁹⁹

Taşınır mallarda bedelin ve sürenin belirlenmesi şartı ile beraber 535. maddede “*Bir kimse bir yere gitmek üzere kiraladığı elbisenin ücretini, o yere gitmeyerek elbiseyi evinde giyinirse veya hiç giyinmezse bile, ücretini ödemek zorundadır.*” denilerek konu örneklenerek izahatı yapılmıştır. Kişi bir yere gitmek üzere kiraladığı elbisede o yere gitmeyerek elbiseyi evinde giyse veya hiç giymezse bile, elbisenin ücretini ödemek zorundadır. Eğer bu durumda telef olursa yinede tazminat değil elbisenin ücretini öder. Mecelle’nin 470. maddesinde de belirtildiği gibi menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekmektedir. Burada da elbiseyi kabz ettiği için menfaatinden yararlanmaya muktedirdir ister istifade etsin isterse de etmesin fark etmez. Fakat eğer evinde giyinmek üzere bir elbise kiralarsa ve bu elbiseyi başka yerdede giyinme imkânı yoksa telef olma durumunda tazminatını ödemesi gerekir.³⁰⁰

Mecelle’de taşınır mallara örnek olarak verilen elbisenin kiralanması konusunda taşınır mallar için geçerli olan kuralların izahı yapılmaktadır. Mecelle’de

²⁹⁸ Mecelle, 131. madde

²⁹⁹ Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, 2/347; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-Râik*, 7/522; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/619; Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/113; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/200.

³⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/620.

genellikle bu yöntem uygulanmakta ve örnek üzerinden konuda geçerli olan kurallar izah edilmektedir. Bu çerçevede 536. maddede “*Bir kimse kendisi giyinmek için bir elbise kiralarsa, kiraladığı bu elbiseyi başkasına giyindiremez.*” denilerek taşınır mallar kiralandığında kiralanın bu malın başkasının kullanımına verilemeyeceği belirtilmiş olmaktadır. Bir kimse kendisi giyinmek için bir elbise kiralarsa, kiraladığı bu elbiseyi başkasına İcâreye veya İlâreye veyahut başka bir şekilde veremez.³⁰¹ Çünkü Mecelle’nin 427. maddesinde belirtildiği gibi “*Kullanıcısının değişmesiyle kullanım şekli değişebilen her şeye konulan sınırlama geçerli olur.*”. Burada da elbiseyi başkasının giymemesi şartı geçerlidir. Nitekim insanların giyimleri farklılık göstermektedir.³⁰²

Genel olarak elbise kiralanmasında üç ihtimal vardır. Bu ihtimallerin ilki giyecek kişi hakkında susulması, yani giyecek kişinin tayin edilmemesidir. Bu ihtimalde İcâre akdi fasittir. İkinci ihtimal giyecek kişinin tayin edilmesidir. Üçüncü ihtimal ise giyecek kişide ta’min (umumilik/genelleme) yapılmasıdır. İkinci ve üçüncü ihtimal ise sahih olan icâredir.³⁰³

Mecelle’nin bu maddesi ve 427. maddesi alt işveren sözleşmesinde³⁰⁴ işçinin izninin gerekli olduğu konusunda delil gösterilebilir.³⁰⁵

Mecelle’de huliyyât denilen süs eşyalarında taşınır mallar kapsamında ele alınmıştır. 537. maddede “*Süs eşyaları (huliyyât/ altın, yakut, zümrüt, gümüş gibi zînet eşyaları) elbise gibidir.*” denilerek elbise gibi süs eşyalarının taşınır mallar oldukları ve elbise için geçerli olan kuralların süs eşyaları içinde geçerli olacağı ifade edilmiştir. Süs eşyalarının İcâre edilmesinin hükmü elbisenin İcâre edilmesindeki hükümle aynıdır. Zira süs eşyalarında elbiseler gibi kullanıcısının değişimiyle farklılık gösterir. Süs eşyalarının kullanımının hükmüyle ilgili olarak örneğin elmas ve incinin

³⁰¹ el-Merginânî, *el-Hidâye*, 6/284; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/621; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/201.

³⁰² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/621.

³⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/621.

³⁰⁴ 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkilerini belirleyen yönetmeliğin 3. maddesinde alt işveren “*Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları*” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁰⁵ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 89.

kullanım amacıyla kiralanması caizdir. Bir kadın süslenmek için ziynet eşyası kiraladığında o eşyayı başkasına kullandıramaz. Çünkü kullanıcısının değişimiyle malın kendisinde bir değişim meydana gelir. Yani her kişinin kullanım koşulları ve kullanım şekli aynı değildir. Bundan ötürü telef olduğu durumda tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu durumda kullanıcının belli edilmesi fayda verir.³⁰⁶

2.1.3. Hayvanların Kiralanması

Kiralanın şeyin (me'cur) türleri ve hükümleri ile ilgili olan Mecelle'nin ikinci kitabının altıncı babında üçüncü olarak hayvanların kiralanmasından söz edilmektedir. İlk olarak 538. maddede hayvan kiralamanın caiz olduğundan söz edilmiştir. *“Belirli bir hayvanı kiralamak üzere bir sözleşme yapmak sahih bir işlem olduğu gibi belirli bir yere götürmek üzere bir hayvan kiralayıcısı (mükâri, kiraya veren) ile İcâre akdi yapmak da sahih bir işlemdir.”* sözleriyle taşıma veya binmek için belli bir hayvanı kiralamanın caiz olduğu ifade edilmiştir. İslam hukukunda da hüküm böyledir.³⁰⁷

Bu kiralama işleminde hayvanın bizzat kiracıya teslim edilmesi gerekmektedir. Kiracı dışında birisine teslim edilmesi caiz değildir. Üzerine akid yapılan hayvandan başkası teslim edilirse ücret ödenmesi gerekmez. Belirli bir yere götürmek üzere bir hayvan kiralayıcısı ile İcâre akdi yapmaktan kasıt gidilecek yerin tayin edilmesiyle beraber yine de hayvanında belli edilmesidir. Yani gidilecek yer belirlenmek ile beraber gidecek hayvanında belirlenmesi gerekir.³⁰⁸

Daha sonraki maddelerde ise hayvan kiralanmasının hükümleri beyan edilmektedir. Bu çerçevede 539. maddede *“Şu yere kadar denilerek belirli bir binek hayvanı kiralanır ve bu hayvan yolda halsiz bir duruma düşerse kiracı iki durum arasında muhayyer olur. Dilerse hayvan kendine gelinceye kadar bekler, dilerse de İcâre akdini fesheder. İcâre akdini feshettiği durumda geldiği yere kadar olan mesafenin sözleşme ücretindeki payı ne kadar ise onu mal sahibine öder.”* denilmiş ve kiralanın binek hayvanı yolda veya yola çıkmadan önce halsiz bir duruma düşerse

³⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/622.

³⁰⁷ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/522; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/623.

³⁰⁸ Ali Haydar, *Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/623.

kiracı hayvan kendine gelinceye kadar beklemek veya İcâre akdini feshetmek arasında muhayyer olduğu ifade edilmiştir. Kiracının hayvan sahibinden yeni bir hayvan isteme hakkı yoktur. Zira akid o belirlenen hayvan üzerine yapılmıştır. İcâre akdini feshettiği durumda ise geldiği yere kadar olan mesafenin sözleşme ücretindeki payı ne kadar ise onu mal sahibine öder. Fakat kiracı İcâre akdini feshetmeyip hayvanı yüksüz olarak gideceği yere boşta götürürse yinede kira ücretini tam ödemek zorundadır.³⁰⁹

Yol ücreti mesafenin uzaklığı ile ilgili olmayıp bilakis yolculuk sırasındaki zorluk ve sıkıntıyla ilintilidir. Örneğin kat edilen mesafe tüm yolun yarısı kadar ise ücretin yarısı ödenmez. Bilakis kat edilen mesafenin zorluk ve sıkıntıları tüm yola nispetle tespit edilerek ücretlendirme yapılır.³¹⁰

Belli bir yere yük götürmek üzere belirsiz bir binek hayvanının kiralanması durumunda, hayvan yolda bitap bir duruma düşmüş kalmışsa bu durumda hayvanı kiraya veren kişi hakettiği ücreti alabilmek için yükü bir başka hayvana yükleyerek belirlenen yere kadar götürmek zorundadır. Çünkü burada akid mahal üzerine akdedilmiş, hayvanın kendisi üzerine akdedilmemiştir. Mahal ise kiraya verenin zimmetinde olup yükü belirlenen yere götürmekle yükümlüdür.³¹¹ Konu ile ilgili Mecelle’de 540. maddede “*Belirlenmiş bir yere şu kadar yük götürmek üzere pazarlık yapılmış ve hayvan yolda bitap bir duruma düşmüş kalmışsa bu durumda hayvanı kiraya veren yükü bir başka hayvana yükleyerek belirlenen yere kadar götürmek zorundadır.*” Hükmü beyan edilmektedir.

Rastgele belirsiz bir hayvanın kiralanması caiz değildir. Çünkü hayvanlar menfaat bakımından birbirinden farklıdır. Belirsizlik tartışma, çekişme, niza ve karışıklık sebebi olacaktır. Akidten sonra hayvan tayin edilir ve kiralayan tayin edilen bu hayvana rıza gösterirse İcâre akdi fasid halden sahih hale dönüşmüş olur. Çünkü akdi fesada uğratan bilinmezlik hali ortadan kalkmıştır.³¹² Bu hüküm Mecelle’de 541. maddede “*Rastgele bir hayvanın kiralanması caiz olmaz. Fakat*

³⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/624.

³¹⁰ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/116.

³¹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/625; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/117.

³¹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, İcâre, 1/625; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/117-118.

sözleşmeden önce bu durum belirtilmiş ve kiracı tarafından da kabul edilmiş ise sözleşme geçerli olur ve bir de âdet olduğu üzere herhangi bir türden bir binek hayvanının kiralanması da geçerli olur ve o bilindik yerleşik kurallar uygulanır.” ifade edilmiştir. Maddenin devamında “Örneğin, âdet olduğu üzere bir hayvan sahibinden belirlenmiş bir yere kadar bir beygir kiralanmış olursa, hayvan sahibi yerleşik kural gereği bir beygir ile o kimseyi belirlenmiş olan yere ulaştırmak zorundadır.” denilerek konu örnekendirilmiş ve âdet olduğu üzere herhangi bir türden bir binek hayvanının kiralanmasının sahih olduğu ifade edilmiştir. Bu tür İcârede yerleşik/mutad kurallar uygulanır. Örneğin, âdet olduğu üzere bir hayvan sahibinden belirlenmiş bir yere kadar bir beygir kiralanırsa, hayvan sahibi yerleşik kural gereği yani içinde yaşanılan toplumda genel olarak kullanılan türde bir beygirle o kimseyi belirlenmiş olan yere ulaştırmak zorundadır.³¹³

Hayvan kiralanmasında gidilecek mesafenin uzaklığının tam olarak belirtilmesi gerekmektedir. Muğlak ifadeler yeterli değildir. Konu ile ilgili Mecelle’nin 542. maddesinde “İcâre akdinde Sancak ve Vilâyet gibi bir bölgenin ismiyle uzaklık mesafesini belirlemek yeterli değildir. Eğer o bölgenin ismi aynı zamanda bir şehrin ismi olarak kullanılıyorsa bu durumda sözleşme geçerli olur.” Hükmü beyan edilmiş ve maddenin devamında “Örneğin, Bosna’ya kadar yahut Arabistan’a kadar diyerek hayvan kiralamak geçerli bir sözleşme olmayıp, varılacak şehir veya kasaba veya beldenin belirtilmesi gerekir. Fakat Şam kelimesi bir bölgenin ismi olduğu gibi Dimeşk şehrinin de Şam diye anılması âdet olduğundan Şam’a kadar diyerek hayvan kiralansa bu şekilde yapılan İcâre akdi geçerli olur.” cümleleriyle konu örneklenmektedir. İcâre akdinde vilâyet gibi bir bölgenin ismiyle uzaklık mesafesini belirlemek yeterli değildir. Eğer o bölgenin ismi aynı zamanda bir şehrin ismi olarak kullanılıyorsa bu durumda sözleşme geçerli olur. Bölgenin ismiyle akid yapılmış ise bu bölgenin en yakın beldesi esas alınarak mesafe hesap edilir ve ecr-i misil ödenmesi gerekir. Bu ecr-i misil belirlenmiş olan ecr-i müsemmayı da geçmemelidir.³¹⁴

³¹³ Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm, 1/625.

³¹⁴ Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm, 1/626.

Hayvan kiralınması sırasında řu yere kadar denilerek bir hayvan kiralınması ve o yer ile aynı ismi taşıyan iki veya daha fazla sayıda beldenin bulunması halinde bu akid fasıdtır. Zira gidilecek yer konusunda belirsizlik vardır. Beldelerden hangisine gidilirse gidilsin bu akid dolayısıyla ecr-i misil ödenmesi gerekir.³¹⁵ Mecelle'nin 543. maddesinde “*řu yere kadar denilerek bir hayvan kiralınması ve o yer ile aynı ismi taşıyan iki beldenin var olması halinde hangisine gidilirse gidilsin ecr-i misil ödemek gerekir. Örneğın, İstanbul'dan Çekmece'ye kadar bir hayvan kiralınmış fakat Büyük veya Küçük Çekmece diye belirtilmemişse bunlardan hangisine gidilirse gidilsin, gidilen mesafeye göre ecr-i misil ödemek gerekir.*” denilmekte ve konu örneğıyle beraber izah edilmektedir.

Mecellede 544. maddede “*Bir beldeye kadar bir hayvan kiralındığında kiracıyı o beldedeki evine kadar götürmek gerekir.*” şeklinde hüküm beyan edilmekte ve hayvan kiralınması sırasında kiracının o belde bulunan evine kadar götürülmesi gerektiğı ifade edilmektedir. Kıyasa göre kişinin beldenin girişine kadar götürülmesi gerekmektedir. Fakat Mecelle'nin bu maddesinde istihsanen örf ve âdete uygun olarak evinin kapısına kadar götürülmesi daha doğru bir yaklaşım olarak karşımıza çıktı. Kiracı evi olarak belirttiğı bir haneye kadar götürölüp fakat vardıktan sonra burası benim evim değıl diyerek başka yeri gösterirse bu durumda, gösterdiği yeni yere kadar götürölmez. Çünkü ilk yere varmakla İcâre akdi sona ermiştir.³¹⁶

Belli bir yere sadece gitmek veya gidipte dönmek üzere bir hayvan kiralınmış olan kimse, hayvanı kiraya verenin izni olmaksızın o yerin ilerisine geçemez. Çünkü akid belirlenen menfaat üzere yapılmıştır. Eğer belirlenen yeri geçerse ğasıb sayılır ve sağ ve salim olarak sahibine teslim edinceye kadar kiracı o hayvandan sorumlu olup gidişte veya dönüşte hayvan telef olursa kiracı hayvanın bedelini tazmin etmesi ve ecr-i müsemmayı yani İcâre akdi sırasında belirlenen ücreti de ödemesi gerekir.³¹⁷ Bu konu ile ilgili Mecelle'nin 545. maddesinde “*Belli bir yere gitmek üzere bir hayvan kiralınmış olan kimse, hayvanı kiraya verenin izni olmaksızın o yerin ilerisine geçemez. Eğer geçerse sağ ve salim olarak sahibine teslim edinceye kadar kiracı o*

³¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/626.

³¹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/627; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/119.

³¹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/627.

hayvandan sorumlu olup (daman) gidişte veya dönüşte hayvan telef olursa kiracı hayvanın bedelini ödemesi zorundadır.” hükmü yer almaktadır.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf göre ücret ancak belirlenen mesafe hakkında sözkonusu olmaktadır. Belirlenmeyen, daha sonra eklenen mesafe hakkında ücret sözkonusu olamaz. Bu durumda tazminat ödenmesi gerekecektir.³¹⁸

Mecelle bu maddede Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’ın görüşüne göre değil diğer Hanefî fakihlerin görüşüne göre hareket etmiş ve tazminat ödenmesi gerekmediğine hükmetmiştir. Mecelle’nin 596. maddesinde geleceği üzere sahibinin izni olmaksızın bir malın bir kimse tarafından kullanılması gasp olarak kabul edildiğinden elde edilen faydadan dolayı kişinin bir ödeme yapması gerekmemektedir.³¹⁹

Şâfiî bu kişinin mesafenin ücretini de, bu mesafenin dışında aştığı miktarın ecr-i mislinin ücretini de ödemesi gerektiğini belirtmektedir. Binek hayvanının telef olması durumunda da kıymetinin ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tâbiîn döneminde yaşamış Medineli yedi fakih olan fukaha-i seb’a da bu konuda aşağı yukarı aynı görüştedirler. Onlara görede belirlenen mesafeye ulaştıktan sonra daha ileriye gidecek olunursa, hayvan herhangi bir zarar görmezse, fazla mesafenin kirasının ödenmesini, hayvan telef olursa da tazminatının ödenmesi gerektiğini belirtirler.³²⁰

İmam Ahmed, İshak, Ebu Sevr ve Muhammed b. el-Münzir en-Nîsâbü’rî ise bu durumda hem kira, hem tazminat ödenmesi gerektiğini savunurlar.³²¹

Belirli bir yere gitmek üzere bir binek hayvanı kiralanması halinde kiracı o hayvan ile belirlenmiş yer dışında velevki akdedilen yerden daha yakın bile olsa başka yere gidemez. Eğer gider ve hayvan telef olursa hayvanı gasb etmiş sayılır ve tazminatını ödemek zorundadır.³²² Mecelle’nin 546. maddesinde konu izah edilmekte ve belirtilen hüküm örneklenmektedir. Mecelle’nin 546. maddesi ve verilen örnek şu şekildedir: “*Belli bir yere gitmek üzere bir binek hayvanı kiralanırsa kiracı o hayvan*

³¹⁸ es-Serahsî, *el-Mebsut*, 15/113.

³¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/628.

³²⁰ ez-Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslamî ve Edilletüh*, 4/215.

³²¹ ez-Zuhaylî, *a.g.e.*, 4/275.

³²² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/629.

ile belirlenmiş yer dışında başka yere gidemez, giderse hayvanın telef olması halinde sorumlu olur. Mesela Tekfur dağına gitmek üzere kiraladığı bir hayvan ile kiracı İslimye'ye gitse ve kiralanan hayvan telef olsa kiracı tazmin bedelini ödemek zorundadır.”

Belli olan bir yere gitmek üzere bir hayvan kiralanmış ve o yere giden birden çok yol bulunuyorsa kiracı bu yollardan dilediğini tercih edebilir. “*Belirlenen bir yere gitmek üzere bir hayvan kiralanmış olup ve o yere giden birden çok sayıda yol bulunsa kiracı bu yollardan istediğini tercih edebilir.*” Şeklinde hüküm beyan edilen 547. maddenin devamında “*Ve hayvan sahibi gidilecek yolu tayin etmiş olduğu halde kiracı başka bir yoldan gitmiş ve hayvan yolda telef olmuşsa, kiracının tercih ettiği yol hayvan sahibinin belirlediği yoldan daha dolaşık ve sarp ise bedelinin ödenmesi gerekir. Eğer eşit hatta daha kolay bir yol ise ödeme yapması gerekmez.*” denilmekte ve hayvan sahibi gidilecek yolu tayin etmiş ve kiracı belirlenen yoldan başka bir yoldan gitmiş ve hayvan yolda telef olmuşsa bu durumda bakılacağı beyan edilmektedir. Eğer kiracının tercih ettiği yol hayvan sahibinin belirlediği yoldan daha dolaşık ve sarp ise tazminatının ödenmesi gerekir. Zorlukta eşit hatta daha kolay bir yol ise bu durumda bir ödeme yapması, tazminat ödemesi gerekmez.³²³

Kiracının kiraladığı hayvanı belirlenen süreden daha uzun süre kullanması ile ilgili olarak 548. maddede “*Kiracı belli bir süre kullanmak için kiraladığı hayvanı belirlenen süreden daha uzun bir süre kullanamaz, eğer kullanır ve hayvan elinde telef olursa bedeli ödemek zorundadır.*” Hükümü yer almaktadır. Bu madde çerçevesinde kiracının kiraladığı hayvanı belirlenen süreden daha uzun süre kullanma hakkı yoktur. Eğer kullanır ve hayvan elinde telef olursa tazmin bedelini ödemek zorundadır. Bu madde ileride gelecek olan kiracının kiralanan maldan İcâre akdinin sona ermesiyle beraber elini çekmesi gerektiği ile ilgili olan 591 ve 592. maddelerindeki kuralların örneklemesidir.³²⁴

Binilmek için kiralanan binek hayvanına binecekkişi ile ilgili olarak genelleştirme yapılabilir. Bu konuda 549. maddede “*Bir binek hayvanının belli bir şahsın binmesi için kiralınması sahih/düzgün bir işlem olduğu gibi genelleyerek*

³²³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/630.

³²⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/631.

dilediğini bindirmek üzere kiralanması da sahihtir.” hükmü yer almaktadır. Mecelle’de daha önce belirtilen 453. maddede genel kuralının belirtildiği üzere binek hayvanının belli bir şahsın binmesi için kiralanması (tahsis) sahih olduğu gibi genelleyerek (ta’min) dilediğini bindirmek üzere kiralanması da sahihtir.³²⁵

Binilmek için kiralanın binek hayvanına yük yükletilemez. Konu ile ilgili Mecelle’nin 550. maddesinde “*Binilmek için kiralanın binek hayvanına yük yükletilemez. Ve yük yükletilip de hayvan telef olursa hayvanın bedeli ödenmelidir. Ama bu durumda ayrıca ücret ödenmez.*” hükmü yer almaktadır. İsterse bu yük binecek kişiden daha ağır veya eşit veyahut daha hafif olsun bu hüküm değişmez. Yük yükletilip de hayvan telef olursa hayvanın ücretinin tazmin edilmesi gerekir. Zira izinsiz olduğu için ğasb hükmündedir. Bu durumda ayrıca ücret ödenmez.³²⁶

Hanefiler’e göre, ücret ile daman bir arada olamaz.³²⁷ Aynı zamanda menfaatler tazmin edilmez. Bu madde daha sonra menfaatlerin mal kabul edilmesiyle değişmiştir. Ta’dil komisyonu bu maddedeki ücret ile tazminin yanyana gelmemesi durumunu değiştirmiş ve tazmin ile beraber ecr-i misil ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu çerçevede 550. maddeyi “*Rukûb için istikra olunan hayvana yük yükletilemez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa daman lâzım geleceği gibi ecr-i misil dahi lâzım olur.*” şeklinde değiştirerek tazmin ile beraber ecr-i misil ödenmesi gerektiği şeklinde hükmü beyan etmiştir.³²⁸

Fakat yük taşımak için kiralanın hayvana ileride 558. maddede geleceği üzere binilebilir. Zira daha önce 426. maddede de belirtildiği gibi İcâre akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin benzerini veya daha aşağısını yapabilir, ama daha üstüne (ma fevkîne) geçemez. Bu durumda üzerine binilmek, üzerinde yük taşımaktan daha hafif bir iştir.³²⁹

Ayrıca ta’dil komisyonu bu maddeye kimi maddeler eklemiştir. Yapılan bu eklemeler ve ta’dil komisyonunun bu ekleri yapmasındaki sebepler şöyle sıralanabilir.

³²⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/632.

³²⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/633.

³²⁷ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/176; Mecelle 86. madde

³²⁸ *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 906 vd.

³²⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/633.

Eklenen ilk madde “*Müste’cir, isticar eylediği hayvanı imsak edüb istifay-ı menfaat etmese ücret lâzım gelir.*” şeklindedir. Yani kiracının kiraladığı hayvanı kullanmasa dahi sadece yanında tutmuş olması ücret ödemesini gerektirir. Bu madde de daha önce geçen 471. maddenin ta’dil sebebi olan mûcirin zarara uğramasını engellemek maslahatına binaen buraya eklenmiştir.³³⁰

Eklenen diğer madde de şöyledir: “*Yükün nev’i ve mikdarı zikr ve beyan olunarak isticar olunan hayvana o nev’den fazla yük yüklenildiği hayvana nazar olunur; hayvan sahibi beraber değil ise, ecr-i müsemma ile beraber fazla için ecr-i misil ve hayvanın telefı halinde kıymetinin tamamen zamanı lâzım gelir. Amma hayvan sahibi beraber olub da fazladan haberdar olmadığı takdirde yine ecr-i müsemma ile beraber ecr-i misil ve hayvanın telefı halinde yalnız kıymetinden fazlaya isabet eden hesabın zamanı lâzım gelir. Hayvan sahibi beraber ve fazlaya muttali olduğu halde fazla için ecr-i misil ve telef halinde zaman lâzım gelmez.*”

Ta’dil komisyonu bu maddede konunun daha iyi anlaşılması için yine Hanefi mezhebi çerçevesinde örneklendirme yapmıştır. Yükün tür ve miktarı belli edilerek kiralanan yük hayvanına daha fazla yük yüklenmesi durumunda eğer hayvan sahibi beraber değilse belirlenen ücret ile beraber fazla yük için ecr-i misil ödenmesi gerektiğini, bu durumda hayvan telef olursa tam olarak tazmin edilmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Eğer hayvan sahibi beraber ise ve yüklenen fazla yükten haberdar değil ise belirlenen ücret ile beraber ecr-i misil ve hayvanın telef olması halinde de kıymetinden fazlasına denk gelen hesabın tazminini yapmalıdır. Hayvan sahibi beraber ve yüklenen fazla yükten haberdar ise bu durumda ecr-i misil ve hayvanın telef olması halinde de tazmin gerekmez.³³¹

Mecelle’nin 551. maddesinde “*Belirli bir adamın binmesi için kiralanan hayvana bir başkası bindirilemez, başkası bindirilir ve hayvan telef olursa hayvanın bedelinin ödenmesi gerekmektedir.*” şeklinde hüküm beyan edilmiştir. İslam hukukunda genel olarak belirli bir kişinin binmesi için kiralanan hayvan hakkında;

1- Başkası üzerine bindirilemez.

³³⁰ Ceride-i Adliyye, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 905 vd.

³³¹ Ceride-i Adliyye, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 906 vd.

- 2- Başkasına lâre verilemez.
- 3- Başkasına vedâ olarak bırakılamaz.
- 4- Başkasına arkasına fazladan ikinci kişi olarak bindiremez. Eğer başkası bindirilir veya başkasına lâre veya vedâ olarak verilir ve hayvan telef olursa hayvanın tazmin bedelinin ödenmesi gerekmektedir.

hükümleri geçerli olmaktadır.³³²

Yine 552. maddede “*Bir kimse dilediği kimseyi bindirmek üzere kiraladığı bir binek hayvanına dilerse kendisi biner dilerse bir başkasını bindirebilir. Fakat ister kendisi binsin, isterse de bir başkası bindirsin, amacını ta'yin (belirlemek) ve tahsis (özelleştirme, has kılma) etmeli ve bundan sonrasında başkasını bindirmemelidir.*” Hükmü çerçevesinde bir kimse dilediği kimseyi bindirmek şeklinde üzerine ta'mim ederek kiraladığı bir binek hayvanına dilerse kendisi biner dilerse bir başkasını da bindirebilir. Başkasını lâre veya îcâre etmek yoluyla bindirmek istediğinde Mecelle'nin 64. maddesi çerçevesinde takyid ile ilgili bir emare olmadığında ta'mime hükmedildiğinden başkasını da bindirme hakkı vardır. Fakat ister kendisi binsin, isterse de bir başkasını bindirsin, amacını ta'yin (belirlemek) ve tahsis (özelleştirme, has kılma) etmeli ve bundan sonrasında başkasını bindirmemelidir. Yani akid sırasında ta'mim veya tahsis yaptığını açık açık belirtmelidir.³³³

Mecelle'nin 553. maddesinde “*Binmek üzere bir hayvan kiralandığında kimin bineceği belirtilmediği gibi dilediğini bindirmek üzere denilip te ta'mim (genelleştirme) yapılmadığı sürece sözleşmesi fasit (geçersiz) olur.*” hükmü yer almaktadır. Bu akid mahkemeye intikal ettiğinde hâkim bu sözleşmenin feshedilmesine hükmeder. Sözleşmenin feshinden önce kimin bineceği ta'yin ve beyan edilirse bu durumda maddenin devamında geçen “*Fakat sözleşmenin feshinden önce ta'yin ve beyan edilirse sözleşme sahih/geçerli hale dönüşür. Ve bu şekilde dahi binmesi belirlenen kişiden başkası o hayvana binemez.*” hükmü gereği sözleşme sahih hale dönüşür ve belirlenen ecr-i müsemmanın ödenmesi gerekir. Bu durumda

³³² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/634.

³³³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/637.

bile binmesi belirlenen kişiden başkası o hayvana binemez. Eğer başkası binerse ğasb olarak kabul edilir ve tazmin edilmesi gerekir.³³⁴

Yük taşımak için hayvan kiralınmasında semer, ip ve çuval ile ilgili olarak 554. maddede “*Yük taşımak için hayvan kiralınması halinde semer, ip ve çuval ile ilgili o beldede geçerli örf ne ise o örf e göre uygulama yapılır.*” denilmekte ve o beldede geçerli örf ne ise o örf e göre uygulama yapılacağı ifade edilmektedir. Yani bunların hazırlanması o beldede genellikle kiralayana aitse kiralayan bu malzemeleri hazırlar. Aksi halde kiralayandan talep edilemez.³³⁵

Yine yükün miktarı belirtilmeden veya işaret ile belirlenmeden yapılan hayvan kiralınmasında yükün miktarı konusunda 555. maddede “*Yükün miktarı belirtilmeden veya işaret ile belirlenmeden yapılan hayvan kiralınmasında miktar örf ve âdete göre belirlenir.*” hükmü belirtilerek bu konuda geçerli örf ve âdete göre hüküm verileceği beyan edilmektedir. Eğer örf e uygun bir miktarda yük yüklenmiş ve hayvan yine de telef olmuşsa tazmin edilmesi gerekmez. Çünkü Mecelle’nin 91. maddesi çerçevesinde “*cevaz-ı şer’i damana münafi olur*” yani şer’i kurallar içerisinde bir eylem gerçekleşmesi durumunda oluşacak zararda tazmin gerekmez.³³⁶

Kiralanan hayvanın dövülebilmesi konusunda Ebû Hanîfe’ye göre kiracı kira hayvanını sahibinin izni olmadan asla dövemez. Çünkü hayvan gidilecek yere dövmeden de götürülebilir. Eğer sahibinin izni olmadan döver ve dövme sebebiyle hayvan telef olursa kıymetinin tazmin edilmesi gerekmektedir. Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre ise normal bir dövme ile kiracı hayvanı dövebilir. Eğer normal dövme yi aşarsa tazmin edilmesi gerekir. Mecelle’de bu konuda yer alan 556. maddede “*Kiracı, kira hayvanını sahibinin izni olmadan dövemez, döver ve dövme sebebiyle hayvan telef olursa, bu durumda bedelini ödemek zorundadır.*” kuralı yer almaktadır. Görüldüğü üzere Mecelle bu konuda Ebû Hanîfe’nin görüşünü tercih etmiştir.³³⁷

³³⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/637-638.

³³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/638.

³³⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/639.

³³⁷ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/182; Buhûti, *Keşşâfü’l-Kınâ’*, 4/37; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/639.

Kiralanen hayvanın dövülebilmesi için sahibinin izin vermiş olması durumu hakkında ise 557. maddede “*Kiralanen hayvanı dövmek için sahibi izin vermiş ise, bu durumda kiracı ancak vurulması âdet olan yerlerine darbe vurabilir. Ve eğer vurulması âdet olan yerlerden başka bir yerine örneğin kalçasına vuracağına, başına vurur ve hayvan da bu yüzden telef olursa bu durumda bedelini ödemek zorundadır.*” hükmü yer almaktadır. Kiralanen hayvanı dövmek için sahibi izin vermiş ise, bu durumda kiracı ancak vurulması âdet olan yerlerine darbe vurabilir. Ve eğer vurulması âdet olan yerlerden başka bir yerine örneğin kalçasına vuracağına, başına vurur ve hayvan da bu yüzden telef olursa bu durumda tazmin bedelini ödemek zorundadır. Fakat akid sırasında âdet olan yer dışındaki bir organına örneğin başına vurabileceğine dair izin almışsa tazmin bedelini ödemek zorunda değildir. Çünkü izin alındıktan sonra kiracının darbesi sahibinin darbesi gibidir. Nasıl ki sahibinin vurmasında dolayı hayvanın telef olmasında tazminat gerekmiyorsa bu durumda izin alan kiracısında darbesinden dolayı tazminat gerekmemektedir.³³⁸

Mecelle’nin 558. maddesinde “*Yük taşımak için kiralanmış olan hayvana binilebilir.*” denilerek yük yüklemek için kiralanmış olan hayvana binilebileceği ifade edilmektedir. Zira binmek yük yüklemekten daha hafif bir iştir ve daha az zarar oluşturur. Mecelle’nin 426. maddesinde belirtildiği üzere İcâre akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kişi o menfaatin benzerini veya daha aşağısını yapabilir ama daha üstüne çıkamaz. Bu durumda bir tazminde gerekmez. Bunun tersi bir durum 550. maddede ifade edilmişti.³³⁹

Konu ile ilgili olarak Mecelle’nin 559. maddesinde “*Yükün türü ve miktarı bildirilip beyan edilerek yapılan hayvan kiralamasında zorlukta ona benzer veya ondan daha az zor olan diğer bir tür yük hayvana yükletilebilir. Ama zorluğu daha fazla olan bir yük yükletilemez.*” denilmekte ve maddenin devamında “*Örneğin, bir kimse beş kile buğday yükletmek için kiraladığı binek hayvanına kendisinin veya başkasının olsun ve hangi türden olursa olsun beş kile buğday yükletebileceği gibi beş kile arpa da yükletebilir. Fakat beş kile arpa yükletmek için kiraladığı yük hayvana beş kile buğday yükleyemez. Nasıl ki yüz okka pamuk yükletmek üzere*

³³⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/640.

³³⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/640.

kiralanan hayvana yük okka demir yükletilemediği gibi.” denilerek belirtilen hüküm örneklenmektedir. Mecelle’nin 426. maddesinde işçiler için belirtilen bu hüküm bu maddede yük hayvanları içinde konulmuştur. Bu çerçevede İcâre akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin benzerini veya daha aşağısını yapabilir, ama daha üstününe çıkamaz. Mecelle, İcâre akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kişinin, bu menfaatten aynen ya da daha aşağı derecede yararlanabileceğini, fakat daha fazlasıyla yararlanmasının mümkün olmadığını ortaya koymuştur.³⁴⁰

Kiraya verilen hayvanın sırtındaki yükü indirmek konusunda Mecelle’nin 560. maddesinde “*Kiraya verilen hayvanın üstündeki yükü indirmek hayvanı kiraya verene aittir.*” denilerek kiraya verilen hayvanın üstündeki yükü indirmenin hayvanı kiraya verene ait olduğu ifade edilmektedir. Zira nakil ve teslim işin tamamlayıcı unsurlarıdır. Yükün içeri taşınması ile ilgili açıklama ise daha sonra gelecek olan 585. maddede muhayyerlik konusunda ele alınacaktır.³⁴¹

Kiraya verilen hayvanın bakımının kime ait olduğu ile ilgili olarak Mecelle’nin 561. maddesinde “*Kiraya verilen hayvanın bakımı kiraya verene aittir.*” denilmekte ve maddenin devamında “*Örneğin, kiraya verilen binek hayvanının yemi ve sulaması bineğin sahibine aittir. Fakat onun izni olmaksızın kiracı hayvana yem verirse, verdiği yem bağış sayılır, sonra hayvanın sahibinden bedelini talep edemez.*” denilerek konu örneklenmektedir. Kiraya verilen hayvanın bakımı ile ilgili durumlar ister ücret nakdi olsun isterse de borç olsun farketmez kiraya verene aittir. Zira kiralanan hayvan hala kiraya verenin mülküdür. Kiracı hayvan sahibinin izni dâhilinde olmadan hayvana yem verirse, verdiği yem bağış sayılır. Daha sonra hayvanın sahibinden bedelini talep edemez.³⁴²

2.2. İCÂRE AKDİ’NDE ÜCRET

Hanefî, Şafîi, Malikî ve Hanbelî mezheplerinin tümüne göre İcâre akdinin rukunlarından biri olan ücret konusu Mecelle’de İcâre Kitabının üçüncü bölümünde kaleme alınmıştır. Üç fasıl halinde kaleme alınmış olan ücret meselesinde özet olarak şu konulara değinilmektedir:

³⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/641.

³⁴¹ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/131.

³⁴² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/646.

1. Alış-verişte semen, bedel olmaya uygun olan herşey İcâre akdinde ücret olmaya uygundur. Ayrıca alış-verişte semen olmaya uygun olmadığı halde İcârede ücret olmaya uygun olan şeylerde vardır.
2. İcâre akdinin ücreti nakit ve mevcut ise işaret yoluyla belirlilik kazanır, fakat o an mevcut değilse vasıf ve miktarının beyan edilmesiyle belirlilik kazanır.
3. İcâre akdinin ücreti taşınır mallardan (uruz) belirlenmiş ise cinsi, çeşidi, vasfı ve miktarının beyan edilmesiyle belirlilik kazanır.
4. İcâre akdinin ücreti taşınmaz mallardan (akar) belirlenmiş ise mevcut mekânda teslim edilir. Eğer amel cinsinden ise işçinin bulunduğu mekânda ameli ile ücret olarak ödenir.³⁴³

Bu bölümde ilk olarak Mecelle'deki sistematik çerçevesinde İcâre akdi'nde ücret olabilecek şeylerden söz edecek daha sonra da ücretin ödenmesinin gerekliliği ve kiralayanın ücrete hak kazanım hallerinden söz edeceğiz.

2.2.1. İcâre Akdi'nde Ücret Olabilecek Şeyler ve Bunlara Dair Hükümler

Mecelle'de ücret konusunda ilk olarak 463. maddede “*Satım sözleşmesinde semen (kıymet, değer, tutar) olabilen şeyler İcâre akdinde kira bedeli olması uygundur. Ayrıyeten semen olmaya uygun olmayan şeyler de kira bedeli olabilir. Örneğin, bir hayvan karşılığında veya bir evde oturma karşılığında bir bostan kiralanabilir.*” cümleleriyle satış sözleşmesinde satılan malın karşılığı olarak ödenen semen, fiyat ile İcâre akdindeki ücret aynı kategoride değerlendirilir. Bunun için satım sözleşmesinde semen olmaya elverişli olan her şeyin İcâre akdinde ücret olmaya elverişli olacağı kabul edilir.³⁴⁴

Bey'te bedel olabilen şey, İcâre akdinde ücret olmaya uygundur. Fakat bunun zıddı doğru değildir. Yani İcâre akdinde ücret olabilen herşey bey'te bedel olmaya

³⁴³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/521.

³⁴⁴ İbrâhim b. Muhammed b. İbrâhîm el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, (Beyrût: Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998), 3/387; Serahsî, *Mebûsât*, 15/153. Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/231; el-Meydânî, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb*, 2/88; Kâdizâde Ahmed Şemseddin, *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr (Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadîr)*, (Beyrût: Dârü İhyâi't- türâsi'l-Arabî, 1986), 9/62; Şeyhîzâde, *Mecmâu'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, 2/369; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/521; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/57.

uygun değildir. Çünkü İcâre akdinde ücret nakit, aynı bir mal veya menfaat olabilir. Fakat menfaat bey’de bedel olmaya uygun değildir.³⁴⁵

Ücretin nakit olduğunda bu ücretin belirli olması gerekmektedir. Bu nakit o belde genellikle kullanılan nakit ne ise ondan olmalıdır. Yani ücretin nakit olarak ödeneceği durumlarda akdin yapıldığı yerde kullanılan para birimini geçerli olacaktır.³⁴⁶

Ücretin menfaat olarak ödenebileceği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır. Ebû Hanîfe bu konuda menfaatlerin aynı cinsten olmaması gerektiğini şart koşmuştur. Diğer İslam âlimlerinin çoğunluğu aynı cins menfaatler karşılığında kurulan akdin caiz olacağı görüşündedirler.³⁴⁷

Hanbelîler de bey’te semen olmaya uygun olan her şey İcârede ücret olarak verilebileceğini ve ücretin maddi bir şey olabileceği gibi başka bir menfaatte olabileceğini belirtmişlerdir.³⁴⁸

İcâre bedeli nakit olduğunda eğer akid yapılan mecliste para hazır ise miktarın belirlenmesi, ona işaret edilmesi veya müşahede edilmesi ile belirli hale gelmiş olur. Bu duruma Mecelle 464. maddede “*Kira bedeli nakit ise satış bedelinde olduğu gibi miktarının ta’yin edilmesi ile belirlenmiş olur.*” sözleriyle değinmektedir. Fakat akid meclisinde hazır değilse bu durumda Mecelle’nin 239. maddesinde de belirtildiği üzere satış bedelinde olduğu gibi miktarının yanında türünün ta’yin edilmesi ve vasıflarının beyan edilmesi ile belirli hale gelmiş olur.³⁴⁹

İcâre bedeli nakit olduğunda bey’in semen ile ilgili olan hükümleri geçerli olur. Mecelle’nin birinci kitabı olan Kitab-ül Büyu’un altıncı babının birinci faslı semenin evsaf ve ahvaline dair durumları beyan eder. 237. madde ile 244. maddeler arası bu hükümler ifade edilir. Bu çerçevede 238. maddede “*semenin malum olması*

³⁴⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/522.

³⁴⁶ el-Haskefî, *ed-Dürri’l-muhtâr*, 569; İbn Abidin, *Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr*, 1/9; İbn Rüşt, *Bidâyetü’l-Müctehid*, 2/415; Ebü’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdi, *el-Hâvi’l-kebîr*, (*el-Hâvi*). thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, 1. bsk., (Beyrût: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1994), 7/392; el-Merdâvî, *el-İnsâf*, 6/11; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/522; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/57.

³⁴⁷ Serahsî, *Mebisûl*, 15/199.

³⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 327.

³⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/523.

lazımdır.”, 239. maddede “*semenin malumiyeti meydanda müşahede ile değil ise mikdar ve vasfını beyan ile hâsıl olur.*”, 242. maddede “*semenin vasfı beyan olunarak pazarlık olunduğu surette akd her hangi nev’i nakid üzerine vaki olmuş ise ondan verilmnek lazım gelir.*” denilmekte ve bunlara dayalı olarak İcâre akdinde bedel nakit olduğunda bey’deki semen için geçerli olan bu hükümler aynıyla İcâre içinde söz konusu edilmektedir.³⁵⁰

Kira bedeli taşınır eşyalardan (uruz) veya kile ölçüsü ile ölçülebilen (mekîlât) veya tartılabilen (mevzûnât) veya taneleri arasında fark bulunmayan (adediyat-ı mütekaribe) şeylerden olduğu takdirde miktarı ile birlikte cinsinin ve vasfının da belirtilmesi gerekir. Eğer bu mallar akid meclisinde hazır değilse bunlara işaret edilmesi yeterlidir. Ama miktar, cins ve vasıf belli edilmemişse bu durumda İcâre fasid olur. Mecelle’de bu konuya 465. maddede “*Kira bedeli taşınır eşyalardan veya kile ölçüsü ile ölçülebilen veya tartılabilen veya taneleri arasında fark bulunmayan (adediyat-ı mütekaribe) şeylerden olduğu takdirde miktarı ile birlikte vasfının da belirtilmesi gerekir.*” denilmekte

Ve taşınması, yüklenmesi gereken şeylerde teslim yeri neresi ise ifa yeri de orasıdır. İfa yeri bildirilmediği zaman kiralanan eğer taşınmaz ise, o taşınmazın bulunduğu yerde, eğer iş ise işçinin işi yerine getirdiği yerde ve eğer yük ise ücretin ödenmesi gereken yerde kira bedelinin ödenmesi gerekir.

Yükleme ve diğer külfetleri (me’ûneti) bulunmayan şeylerde dilediği yerde kira bedelini ödeyebilir.³⁵¹

Bu madde ile ücretin para dışında bir şeyle ödenmesi durumunda nasıl belirli hale getirileceğine ilişkin bir hüküm konulmuştur. Yani ücretin aynı olarak ödenmesini serbest bırakmıştır. Mecellenin geçen 463. maddesinde var olan hüküm değerlendirildiğinde ücretin para, paradan başka her türlü misli mal, muayyen ve taraflarca bilinebilen gayri misli mallar, akit konusu ile aynı olmamak şartıyla menfaat ve gelirler içerisinde belirlenmesi mümkündür.³⁵²

³⁵⁰ Bkz. Mecelle, 237-244 maddeler arası hükümler; Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/58.

³⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/524.

³⁵² Şafak, “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, 117.

Taşınması, yüklenilmesi gereken kısacası yer değişimi gerektiren şeylerde teslim yeri neresi ise ifa yeri de orasıdır. İfa yeri bildirilmediği zaman kiralanan eğer taşınmaz ise, o taşınmazın bulunduğu yerde, eğer iş ise işçinin işi yerine getirdiği yerde ve eğer yük ise ücretin ödenmesi gereken yerde kira bedelinin ödenmesi gerekir. Yükleme ve diğer külfetleri (me'ûneti) bulunmayan şeylerde dilediği yerde kira bedelini ödeyebilir.³⁵³

Ebû Hanîfe ödeme yeri kararlaştırılmayan bir akdin fasit olduğu görüşündedir. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise ödeme yerini belirlemenin şart olmadığını ve ödeme yeri kararlaştırılmadığında işin görüldüğü yerin ödeme yeri olacağını dile getirmişlerdir. Mecelle de bu görüşü esas alan bir düzenleme yapmış ve ödeme yeri belirtilmediği takdirde, işin ifa edildiği yeri ödeme yeri olarak belirlemiştir. Eğer üzerine akid yapılan mal taşınmaz bir mal ise taşınmazın bulunduğu mekân ücretin teslim yeridir. Eğer ki iş akdi yapılmışsa bu durumda işin teslim yeri işin işçi tarafından yerine getirildiği yer ücretin teslim yeri olur. Fakat üzerine akid yapılan mal taşınması gerekmeyen ve ücretin teslimi için birmekan belirtilmemiş olan bir mal ise bu durumda işveren dilediği yerde ücreti teslim edebilir.³⁵⁴

Ücret para dışında da bir şey olabileceğine dair Mecelle'nin 570. maddesinde ifade edilen “*Bir köy halkı bir hoca veya imam veya müezzin kiraladığı zaman bu kişiler yerine getirdikleri hizmetlerinin karşılığını o köyün halkından alırlar.*” hükmünün açıklamasında Ali Haydar Efendi ücret mukabilinde bir köyde çocuklarına Kur'an, fıkıh vs. öğretmek, onlara namaz kıldırarak, vaaz etmek veya ezan okumak için imam veya müezzin kiralandığı zaman, yerine getirdikleri hizmetlerinin karşılığı olarak belirlenen ücreti çalıştıkları köyün halkından alabileceklerini ifade etmektedir. Eğer ücreti ödemezlerse buna zorlanırlar. Bu görüş müteahhir âlimlerin genelinin görüşüdür. Fakat Ebû Hanîfe ve ashabı bu tür bir İcâreye Kur'an öğretiminin kaybolmaması devam edebilmesi için cevaz vermemişler ve bu hizmetin zorunlu bir hizmet olup ücret karşılığı yapılmaması gerektiğini savunmuşlardır. Fakat zamanın şartlarının buna uygun olmadığı ve müteahhir

³⁵³ Serahsî, *Mebsût*, 15/29; Merginânî, *el-Hidâye*, 3/415.

³⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/525.

âlimlerin görüşünün zamana daha uygun olduğu aşikârdır. Mecelle'nin bu maddesi de bu çerçevede düzenlenmiştir.³⁵⁵

2.2.2. İcâre Akdi'nde Ücret Ödenmesinin Sebepleri ve Kiralayanın Ücrete Hak Kazanım Halleri

Ücret konusunun Mecelle'de İcâre Kitabının üçüncü bölümünde kaleme alındığını daha önce ifade etmiştik. Üç fasıl halinde kaleme alınan ücret konusunun ilk faslında ücret olabilecek şeylerden ve bunlara dair hükümlerden söz edilirken, ikinci fasılda İcâre akdi'nde ücretin ödenmesinin sebeplerine ve kiralayanın ücrete hak kazanması durumlarına değinilmiştir.

Bu fasılda ücretin ödenmesinin sebepleri konusu ile ilgili olarak ilk olarak 466. maddede “*Bir sözleşmenin şartsız olarak kurulması (akd-i mutlak) ücret ödenmesini gerektirmez. Yani İcâre akdinin sadece kurulmuş olması kira bedelinin hemen teslimini gerektirmez.*” hükmü yer alır. Bu çerçevede şartsız kurulan sözleşmede ücret ödenmesi gerekmemektedir. Gelecek bir tarihte başlamak üzere yapılmış olan icâre-i muzafe'de ve başlangıcı belirtilmemiş olan İcâre-i müneccaze'de akdin şartsız olarak kurulması yani akd-i mutlak yapılması durumunda ücret ödenmesi gerekmez. Satış akdinde bunun tersidir yani akd-i mutlakta ücret ödenmesi gerekmektedir.³⁵⁶

Şafiîlere göre ise akd-i mutlakta ücret ödenmesi gerekir. Bundan dolayı da kiracı kiralanan şeyi teslim aldığı anda ücreti ödemekle mükellef olur.³⁵⁷

Hanefîlere göre İcâre akdinin sadece yapılmış olması ücretin hemen teslim edilmesi için yeterli değildir. Ön ödeme (ta'cil), ücretin hemen ödenmesi (te'cil) veya taksitli ödenmesi gibi bir şart konulması durumunda ücret konular bu şart akid sırasında ödenmelidir. Fakat kiralanan şeyden istifade edilmeye başlandığı anda ücretin ödenmesi gerekmektedir.³⁵⁸ Konu hakkında Mecelle'nin 467. maddesinde “Ön ödeme (ta'cil)de, ödeme yapılması gerekir. Yani kiracı, ücreti önceden peşin

³⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/655.

³⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/528.

³⁵⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 3/321; Serahsî, *Mebsût*, 15/152; Merginânî, *el-Hidâye*, 3/401; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/528.

³⁵⁸ el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 3/526.

olarak öderse, kiralayan ona sahip olur, kiracı artık geriye alamaz.” Hükümü yer almaktadır. İcâre akdinde ön ödeme (ta’cil) yapılması şart koşulmuşsa bu durumda ödeme yapılması gerekir. Âlimler arasında İcâre-i münecceze’de ücretin ta’cil edilmesi ve ödenmesi gerekliliği konusunda ittifak vardır. Fakat İcâre-i muzafe’de bir kısım âlimler ödemenin gerekip gerekmediği konusunda ihtilaf söz konusudur. Mecelle’nin bu maddesiyle İcâre-i muzafe’de ödemenin gerektiği görüşünü tercih ettiği ortaya çıkmıştır. Zira 440. maddede de Mecelle, İcâre-i muzafeyi geçerli bir akid kabul etmiş ve vakt-i hululdan öncede hüküm ifade ettiğini belirtmiştir.³⁵⁹

Ücretin ödenmesini gerekli kılan durumlara bir diğer örnek te 468. maddede “Ön ödeme şartı, ücretin ödenmesini gerektirir.” sözleriyle ifade edilen ön ödeme şartıdır. Maddenin devamında “Yani, kira bedelinin önceden peşin olarak ödenmesinin şart kılınması halinde İcâre akdi ister bir malın menfaatleri üzerine, ister ise bir iş üzerine yapılmış olsun kiracının her şeyden önce kira bedelini teslim etmesi gerekir. İlk durumda kiralayan kira bedelini tahsil edinceye kadar kiralananı teslim etmekten, ikinci durumda ise işçi ücreti alıncaya kadar işi yapmaktan kaçınabilir. Her iki durumda da kiralayanın ücretin her şeyden önce ödenmesini talep etmesine rağmen kiracı ödemedede bulunmazsa İcâre akdini feshetme hakkı vardır.” denilerek hüküm izah edilerek örneklenmektedir. Ön ödeme şartı, ücretin ödenmesini gerekli kılar. Kira bedelinin önceden peşin olarak ödenmesi şart kılınmışsa İcâre akdi ister bir malın menfaatleri üzerine, ister ise bir iş üzerine yapılmış olsun kiracının her şeyden önce kira bedelini teslim etmesi gerekmektedir. Burada ücretten kasıt akid yapılırken üzerinde anlaşmaya varılan ücret yani “*ecr-i müsemma*”dır. Bundan dolayıda müste’cir (kiraya tutan, işveren) belirlenen ücret ödendikten sonra “*verdiğim miktar ecr-i misilden fazladır ve fazlalık bana geri ödenmelidir*” şeklinde bir talepte bulunamaz. Menfaat üzere yapılan İcâre akdinde kiralayan kira bedelini tahsil edinceye kadar kiralananı teslim etmekten, işçi-işveren ilişkisinde ise işçi ücreti alıncaya kadar işi yapmaktan kaçınabilir. Her iki durumda da kiralayanın ücretin her şeyden önce ödenmesini talep etmesine rağmen kiracı ödemedede bulunmazsa kiralayanın İcâre akdini feshetme hakkı vardır.³⁶⁰

³⁵⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/530, 532.

³⁶⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/531-532.

Ücretin ödenmesini gerekli kılan bir diğer durum da 469. maddede “*Menfaatin sağlanması ücretin ödenmesini gerekli kılar. Örneğin, bir yere gitmek üzere kiralanan beygire binilerek oraya varıldığında, kiraya veren ücreti almaya hak kazanır.*” sözleriyle hükmü ifade edilen menfaatin sağlanmış olma durumudur. İcâre akdinde belirtilen menfaatin kısmen veya tamamen sağlanması durumunda yapılan akdin ücretinin ödenmesi gerekir. Eğer menfaatin bütünü elde edilmişse ücretin tümünün, eğer kısmi olarak elde edilmişse elde edilen kısım kadarının ücretinin ödenmesi gerekir. Ebû Hanîfe ve İmam Zuferin menfaatin ayrıştırılmasını kabul etmediği rivayet olunur. Fakat daha sonra Ebû Hanîfe’nin bu görüşünü terk ettiği ifade edilir.³⁶¹

Kiracı veya işçi menfaate ulaştığında ücreti ödemekle mükellef olur. Bu durum bir şey satın alanın satın aldığı şeyi kabzetmesi gibidir. Kişi kiraladığı şeyi kabzettikten sonra üzerinden bir süre geçmişse isterse mal telef olsun yine de kirasını ödemekle mükelleftir. Çünkü kiralanan mal kendisinden menfaat elde edilecek süre geçtikten sonra kiracının elinde telef olmuştur. Hanbelîlerin ve İmam Şafî’nin görüşü böyledir. Ebû Hanîfe ise menfaat elde edilmedikçe ücretin gerekmediği görüşündedir. Çünkü İcâre akdi menfaate bağlı bir akittir ve süre ile ilintili kılınmamıştır.³⁶²

Bu çerçevede işçiye tatilde ücret ödenip ödenmeyeceği hususu da İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hukukçuların çoğunluğuna göre ücret çalışmanın karşılığı olup, işçinin özre dayanan veya özürsüz olarak çalışmadığı zamanlara ilişkin ücret hakkı yoktur.³⁶³

Hastalık sebebiyle çalışamayan işçiye ücret ödenip ödenmeyeceği hususunda da İslam hukukçuları ihtilaf halindedir. Çoğunluk görüşüne göre ücret çalışmanın karşılığı olduğundan işverenin işçinin hasta olduğu günler karşılığında ücret ödeme borcu bulunmamaktadır.³⁶⁴

³⁶¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/532-533.

³⁶² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 330-331.

³⁶³ Serahsî, *Mebsût*, 15/231.

³⁶⁴ Serahsî, *a.g.e.*, 15/231.

Günümüzde işçinin hastalığı işten veya işverenden kaynaklanmıyorsa bu durumda işverene ücret borcunu yüklemek doğru olmayacaktır. İşçinin mağdur olmaması için çözüm yolu sosyal sigorta güvencesinin devreye girerek hasta işçiye gerekli desteği vermesi olabilir.³⁶⁵

İcâre akdinde menfaatten faydalanmaya muktedir olunması hali ücretin ödenmesi için yeterlidir. Faydalanmanın tam olarak gerleşmesine gerek yoktur. Yalnız bu durum için İcâre akdinin sahih bir İcâre akdi olması şarttır. 470. maddede “*Geçerli/düzgün (sahih) bir İcâre akdinde menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekir.*” denilerek bu konu hükme bağlanmaktadır. Maddenin devamında da “*Örneğin, bir kimse geçerli bir sözleşme akdiyle kiraladığı bir evi teslim aldıktan sonra o evde oturmasa bile ücreti ödemesi gerekir.*” sözleriyle konu örneklenmektedir. Bu maddede kullanılan “*menfaatten faydalanmaya muktedir olmak*” cümlesi önem ifade eder. Çünkü menfaatten faydalanmaya muktedir olmak hali henüz menfaat gerçekleşmediğinde de mevcuttur. Burdan kasıt menfaat elde etmeye gücü olmak, güç yetirebilme kabiliyetidir. Sahih olan bir İcârede menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekir.³⁶⁶

Bir kimse geçerli bir sözleşme akdiyle kiraladığı bir evi teslim aldıktan sonra o evde oturmasa bile ücreti ödemesi gerekir. Kişi bir yer kiraladığında içinde oturmasa dahi kiralama süresi geçtiğinde ücretini ödemek zorundadır.³⁶⁷

Daha sonra 479. maddede “*Bir kimse bir dükkân kiralayarak teslim aldıktan sonra alış-verişte durgunluk nedeniyle işinin yürümemesi ve dükkânı bir süre kapalı kalması nedeniyle o sürenin kirasını ödemekten kaçınamaz.*” ifadesiyle Mecelle, kişinin bir dükkân kiralayarak teslim aldıktan sonra alış-verişte durgunluk yaşanması sebebiyle işinin yürümemesi ve dükkânının bir süre kapalı kalması neticesinde o sürenin kirasını ödemekten kaçınamayacağını ifade etmektedir. Çünkü 470. maddede

³⁶⁵ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 118.

³⁶⁶ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/64.

³⁶⁷ el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 3/526.

geçtiği üzere sahih bir İcâre akdinde menfaatten faydalanmaya muktedir olmak ücretin ödenmesini gerektirir.³⁶⁸

Fakat fasit İcârede akdinde menfaatten yararlanabilecek duruma gelmek ücretin gerekmesi için yeterli değildir. 471. maddede “*Bozuk (fasit) bir İcâre akdinde menfaatten yararlanabilecek duruma gelmek ücretin gerekmesi açısından yeterli olmaz, gerçek yararlanma olmadıkça ücret ödenmesi gerekmez.*” sözleriyle Mecelle konuyu hükme bağlamıştır.

Hanefî mezhebine göre, fasid bir İcârede, ücretin gerekmesi için menfaatin gerçekten de elde edilmiş olması şarttır. Bu madde de bu çerçevede kaleme alınmıştır. Fakat muaddün li'l-istiğlal olan yani kiraya verilmek için hazırlanmış olan mallar, menfaat elde edilmeye muktedir olduğu halde müste'cir tarafından kendisinden henüz faydalanılmadığı için bir ücret elde edilemediğinde mûcir zarar etmiş olur. İşte bu mefsedetin def'i için, Mecelle ta'dil komisyon bu maddeyi “*İcâre-i fasidede istifâyı menfaate iktidar ile ecr-i misil lâzım olur.*” şeklinde bir ekleme ile ta'dil etmiştir. Mecelle ta'dil komisyonunun 417. maddenin değişimi ile ilgili kaleme aldığı esbab-ı mucibede belirttiği üzere 471. maddede sözünü ettiğimiz değişimi gerçekleştirmiştir.³⁶⁹

Bu durumda ta'dil komisyonu ücretin gerekmesi için menfaate iktidarı yeterli görmüştür. Bu değişikliğin sebebi ise, mûcirin mağdur olmasını engellemek olmalıdır. Yapılan bu ta'dil çalışması ile Mecelle'nin Bey' babında geçen 371. maddeye de uygundur.³⁷⁰ Bu madde de Bey-i fasid, kabz ile hüküm ifade eder. Öyleyse İcâre-i faside de kabz ile hüküm ifade etmelidir. İcârede ma'kudun aleyh menfaat olmakla beraber, menfaatin elde edileceği aynın kabz edilmesi, menfaatin kabz edilmesi gibidir. Dolayısıyla, menfaatten faydalansa da faydalanmasa da müste'cirin o malı elinde tutmasıyla, mûcir o maldan istifade edemez ve böylece bir

³⁶⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/551; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/69.

³⁶⁹ *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 905 vd.

³⁷⁰ Mecelle 371. madde: “*Bey-i fâsid inde'l-kabz hüküm ifade eder. Yani müşteri bayiin izniyle, mebi kabzettik de âna malik olur. Binaenaleyh bey-i fâsid ile iştira olunan mebi, müşteri indinde telef olsa zaman lazım gelir. Şöyle ki, misliyyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise yevm-i kabzındaki kıymetini müşterinin bayie vermesi lazım gelir*”

zarar kendisine dokunmuş olur. Bu yüzden menfaatinden faydalanmasa dahi müste'cirin ücret vermesi zararın ortadan kalkması için daha doğru olacaktır.³⁷¹

İcâre akdinde ücret ödenmesinin gerekmesi için Mecelle'de geçen bir diğer durumda 472. maddede ifade edilen “*Bir kimsenin, sözleşme yapmadan ve izin almadan başkasının malını kullanması durumunda, o mal kiraya verilebilir bir mal ise ecri misil ödemesi gerekir, kiraya verilebilir bir mal değilse ücret gerekmez. Ama mal sahibi ücret talep ettikten sonra da kullanması halinde o mal kiraya verilebilir bir mal değilse bile ücret ödenmesi gerekir. Zira bu durumda kullanmış olması ücrete razı olma anlamını ifade eder.*” hükmüdür. Bu maddeye göre kişi sözleşme yapmadan ve sahibinden izin almadan o mal kiraya verilebilir bir mal veya yetim malı veyahut vakıf malı ise başkasının malını kullanması durumunda, o kişinin ecr-i misil ödemesi gerekir. Sayılanlar dışında bir mal ise bu mallar zatında mutekavvim olmadıklarından bir ücret ödenmesi gerekmez. Örneğin ğasb edenin ğasb edilenin menfaatlerini, Mecellenin 596. maddesinde açıklandığı üzere, ödemesi gerekmez.³⁷²

Bir şahıs bir 100 kuruşa bir aylığına kiraya verilmek için belirlenmiş olan bir ev kiralar ve o evi iki ay boyunca kullanırsa ilk ay için belirlenen ücreti öderken ikinci ay için ecr-i misil ödemesi gerekir. Eğer kiracı ikinci ayın kirasını da vermişse kiracının parayı iade etmesine gerek yoktur. Fakat mal kiraya verilebilir bir mal veya yetim malı veyahut vakıf malı değilse mal sahibi ücret talep ettikten sonra da kiracının malı kullanması halinde belirlenen ücretin ödenmesi gerekir. Çünkü kiracının suskunluğu kiraya razı olduğunun delilidir.³⁷³

Ta'dil Komisyonu, malın tarifinin yapıldığı ve menfaatin mal kabul edilmediği 126. maddeyi değiştirerek ve menfaatin mal-ı mutekavvim kabul edilmediği 127. maddeyi de Mecelle'den çıkartarak ele aldığımız bu maddeyi de bu çerçevede yeniden düzenlemiştir. Hanefiler'e göre, menfaatler mutekavvim bir mal değildir. Menfaatler ancak bir akde konu olurlarsa mutekavvim hale gelirler. Mutekavvim olmayan malların ise tazmini gerekmez. Menfaati mutekavvim mal olarak kabul ettiğimizde, bu maddede yer alan akitsiz (min ğayr-i akd) ve sahibinden

³⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/539.

³⁷² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/540.

³⁷³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/540.

izinsiz (bilâ izin) kullanılan menfaatin tazmin edilmesini gerekecektir.³⁷⁴ Bu çerçevede Mecelle Ta'dil Komisyonu “*Min ğayr-ı akit ve bilâ izin bir kimse birinin malına vaz-ı yed ettiği surette ecr-i misil lâzım olur.*” cümlesiyle 472. maddede ta'dil gerçekleştirmiştir.

Mecelle 596. maddesinde, menfaatlerin tazmin edilmemesinden üç şeyi istisna etmiştir.³⁷⁵ Bunlar *muaddün li'l-istiğlal olan mal* yani kiralanan mal, *mal-ı vakf* ve *mal-ı sağır*'dir. Muaddün li'l-istiğlal olan malın istisna edilmesinin sebebi, bu malların karşılıklı akit yapılmasa bile akde konu olmuş gibi kabul edilmesinden dolayıdır. Hanefiler'e göre akde konu olan menfaatler, mütekavvim mal olarak kabul edilir. Vakıf ve sağırın malının istisna edilmesinin sebebi ise, bu malların muhafaza edilmek istenmesidir.³⁷⁶

2.2.3. Ücretin Ta'cil, Te'cil ve Taksitli Ödenmesi

İslam âlimleri ücretin önce ödenmesi (ta'cil) ve ertelenmesi (te'cil)'nin caiz olduğunda hem fikirdir.³⁷⁷

Mecelle'de ücret meselesinde temas edilen bir mevzu da 473. maddede “*Ücretin önce ödenmesi (ta'cil) ve ertelenmesi (te'cil) hakkında sözleşme yapan iki tarafın kabul ettikleri şartlara uygun olarak davranılır.*” sözleriyle ifade edilen ücretin erken ödenmesi (ta'cil) veya ertelenmesi (te'cil) edilerek ödenmesi hakkında sözleşme yapan iki tarafın kabul ettikleri şartlara riayet edileceği kaidesidir. Eğer ücretin erken ödenmesi yani ta'cil şart kılınmışsa Mecelle'nin 468. maddesi gereği ücret erken ödenmelidir. Eğer ücrette te'cil ve taksit şartı kılınmışsa yine Mecelle'nin 83.³⁷⁸ ve 245.³⁷⁹ maddesi gereği bu şartlara uyulmalıdır.³⁸⁰

³⁷⁴ *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. Sayı, 906 vd.

³⁷⁵ Mecelle'nin 596. madde: “*Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa, gasb kabilinden olarak menafîini ödemek lazım gelmez. Fakat mal-ı vakf ya mal-ı sağır ise herhalde ve muaddün li'l-istiğlal ise te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde zaman-ı menfaat yani ecr-i misil lazım olur.*”

³⁷⁶ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/65.

³⁷⁷ ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 5/106-107; el-Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, 5/394; er-Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, 5/264-265; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ'*, 3/551.

³⁷⁸ Mecelle 83. madde: *Bi-kaderril-imkân şarta müraat olunmak lazım gelir.*

³⁷⁹ Mecelle 245. madde: *Semeni te'cil ve taksit ile bey' sahih olur.*

³⁸⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/541.

Taksit meselesi Muhammed Kadri Paşa tarafından Mısır’da eşya ve borçlar hukukuna dair olarak hazırlanmış olan Mürşidü’l-Hayrân adlı kanun kitabının 581. Maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu maddede “*Ücretin belirlenen vakitte ta’cil, te’cil ve taksit ile ödenmesi sahihtir.*” şeklinde buyurulmaktadır.³⁸¹

Mecelle te’cil olarak ifade ettiği ücretin ödenmesinin ertelenmesini 156. maddede açıklamıştır. Bu maddeye göre te’cil borcun belirli bir vakitte ödenmesi kararlaştırılarak ertelenmesidir.³⁸² Ücretin misli olmayan bir mal olarak kararlaştırılması durumunda ödemenin geciktirilmesi, Şâfîilere ve Malikîlere göre caiz görülmemiştir. Çünkü misli olmayan malların telef olması, niteliklerinin değişmesi gibi durumlarda taraflar arasında ihtilaflar oluşabilecektir.³⁸³

Mecelle ücretin taksitle ödenebileceğine yer vermemiştir. Bunun sebebi ücretin ertelenmesine ilişkin düzenlemenin taksiti de kapsamamasıdır. Çünkü te’cil kavramı taksit kavramını da içinde barındırmaktadır. Mecelle’nin 157. maddesinde taksit “*taksit, borcun birden fazla sayıda olan belirli vakitlerde ödenmek üzere ertelenmesidir.*” şeklinde tanımlamıştır.³⁸⁴

Aslında Mecelle’de konunun ele alındığı 473. maddenin genel bir hüküm ifade ettiği için konunun açıklaması mahiyetinde olan 464, 474 ve 476. maddelerden hemen önce gelmesi daha uygun olurdu.³⁸⁵

Ücretin ertelenmesi yani te’cil veya taksitle ödenmesi şart kılınmış ise ve akid ayanın menfaatleri üzere akd edilmişse önce kiralayanın kiralananı teslim etmesi gerekir. Mecelle’de 474. maddede konuya “*Bedelin ertelenmesi şart kılınmış ise, önce kiralayanın kiralananı teslim ve işçinin işi yerine getirmesi, ücretin ödenmesinin ise sözleşmede belirtilen ödeme zamanının gelmesi ile yerine getirilmesi gerekir.*” sözleriyle temas edilmiştir.

³⁸¹ Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân ilâ ma’rifeti ahvâli’l-insân fi’l-mu’âmelâti ş-şer’iyye âlâ mezhebi’l-Îmâm Ebî Hanîfe en-Nu’mân*, thk. Rami Selheb (Amman: Arvika Li’d-dirasat ve’n-neşr, 2020) 581. maddesinin açıklaması.

³⁸² Mecelle 156. madde şu şekildedir: *Te’cil, deyni bir vakt-ı muayyene ta’lik ve te’hir etmektir.*

³⁸³ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, 3/321

³⁸⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/541; Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 121.

³⁸⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/541.

Bu maddeden anlaşıldığı üzere bedelin ertelenmesi yani te'cil veya taksitle ödenmesi şart kılınmış ise ve akid ayanın menfaatleri üzere akd edilmişse önce kiralayanın kiralananı teslim etmesi gerekir. Fakat işçinin işi yerine getirmesi üzerine iş sözleşmesi yapılmışsa bu durumda önce işin ifası gerekir. Ücretin ödenmesi iş bittikten sonra gerekli olur. Ücretin ödenmesinde sözleşmede belirtilen ödeme zamanı var ise o zaman ödenmesi gerekli olur. Böyle olmazsa ücretin te'cilinden bir fayda elde edilmemiş olur.³⁸⁶

Ücretin hemen ödenmesi veya günlük, aylık şeklinde ertelenerek ödenmesi sahihtir. Bu durumda belirlenen tarih ne zaman ise ücret o tarihte ödenir.³⁸⁷

Mutlak olarak yani ta'cil, taksit ve te'cil şartları olmadan, ister iş üzere isterse de a'yan üzere kurulmuş olan icârede önce kiraya verenin kiralananı teslim etmesi ve işçinin ise işi yerine getirmesi, ifa etmesi gerekir. Mecelle'de konuya 475. maddede “*Ön ödeme (ta'cil) ve erteleme (te'cil) şartları olmadan kurulmuş olan özel koşullu olmayan İcâre akdinde (icâre-i muallaka), İcâre akdi gerek bir malın menfaati göz önünde olsun, gerekse iş konusunda olsun her iki durumda da önce kiraya verenin kiralananı teslim ve işçinin ise işi yerine getirmesi gerekir.*” sözleriyle temas edilmektedir.³⁸⁸

Ücretin aylık veya yıllık olarak belirlenmesi halinde belirlenen süre bittikten sonra ücretin ödenmesi gerekir. Mecelle'de 476. maddede “*Ücret eğer aylık veya yıllık gibi belirli bir zaman ile belirlenmiş ise ücretin ödenmesi için belirtilen zaman tamamlanmış olmalıdır. Örneğin, aylık ise ayın sonunda yıllık ise yılın sonunda ifa olunması (yani ücretin ödenmesi) gerekir.*” şeklinde hüküm yer almaktadır.

Eğer İcâre akdi mutlak olmayıp bir zaman ile mukayyed hale gelmişse yani haftalık veya aylık veyahut yıllık gibi belirli bir zaman ile sınırlandırılmış ise ücretin ödenmesi için belirtilen zamanın tamamlanmış olması gerekir. Örneğin, haftalık ise

³⁸⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/542; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/66.

³⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 330.

³⁸⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/542; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/66-67.

haftanın sonunda, aylık ise ayın sonunda, yıllık ise yılın sonunda ücret talep edilebilir, öncesinde talep edilemez.³⁸⁹

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “*İfa zamanı*” kenar başlıklı 314. maddesinde kiracının, aksine bir sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, kira bedelini her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada günümüz güncel borçlar hukuku uygulaması da Macelle ile paralerlik göstermektedir.³⁹⁰

Ele aldığımız bu maddede ücretin te’cilini ücretin ödenmesi için belirtilen zamanın tamamlanmış olması şeklinde üstü kapalı bir biçimde ifade ederken geçen 474. maddede ücretin te’cilinden açıkça söz etmiştir. Bu iki madde arasındaki fark bu noktada ele alınmalıdır.³⁹¹

Ev veya arazi sahibi her günün sonunda, binek sahibi her seferin sonunda, terzi dikim işini bitirdiktren sonra, fırıncı ise ekmek yaptıktan sonra ücretini talep edebilir. Yani ücret belirlenebildiği durumlarda ücretin aylık veya yıllık olarak belirlenmesi şart değildir. Taraflar peşin ödemeyi kararlaştırmışsa veya gayri misli bir mal ücret olarak belirlenmişse peşin ödemenin gerekli olduğu, bu haller dışında ücretin tedrici olarak ödeneceği ifade edilmiştir.³⁹²

Taraflar ücret konusunda aralarında herhangi bir husus kararlaştırmamışsa ücret işin yerine getirilmesi ile ödenir. Taraflar ücretin peşin, taksitle veya iş sonunda ödenmesini belirleyebilir veya ödeme zamanı belirlemeyebilirler. İşveren ücreti peşin olarak ödedikten sonra herhangi bir sebeple yaptığı ödemeyi geri isteyemez. Ücret haftalıksa haftanın sonunda, aylıksa ayın sonunda, yıllıksa yılın sonunda ödenmesi gerekmektedir. Herhangi bir sebeple akit fesh olursa, sürenin sonu beklenmeden ücretin hemen ödenmesi gerekir.³⁹³

³⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, İcâre, 1/544; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/67.

³⁹⁰ 04/02/2011 Tarih, 27836 Sayı, Dustür 5. Tertip, 50. Cilt, Resmi Gazate 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 314. madde

³⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/545.

³⁹² İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, 3/321; Halebî, *Mültekâ*, 3/391.

³⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/477; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/67.

Ücretin ödenmesi için kiralanan şeyin kiracıya teslim edilmesi gerekmektedir. Mecelle bu konuya 477. maddesinde “*Ücret ödenmesinin gerekmesi için kiralanan şeyin teslim edilmesi şarttır. Yani kira, teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar.*” bu konuya temas edilmekte ve “*Bu bakımdan kiralayan malı teslim etmeden önceki sürenin kira ücretini alamaz. Eğer kira süresi teslimden önce tamamlanmış olursa kiralayan ücretten hiçbir şekilde yararlanamaz.*” denilerek malın teslimden önce kira süresinin tamamlanmış olması durumunda kiralayan kişinin ücretten hiçbir şekilde yararlanamayacağı ifade edilmiştir.

Ücret ödenmesinin gerekmesi için kiralanan şeyin teslim edilmesi şarttır. Yani kira, teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu bakımdan kiralayan malı teslim etmeden önceki sürenin kira ücretini talep edemez. Eğer kira süresi teslimden önce tamamlanmış olursa kiralayan ücretten hiçbir şekilde faydalanamaz. Kiraya verilen malın (me’cûr) teslimi hakkında daha sonra yedinci babın birinci faslında konu ele alınacak ve me’curun teslimi ile ilgili şartlar belirtilecektir.³⁹⁴

İşi ifa borcu ücret borcuna karşılıktır ve ücret borcu işin ifa edilmeye başlanmasından itibaren geçerli olur. İşçi emeğini teslim etmeden akit sona ererse ücrete hak kazanamaz. Çalışmak için hazır bulunmadan iş süresinin geçmesi durumunda işçi ücrete hak kazanamayacaktır. Daha önce ecr-i hass konusunda 425. Maddede geçtiği üzere özel işçinin ücrete hak kazanması kira süresi boyunca iş için hazır bulunmasıyla olur, fiili olarak çalışması şart değildir.³⁹⁵

Kiralanan me’cur ister taşınır ister taşınmaz mal olsun veya hayvan veyahut işçi olsun kiralananndan yararlanmanın mümkün olmadığı durumlarda ücret ortadan kalkar. Mecelle’nin 478. maddesinde bu hüküm “*Kiralananndan yararlanmanın tamamen ortadan kalkması halinde ücret ortadan kalkar.*” Cümlesiyle beyan olunmuştur. Fakat bu süreden önce ödenmesi gerekli olan ücretin ödenmesi gerekmektedir. 478. maddenin devamında “*Örneğin, tamiri gereken bir hamamın, tamiri sırasında bir süre kullanılmaması halinde o sürenin payı kira bedelinden düşülür. Bunun gibi suyu kesilen değirmenin çalışmadığı sürenin ücreti de kira*

³⁹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/545.

³⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/546; Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 91.

bedelinden düşer. Ama kiracı un öğütmenin dışında, değirmenin evinden de yararlanmışsa kira bedelinden oturmaya düşen payı ödemesi gerekir.” Sözleriyle konu örneklenerek izah edilmiştir.

Tamiri gereken bir hamamın, tamiri sırasında bir süre kullanılmaması halinde o sürenin payı kira bedelinden düşülür. Bunun gibi suyu kesilen değirmenin çalışmadığı sürenin ücreti de kira bedelinden düşer. Ama kiracı un öğütmenin dışında, değirmenin evinden de yararlanmışsa kira bedelinden oturmaya düşen payı ödemesi gerekir. Değirmenin suyunun kesilmesi ile ilgili ihtilafta ise Mecelle’nin onbeşinci kitabı olan *Kitab-ül-Beyyinat vet-Tahlif* te geçen 1776. maddede ifade edildiği üzere ihtilaf kesilme süresinde ise yemin ile beraber müs’tecirin sözü geçerli olur. Ama ihtilaf kesilmenin kendisinde ise yani mu’cir suyun kesildiğini hiç kabul etmiyorsa bu durumda mesele hakeme havale edilir.³⁹⁶

İşçinin işini yapamayacak kadar hasta olması durumunda bu maddede geçen hüküm uygulandığında işçinin mağdur olacağı ve zor durumda kalacağı düşünülebilir. Fakat bu madde bundan önce geçen 469. madde ile beraber düşünüldüğünde örneğin işçiye tatil günlerinde ücret ödenip ödenmeyeceği hususu da İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ücret çalışmanın karşılığı olduğundan, işçinin özre dayanan veya özürsüz olarak çalışmadığı zamanlara ilişkin ücret hakkı yoktur.³⁹⁷

Hastalık sebebiyle çalışamayan işçiye ise yine İslam âlimlerinin çoğunluğuna göre ücret çalışmanın karşılığı olduğundan işverenin işçinin hasta olduğu günler karşılığında ücret ödeme borcu bulunmamaktadır.³⁹⁸ Fakat günümüzde işçinin hastalığı işten veya işverenden kaynaklanmıyorsa bu durumda işverene ücret borcunu yüklemek doğru olmayacaktır. İşçinin mağdur olmaması için çözüm yolu sosyal sigorta güvencesinin devreye girerek hasta işçiye gerekli desteği vermesi olabilir. İslam Hukuku akdin her iki tarafını da korumayı amaçladığından karşılıksız olarak işverenin ücret vermesi doğru görülmemiştir. Mağdur olma ihtimali bulunan işçiye gerekli desteği vermek ise İslam Hukukunda devletin görevidir. Günümüzde de

³⁹⁶ Mecelle 1776. madde; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/547.

³⁹⁷ Serahsî, *Mebsût*, 15/231.

³⁹⁸ Serahsî, *a.g.e.*, 15/231.

hastalanan işçinin ücretinin devlet tarafından ve sigorta güvencesiyle karşılanması doğru bir yaklaşım olabilir.³⁹⁹

Mecelle’de yolculuk sırasında sürenin tamamlanması durumu ile ilgili 480. maddede “*Bir kayık süreli olarak kiralandıktan sonra yolculuk sırasında sürenin tamamlanması halinde, kayık sahile varıncaya kadar süre uzatılmış olur, kiracı fazla sürenin kirasını ecr-i misil olarak öder.*” cümleleriyle kayık örneği verilmiş ve sürenin yolculuk sonuna kadar uzatılmış olacağı ifade edilmiştir. Böyle bir durumda kiracı fazla sürenin kirasını belirlenmiş ücret olarak değil ecr-i misil olarak öder. Burada normalde akdi yapan iki tarafında rızası gerektiği halde Mecelle’nin 21. maddesinde geçtiği gibi “*zaruretler memnu’olan şeyleri mubah kılar*” maddesi gereği oluşan bu zaruret hali özür olarak kabul edilebilir. Bu durumda yine Mecelle’nin 33. maddesinde geçtiği gibi “*ıztırar başkasının hakkını iptal etmez*” ve kiracı fazla sürenin kirasını ecr-i misil olarak ödemekle mükelleftir.⁴⁰⁰

Kişinin sadece tamir karşılığında ücretsiz olarak bir şeyi kiraya vermesi konusunda Mecelle’nin 481. maddesinde “*Bir kimse evini, tamir etmek ve ücretsiz olarak oturmak üzere diğer bir kimseye teslim etse ve o kişi de evi tamir etmekle beraber evde oturmuş olursa, bu âriyet anlamına gelir, tamir masrafları oturan kimseye ait olur. Ev sahibi de bu süre için o kişiden ücret olarak bir şey alamaz.*” hükmü yer almaktadır. Kişi evini tamir etmek karşılığında içinde ücretsiz olarak oturmak üzerine başak birine verirse, o kişi de evi tamir etmekle beraber evde oturmuş olursa bu akid İcâre akdi olmaz bilakis bir kimseye bir süre kullanmak üzere karşılıksız bir malın verilmesi anlamında âriyet sözleşmesi olur. Bu durumda bu mal Mecellede altıncı kitabın altıncı babında yer alan 804. madde ile 832. maddeler arasındaki âriyet ile ilgili hükümlere tabi olur.⁴⁰¹

Âriyet bir kimseye bir süre kullanmak üzere bir malı karşılıksız olarak vermektir. Mezheplerin âriyetin mahiyeti ve tanımı ile ilgili yaklaşımları kimi farklılıklar gösterir. Hanefî ve Mâlikîler âriyeti dönülmesi mümkün olmak üzere menfaati karşılıksız olarak başkasına devredilen mal olarak kabul ederler. Şâfiî ve

³⁹⁹ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 117-118.

⁴⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/551.

⁴⁰¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/552.

Hanbelîler ise menfaat mülkiyeti değil, faydalanma, intifâ hakkı devredilen mal olarak kabul ederler. Hanefî âlimlerden Kerhî de Şâfiî ve Hanbelîler gibi düşünmektedir. İki yaklaşı arasındaki temel fark, Hanefî ve Mâlikîler'e göre âriyet alan kimsenin bunu başkasına iâre etme hakkının bulunması, Şâfiî ve Hanbelîler'e göre ise böyle bir hakkının bulunmayıp sadece kullanım hakkının var olmasıdır. Kullanımın karşılığı olarak bir bedelin tesbit edildiği durumlarda bu akid bir âriyet değil kira akdidir.⁴⁰²

Tıp, fıkıh, edebiyat, matematik, dil ve hat gibi bir bilim ve sanatın öğretilmesi için bir hoca kiralandığı zaman, İcâre akdinde süre belirtilirse sözleşme bu süreye bağlanmış olur. Hatta öğrencisi öğrenmiş olsun veya olmasın hoca öğretmeye hazır olmuşsa ücrete hak kazanır. Fakat hocanın öğretmekten imtina etmemesi gerekir. Hoca imtina' ederse sözleşme feshedilebilir.⁴⁰³ Konu hakkında Mecelle'nin 568. maddesinde *“Bir bilim ve sanatın öğretilmesi için bir hoca kiralandığı zaman, İcâre akdinde süre belirtilirse sözleşme bu süreye şartlanmış olarak oluşturulmuş olur. Hatta öğrencisi öğrenmiş olsun veya olmasın hoca öğretmeye hazır ve amade olmuşsa ücrete hak kazanır. Süre belirtilmemiş ise sözleşme geçersizdir. Bu durumda öğrencinin öğrenim görmüş olması hocanın ücret almasının şartıdır, aksi halde hoca ücret alamaz.”* hükmü ifade edilmiştir.

Süre belirtilmeden kurulan akit ise Mecelle'nin 451 ve 462. Maddeleri gereğince fasittir. Süre belirtilmediği durumda öğrencinin öğrenim görmüş olması hocanın ücret almasının şartıdır, aksi halde hoca ücret alamaz. Bu sebeple akitlerin sonuç üzerine değil, iş veya süre üzerine kurulmaları gerekmektedir. Doktorun hastayı iyileştireceğine, eğitim veren kişinin bir dersi veya mesleği öğreteceğine dair işin sonucu ile ilgili durumlar kişinin iradesi dışında olan durumlardır. O yüzden akid işin kendisinedir sonucuna değil.⁴⁰⁴

Kişi, oğlunu bir sanat öğrenmek için bir ustanın yanına öğrenci olarak verir ve ne hoce ne de baba herhangi bir ücret ödenmesini şart koşmamışsa ve çocuk o

⁴⁰² Beşir Gözübenli, “Âriyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 3/379-380.

⁴⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/654; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/136.

⁴⁰⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/654; Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 49, 110.

sanatı öğrendikten sonra birbirlerinden ücret talep etmeleri halinde bu konuda o beldede geçerli olan örf ne ise o örf'e göre muamele yapılır. Mecelle'nin 569. maddesinde “ *Bir kimse, mesela oğlunu bir sanat öğrenmek için bir ustaya verir ve birinin ötekine ücret ödemesi şart koşulmamışsa ve çocuk o sanatı öğrendikten sonra birbirlerinden ücret talep etmeleri halinde bu konuda o beldede geçerli olan örf ne ise o örf'e göre muamele yapılır.*” hükmü yer almış ve sanat öğrenmesi için ustaya verilen çocuğun, sanat öğrendikten sonra ücret talep etmesi durumunda beldedeki örf ve âdete göre hüküm verileceği düzenlenmiştir. Eğer o beldenin örfünde hoca öğretmeden dolayı bir ücret alıyorsa hocaya ücret ödenir. Eğer örfte çocuğun bu sürede hocaya yardımcı olmasından yani çıraklık yapmasından dolayı öğrenciyebir ücret veriliyorsa çocuğun babasına ücret ödenir. Her iki ücrette ecr-i misle göre tayin edilir.⁴⁰⁵

Sanat öğretilmesine ilişkin bir akitte öğreten hocanın her halükarda ecr-i misile hak kazanacağı şeklinde bir görüş de mevcuttur.⁴⁰⁶

Bu maddenin uygulanmasında Mecelle'nin 36, 37, 43, 44 ve 45. maddelerinden yararlanılabilir.⁴⁰⁷

2.2.4. İcâre Akdi'nde Ücretle İlgili Olarak İşçinin Kiraya Verilmiş Malı Hapis Hakkı

Hapis hakkı “*ayn borçlusunun deyn niteliğindeki alacağını elde edinceye kadar ayn niteliğindeki edimini ifadan kaçınması*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰⁸

Hanefî ve Mâlikî mezheplerinde, iki tarafa borç yükleyen akidlerde birbiriyle mübadele edilecek borçlardan birinin ayn, diğerinin deyn olduğu ve borcun muaccel olduğu durumlarda hapis hakkı söz konusudur. Mâlikîler ayn borçlusuna hapis

⁴⁰⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/654.

⁴⁰⁶ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 11/476.

⁴⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/654; Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 67.

⁴⁰⁸ Bilal Aybakan, “Hapis Hakkı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 16/65-67.

hakkını, borcun paradan ibaret olduğu durumlarda tanırken, Hanefiler böyle bir ayırım gözetmeden mutlak mânada deyn olmasını yeterli görmüşlerdir.⁴⁰⁹

Şâfiî ve Hanbelî'ler hapis hakkının sadece satıcıya ait olduğunu ifade ederler. Bey' akdinden doğan borç ilişki satış konusu olan malın varlığına bağlı olduğundan, akdin imkânsızlık sebebiyle son bulma tehlikesini ortadan kaldırmak için ödeme sırasında önceliği satış konusu olan malın verip satıcıya hapis hakkı tanımamışlardır.⁴¹⁰

Mecelle'de ücret konusu ile ilgili olarak işçinin kiraya verilmiş bir malı hapis edip edemeyeceği İcâre Kitabının üçüncü bölümünde üçüncü fasılda kaleme alınmıştır. Bu çerçevede 482. maddede “*Terzi ve boyacı ve çamaşırcı gibi işi bir eser meydana getirmek olan işçinin, veresiye olarak ödenmesi kararlaştırılmamış ise, ücret için elinde bulunan kira konusu olan malı hapis etme yetkisi vardır. Bu sebeple hapis ettiği malın elinde telef olması halinde tazminatla sorumlu olmaz ama ücret de talep edemez.*” hükmü yer almaktadır.

Terzi, boyacı, gassal, marangoz, ayakkabı tamircisi ve çamaşırcı gibi işi bir eser meydana getirmek olan işçilerin ücret için elinde bulunan kira konusu olan malı hapis etme yetkisi vardır.⁴¹¹

Hapis hakkı için bazı şartların bulunması gerekir. Bu şartlar:

- 1- Ücret muaccel olacak yani veresiye ödenmesi kararlaştırılmamış olacak. Ücretin te'cil edilmesiyle Mecelle'nin 284. maddesi çerçevesinde hapis hakkı düşer.⁴¹²
- 2- İşçi işverenin ücretini iade etmemiş olacak. Eğer bir kere geri iade etmişse artık onu talep etme hakkı yoktur.⁴¹³

⁴⁰⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/192; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 5/ 249-252; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, 3/198.

⁴¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/126, 218-219; Ebü'l-Ferec Zeynüddîn İbn Receb, *el-Kavâ'id (Tahrîrü'l-kavâ'id ve tahrîrü'l-fevâ'id)*, nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'd, (Kahire: el-Mektebetu't-Tevfikiyye, 1392/1972), 69; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/74-75

⁴¹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/555.

⁴¹² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/192; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 5/250-251.

⁴¹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/556.

- 3- Borç malı borçluya verilmemiş olacak. Hapis hakkı deyn ediminin ifası ile düşer. Bunun için de ifa olarak sunulan şeyin kalite, miktar, cins ve tür bakımından borca uygunluk göstermesi gerekmektedir.⁴¹⁴

Hapis hakkı bulunan kimse hapis ettiği malın elinde telef olması halinde meydana gelen zararı tazmin etmez, hapis hakkı olmayanlar ise ğasp sebebiyle meydana gelen zararı tazmin etmekle mükelleftir.⁴¹⁵

Yine konu ile ilgili olarak 483. maddede “*Hamal ve denizci/kaptan gibi işinde bir eser oluşturmak olmayan işçinin ücret için kira konusu malı hapis etme yetkisi yoktur. Ve hapis ettiği mal elinde telef olursa tazminat ödemekle yükümlü olur. Bu durumda mal sahibinin tercih hakkı vardır. Dilerse mahmul (sorumlu/yüklenici) olarak ücretini tazmin ettirir ve ücretini öder ve dilerse ğayr-ı mahmul (yüksüz, tamamlanmamış) olarak değerini ödettirip ücret ödemez.*” hükmü yer almaktadır.

Hamalların, denizcilerin, gezginlerin ve buna benzer kiracıda zahir bir tesir ortaya koymayan işçilerin akdin konusu üzerinde hapis hakkı yoktur. Malı hapseder ve bu mal elinde telef olursa tazmin sorumluluğu vardır. Bu durumda işverene iki seçenekten birini seçme hakkı tanınmıştır. İşveren dilerse malın tamamlanmış halini tazmin ettirir ve işçiye ücretini verir. Dilerse de malın tamamlanmamış halini tazmin ettirir ve işçiye ücret ödemez. Zira tazmin ile ücret aynı anda birlikte olmaz.⁴¹⁶

Mecelle’de yer verilen bu hükümler Hanefilere göredir. Malikîlerde ise malın yapılış ve üretilişinde tesiri olmayan hamal, denizci, gezgin gibi işçilerin de hapis hakkı olduğu ileri sürülmüştür.⁴¹⁷

Akit konusunun hakikaten veya hükmen teslim edilmesi durumunda hapis hakkı düşer. İşçinin bu durumdaki hapsi de ğasp hükmündedir ve ğasp ile ilgili hükümler uygulanır. Söz konusu hükme dayanak Mecelle’nin “*Sakıt olan şey avdet*

⁴¹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/193.

⁴¹⁵ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 9/376.

⁴¹⁶ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 9/376.

⁴¹⁷ Derdîr, *eş-Şerhu’s-sağîr*, 3/198.

etmez. Yani giden geri gelmez.” şeklindeki maddesidir. İşin işverene ait bir yerde yapılması durumunda ise hükmen teslim söz konusu olmaktadır.⁴¹⁸

Mecelle’de bu bölümde kiraya verenin hapis hakkını hâkime götürmesi ile ilgili bir hüküm mevcut değildir. Kiraya verenin yasal hapis hakkına ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 338. maddesinde “*Kiracı, taşınmak veya kiralanda bulunan taşınırları başka bir yere taşımak istediği takdirde, kiraya veren, alacağını güvence altına almasını sağlayacak miktardaki taşınırı, sulh hâkiminin veya icra müdürünün kararıyla alıkoyabilir. Alıkoyma kararının konusu olan eşya, gizlice veya zorla götürülürse, götürülmelerinden başlayarak on gün içinde kolluk gücünün yardımıyla kiralanan geri getirilir.*”⁴¹⁹ hükmü yer almaktadır. Bu maddede kiraya verenin bu hakkını sulh hâkiminin kararı yanında, icra müdürünün kararıyla da kullanabileceği, gerektiğinde kolluk kuvvetlerinden yararlanarak kiralanan malın kiralayana geri getirileceği ifade edilmiştir.

2.3. İCÂRE AKDİ’NDE SÜRE

Kira süresi İcâre akdinde önemli mevzulardan birisidir. İcâre akdi uzun süreli bir akit olduğundan sürenin tayin edilmesi ve net kurallar belirlenmesi önem ifade eder. İslam fıkıhı kira süresi boyunca geçerli olacak kuralları açık bir şekilde ortaya koymuş ve kira süresinin başlangıç ve bitimi ile ilgili kaideleri beyan etmiştir. Mecelle’de İcâre Akdi’nde Süre konusu İcâre Akdi ile ilgili olan ikinci kitabın dördüncü bölümünde yer alır.

Mecelle’de konu ile ilgili ilk madde 484. maddedir. Bu maddede “*Bir kimse gerek gün gibi kısa süreli ve gerekse seneler gibi uzun süreli olsun ma’lum (belirli) bir süre ile mal ve mülkünü başkasına kiraya verebilir.*” şeklinde hüküm beyan edilerek İcâre akdinde gerek kısa gerekse uzun bir sürenin belirlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Önemli olan sürenin uzunluk veya kıssalığı değil belirli olmasıdır. Gün, hafta, ay gibi kısa süreler ve yıl, yıllar gibi uzun süreler belirlenebileceği gibi yüzyıl, iki yüz yıl gibi tarafların yaşayamayacakları kadar uzun süreler dahi mümkündür. Çünkü Mecelle’de 1192. maddede belirtildiği gibi kişi

⁴¹⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/556.

⁴¹⁹ 04/02/2011 Tarih, 27836 Sayı, Dustür 5. Tertip, 50. Cilt, Resmi Gazete 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 338. madde

kendi mülkünde tasarruf sahibidir ve başkasının bu tasarrufu engelleme hakkı yoktur.⁴²⁰

Kira süresinin başlangıcı, İcâre akdinde şart muhayyerliği bulunmaması durumunda akidte belirlenen tarihtir. “*Kira süresinin başlangıcı, İcâre akdinde tesmiye edilen (belirlenen) tarihtir.*” şeklinde Mecelle’nin 485. Maddesinde konuya dair hüküm mevcuttur. Akidte şart muhayyerliği varsa bu durumda akdin başlangıcı şartın ortadan kalkmasından sonra başlar. Bununla ilgili hüküm 502. maddede ifade edilmiştir. Bizerde bu maddeyi şart muhayyerliği konusunda ele aldık.⁴²¹

İcâre akdinde kira süresinin başlangıcının belirtilmemiş olması halinde 486. maddede “*İcâre akdinde kira süresinin başlangıcı bildirilmemiş ise başlangıç olarak sözleşme tarihi esas alınır.*” şeklinde ifade edildiği gibi başlangıç olarak sözleşme tarihi esas alınmaktadır. Bu maddeye göre akit, akdin kuruluş anında kararlaştırılan zamanda başlar. Bu hükümle akdin başlangıcı için ilk kıstas tarafların kararlaştırdıkları an olarak belirlenmiştir. Mecelle’nin incelediğimiz 486. maddesine göre de taraflar sürenin ne zaman başlayacağını kararlaştırmamışlarsa, akdin kuruluş anı sürenin başlangıç zamanıdır.⁴²²

Taraflar sürenin ne zaman başlayacağını kararlaştırmamışlarsa, akdin kuruluş anı sürenin başlangıç zamanıdır.⁴²³ Malikî, Hanbelî ve bazı Şafiî âlimleri de Mecelle düzenlemesine benzer şekilde başlangıç tarihi belirlenmeyen akitlerin sahih olacağını ve sürenin akdin kurulması ile başlayacağını söylemişlerdir. Buna karşılık başlangıç tarihinin belirsiz olması süreyi belirsiz hale getireceğinden akit geçerli olmaz diyen fıkıhçılar da vardır. Ancak çoğunluk görüşü Mecelle’deki düzenlemeyle paralel olarak bu durumda akdin kuruluş anının kira süresinin başlangıcı olarak kabul edileceği yönündedir.⁴²⁴

⁴²⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/559; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/74.

⁴²¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/561.

⁴²² Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/561.

⁴²³ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 9/379; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6/158, 193.

⁴²⁴ Şeref b. Ali, *İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku*, 134.

Mecelle'nin 487. maddesinde “*Bir taşınmazın (akarin) aylığı şu kadar kuruş olmak üzere yıllık kiralanması uygun/sahih/yasal olduğu gibi aylığı bildirilmeksizin yıllık şu kadar kuruş olmak üzere kiralanması da uygundur/yasaldır.*” denilerek İcâre akdinin aylık, altı aylık, yıllık ve birkaç yıllık süreler üzerinden yapılabileceği beyan edilmiştir. Aylık ücret belirtilerek bir yıl veya daha fazla süreli akit yapmak mümkün olduğu gibi aylık ücret belirtilmeden yıl üzerinden yıllık ücret belirlenerek akit yapmak da caizdir. Aylık yapılan İcâre’de her ayın sonunda mal sahibi kirasını talep edebilir. Fakat İcâre akdi yıllık yapılmışsa mal sahibi kirasını ancak yıl tamamlandıktan sonra talep edebilecektir. Ayrıca aylık yapılan İcâre akdinde bir yıllık süre bitmeden akid fesh olur veya fesh edilirse bu durumda geçen sürenin ücreti eğer aylık ücret net belli ise o ücretten yok belli değilse günlük hesap üzerinden belirlenir.⁴²⁵

Aybaşında yani ayın ilk gününde gerek bir aylık ve gerekse de bir aydan daha fazla olarak ay cinsinden İcâre akdi yapılırsa, o İcâre akdi aylık kurulmuş olarak kabul edilir. Mecelle’de 488. maddede “*Aybaşında gerek bir aylık ve gerekse de bir aylıktan fazla olarak aylık cinsinden İcâre akdi yapılırsa, o İcâre akdi aylık olarak kurulmuş olur. Bu sebeple ay otuz günden eksik olsa dahi tam bir ay olarak ödenmesi gerekir.*” konuya temas edilmektedir. Ay otuz günden eksik olsa mesela 29 gün olursa dahi tam bir ay olarak kabul edilir ve bir aylık ücret ödenmesi gerekir. Eksik günün ücretten kesilmesi gerekmez. Aybaşından kasıt örfi manada aybaşındır yani ayın ilk günüdür.⁴²⁶

Yine konu ile ilgili 489. maddede “*Ayın birkaç günü geçmiş ise bir aylık sözleşmenin yapılması halinde bir ay otuz gün olarak kabul edilir.*” denilmekte ve aybaşı geçtikten sonra kurulan akitlerde bir ay otuz gün olarak kabul edilerek ay hesaplanır hükmü yer almaktadır. Bu durumda akid tarihinden itibaren otuz gün sayılarak bir ay olarak hesap edilir. Örf ve uygulamaya uygun olan da budur.⁴²⁷

⁴²⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/562; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/75-76.

⁴²⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/563.

⁴²⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/563; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/80; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6/194.

Yine 490. maddede “*Ayın birazı geçmişken şu kadar aylık olarak sözleşme yapılırsa önceki eksik ay en sondaki aydan otuz gün olmak üzere tamamlanarak günlük ücret olarak hesaplanır. Ve ara yerdeki aylar, ayın ilk görünme günü (gurretü’ş-şehr) esas alınarak hesaplanır.*” hükmü yer almaktadır.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi 490. maddenin başına “*eğer İcârenin şu kadar ay yapılması şart koşulmuş ve ayın birazı geçmişse*” şeklinde bir şart cümlesi yerleştirmiş ve konunun bu çerçevede anlaşılmasını uygun görmüştür. Maddeyi eğer İcârenin iki veya daha fazla aylık yapılması şart koşulmuş ve ayın birazı geçmişse bu durumda ilk ay son ay ile tamamlanır ve sondaki eksik kısımlar günlük ücret üzerinden hesaplanır şeklinde maddeyi açıklamıştır. Bu görüşün de İmam Muhammed’in görüşü olduğunu belirtmiştir.⁴²⁸

Ayrıca Ali Haydar Efendi konu ile ilgili şu açıklamalarıda yapmaktadır. Ayın birazı geçtikten sonra birkaç ay sürecek bir akit yapıldığında ikinci aydan itibaren normal ay hesabı yapılır. Başlangıçtaki eksik kısımlarla sondaki eksik kısımlar günlük ücret üzerinden hesaplanır.⁴²⁹ Muhammed ve Ebû Yûsuf birinci ayın gün üzerinden hesaplanacağını, ikinci aydan itibaren ay üzerinden hesaplama yapılacağını ifade etmişlerdir. Gün üzerinden hesaplamanın zaruret halinde mümkün olduğunu, zaruretin ise bu durumda yalnız birinci ayda bulunduğu düşünülmüştür. Ebû Hanîfe birinci ay gün üzerinden hesaplandığında zorunlu olarak ikincisinin de gün üzerine başlayacağını ve yılsonuna kadar bütün ayların bu şekilde devam edeceğini ifade etmiştir.⁴³⁰

Konu ile ilgili açıklayıcı bir diğer maddede 491. maddede “*Ayın birazı geçmişken kaç ay olduğu belirtilmeksizin her ay için şu kadar kuruşa olmak üzere sözleşme yapılması durumunda, başlangıçtaki ilk ay otuz gün olarak hesap edileceği gibi diğer aylar da otuz gün olarak kabul edilir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Ayın birazı geçmişken kaç aylık olduğu belirtilmeden aylık ücret belirlenerek kurulan İcâre akdinde, başlangıçtaki ay ve diğer aylar otuz gün olarak kabul edilir. Bu tür bir İcâre akdinde takvimdeki ayların gün sayısına göre hareket edilmez. Bu maddede

⁴²⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/563.

⁴²⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/564.

⁴³⁰ el-Merginânî, *el-Hidâye*, 3/411.

akdin sona ereceği zaman belli olmadığından eksik olan ilk ayı son aydan tamamlamak mümkün görülmemiştir.⁴³¹

Ayın başlangıcında bir yıllık olarak yapılan İcâre akdi ile ilgili 492. maddede “*Ayın başlangıcında bir yıllık olarak İcâre akdi yapılması durumunda bir yıl on iki ay olarak hesap edilir.*” denilmektedir. Ayın başında senelik olarak bir akit yapıldığında, bir sene on iki ay olarak hesap edilir. Bu bir senenin hangi takvime göre hesaplanacağı belirtilmemişse hicri takvime göre bir sene kabul edilir. Kameri takvimlerde yıl 354 gün vardır bunların altısı 29, altısı 30 olmak üzere 12 aydır. Ama şemsi takvimlerde yıl 365 gündür. Bunlar yine 12 aya ayrılır.⁴³²

Ayrıca Şemsî, Rumî, Farisî ve Kıptî hesabına göre de müddet hesaplanabilir. Tüm bu takvimlerde de yıl 12 aydır. Her iki tarafında bu hesabı bilmesi şarttır. Taraflardan birinin bu hesabı bilmemesi halinde akit geçerli olmaz. Bu hesaplara göre yıl 365 gündür. Rumîde bir ay 28 gün, dört ay 30 gün ve yedi ay ise 31 gündür. Kıptî takviminde 30 günden oluşan 12 ay ve 5 artık gün içeren 13. ay vardır.⁴³³

Hanbelî mezhebinde de bir yıllık kiralama yapılmış ve ayın başında kiralama gerçekleşmiş ise kameri aylara göre 12 ay sayılır ve kira süresi sona ermiş olur.⁴³⁴

Ayın birazının geçmesi halinde 493. maddede “*Ayın birazı geçmişken İcâre akdinin bir yıllık olarak yapılması durumunda bir ay gün olarak, diğer on bir ay ise ayın ilk görüldüğü gün (gurre) esas alınarak hesaplanır.*” şeklinde hüküm ifade edilmektedir. Ayın başı geçtikten sonra akit yapılmışsa, ilk ay, bir ay otuz gün hesaplanır. Eksik günler son aydan tamamlanarak hesap edilir. Diğer on bir ay aybaşlarından itibaren hesaplanır. Bu madde İmam Muhammed’in görüşüne göre düzenlenmiştir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ayın başında yapılmayan senelik bir akitte bir senenin tam üç yüz altmış gün olarak kabul edileceğini ve sürenin buna göre hesaplanacağını belirtmişlerdir. Bu hesaplamalar eğer kameri yıl şartı varsa veya hiç

⁴³¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/564-565; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6/194.

⁴³² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/565; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6/194.

⁴³³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 323.

⁴³⁴ İbn Kudâme, *a.g.e.*, 323.

şart yoksa böyledir. Ama şemsi ay şartı konulmuşsa bu durumda şemsi yıl hesabına göre hareket edilmelidir.⁴³⁵

Hanbelî mezhebinde akid ayın başında değil ise bu durumda 11 ay sayılır ve kalan ilk aydaki eksik günler son aya 30 güne tamamlanacak şekilde eklenerek yıl tamamlanır. Ay olarak tamamlanması mümkün olmadığından eksik günlerin tamamlanması ile ay tamamlanmış olur. İmam Ahmed'ten farklı gelen bir rivayete göre İmam tümünü günlerin tamamlanması şeklinde hesap etmiş ve gün gün sayılması gerektiğini söylemiştir. Ebû Hanîfe ve Şâfiî'den de bu yönde rivayetler nakledilmiştir.⁴³⁶

Kaç ay olduğu belirtilmeksizin aylığı şu kadar kuruş olmak üzere bir taşınmazın kiraya verilmesi durumunda İcâre akdi geçerlidir. Bu konuda Mecelle'de 494. maddede “*Kaç ay olduğu belirtilmeksizin aylığı şu kadar kuruş olmak üzere bir taşınmazın kiraya verilmesi durumunda İcâre akdi geçerlidir.*” şeklinde hüküm belirtilmiştir. Maddenin devamında “*Fakat birinci ay tamamlandıktan sonra ikinci ve daha sonraki ayların ilk gecesiyle ilk gününde kiralayan veya kiracı İcâre akdini iptal/fesih edebilir, ama ilk gecesiyle ilk günü geçtikten sonra sözleşmeyi feshedemez. Ve eğer taraflardan biri ay içinde sözleşmeyi feshettiğini belirtirse, sözleşme ay sonunda fesih olur.*” şeklinde konu izaha devam edilmiştir. Sözleşme akid süresi tam olarak bilinmediği için bir ay için geçerlidir. Yani birinci ay tamamlandıktan sonra ikinci ve daha sonraki ayların ilk gecesiyle ilk gününde kiralayan veya kiracı İcâre akdini iptal/fesih edebilir. Ama ilk gecesiyle ilk günü geçtikten sonra sözleşmeyi feshedemezler. Çünkü birinci ayda sahih İcâre sona ermiş ve diğer aylarda fasid İcâre tek kalmıştır. Bu noktaya 494. maddenin devamında “*Ve eğer ay içinde gelecek ayın başlangıcından itibaren sözleşmeyi fesih ettiğini belirtirse, gelecek ayın başlangıcından itibaren fesih gerçekleşmiş olur. İki veya daha fazla ayın kira bedeli peşin ödenmiş ise taraflardan hiçbirisi bu ayların kira ücretini feshedemez.*” cümleleriyle temas edilmiştir.

Mecelle'de 461. maddede de fasid İcârede tarafların fesih hakkının olduğundan söz edilmişti. Mecelle'de akdin ne kadar sürdüğü dikkate alınmamıştır.

⁴³⁵ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 9/380.

⁴³⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 323.

Ancak fesih hakkının ne zaman kullanılabileceği ve akdin ne zaman fesholacağı yer almıştır. Ücretin peşin olarak verilmesi akdin taraflar için bağlayıcılığını gerektirmektedir. Bu durumda tarafların akdi feshedememesi gerekir. Ücretin peşin verilmesi iş akdine konu ayların belirlenmesi anlamına gelecektir.⁴³⁷

Tarafların ay içerisinde akdi feshetmeleri ile ay içerisinde gelecek ayın başından itibaren diyerek akdi feshetmeleri aynı şeylerdir. Fakat hükümde ay içerisindeki fesih fesh-i müneccez, sonraki ayın başlangıcından itibaren yapılan fesih ise fesh-i muzaf olur ve o konulardaki hükümlere tabi olunur.⁴³⁸

Mecelle'nin 491. ve 496 maddelerinde belirtilen belirlilik “işin ne zaman yapılacağına dair” bir belirliliktir. Yani çalışılacak zamanın tayin edilmesidir. Yoksa iş akdinin süresine ilişkin bir belirlilik söz konusu değildir. 491. ve 494. maddelerde geçen “...kaç aylık olduğu beyan olunmaksızın...” ifadesinden ise akdin süresi belirlenmeden İcâre akdinin yapılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.⁴³⁹

Mecelle'nin 495. maddesinde günlük çalışma süresinin her bölgedeki örf'e göre düzenleneceği belirtilmektedir. “*Kişinin bir gün çalışmak üzere bir işçi tutması halinde güneşin doğuşundan ikindiye kadar veya güneşin batmasına kadar çalışması konusunda o beldedeki örf ne ise ona göre işlem yapılır.*” şeklinde ifade edilen bu maddeye göre çalışma süresinin başlangıcı, güneşin doğuşudur. İçinde bulunulan beldede geçerli olan örf'e göre ikindi vaktine kadar veya güneşin batmasına kadar çalışılır. Serahsî'ye göre gün güneşin doğuşundan batışına kadar geçen süredir. Bu süre nass ile belirlenmiş olduğundan aksi iddia edilemez. Ancak çalışma süresine ilişkin taraflar daha kısa bir süreyi akitle kararlaştırabilirler.⁴⁴⁰

Bu maddede örf'e temas edilmiş olması önemlidir. Çünkü günümüz örfünde çalışma süreleri, başlangıç ve bitişi ile ilgili değişik değişik uygulamalar mevcuttur. Mecelle'nin 43. maddesinde örfen ma'ruf olan şeyin şart kılınmış gibi olduğu, akitte yer verilmemiş olsa bile örf olarak bilinen bir şeyin akdin bir şartı gibi değerlendirileceği belirtilmektedir. 44. maddesinde de tüccarlar arasında ma'ruf olan

⁴³⁷ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/566-567.

⁴³⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/567.

⁴³⁹ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, s. 51.

⁴⁴⁰ Abdülvehhab Öztürk, “İslam'da İşçi İşveren Münasebetleri”, *İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri*, (İstanbul Ensar: Neşriyat, 1986), 264.

şeyin meşrut olduğu yani şart kılındığı hüküm altına almıştır. Tarafların örfe göre hareket etmeleri bir çalışma süresi belirlemedikleri takdirde söz konusu olur.⁴⁴¹

Ücret karşılığında bir işçinin tutulması meselesi ile ilgili olarak Mecelle’de 496. maddede “*Birisi, örneğin on gün çalışmak üzere bir dülger (yapıların kaba ahşap işlerini yapan kimse) kiralasa sözleşmeyi takip eden günler esas alınır. Ve eğer yazın on gün çalışmak üzere diyerek kiralamış olsa hangi ayın kaçınıcı gününden itibaren çalışacağını belirtmediği sürece sözleşme sahih olmaz.*” şeklinde hüküm yer almaktadır.

Kişi örneğin on gün çalışmak üzere bir işçi ücret ile tuttuğunda sözleşmeyi takip eden günler esas alınarak sözleşmeden sonraki on gün esas alınır. Böylece çalışma günleri tayin edilmiş olur. Zira günü kesin tayin edilmeden, ay veya mevsim gibi tam belirli olmayan süre üzerine yapılan akitler sahih değildir. Örneğin yazın on gün çalışmak üzere bir işçi istihdam edildiğinde süre belirli olmadığından bu akid fasit olacaktır. Sahih olması için hangi ay, hangi gün ve hatta hangi yıl için akdin yapıldığının belirtilmesi gerekir.⁴⁴²

Bu noktada İcâre iki kısımda incelenir. Birincisi süre üzere yapılan icâredir. İkincisi ise süreye göre değil belirlenmiş bir işe göre yapılan icâredir. Duvar örmek, gömlek dikmek, belirli bir yere yük taşımak için yapılan kiralamalar böyledir. İş karşılığı olamayacak kiralamalarda, örneğin evin veya arazinin kiralanmasında, süre ile kiralama yapılması şarttır.⁴⁴³

Mecelle’nin 491, 494 ve 496. maddelerinde yer alan cümlelerden belirsiz süreli bir iş akdi kurmanın mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁴

2.4. İCÂRE AKDİ’NDE MUHAYYERLİKLER

Hayr kökünden türetilen ve “iki şeyden daha iyi olanı seçmek” anlamına gelen muhayyerlik Arapça *hıyar* kelimesinin Türkçe’deki karşılığıdır. Fıkıh terimi olarak belirlenen seçim hakkına göre *hıyarü’ş-şart* ve *hıyarü’r-rü’yet* gibi tamlamalar

⁴⁴¹ Bkz. Mecelle’nin 43. ve 44. maddeleri.

⁴⁴² Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/570.

⁴⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 325.

⁴⁴⁴ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 48.

içinde de kullanılır. Muhayyerlik "*anlaşmaya veya şer'i bir gerekçeye dayanarak tarafların yapılan akdi onaylamak veya feshetmek şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç mebi'den birini) seçme hakkına sahip olması*" şeklinde genel bir tanımla ifade edilebilir.⁴⁴⁵

Muhayyerlikler, kendileriyle amaçlanan maslahatın gerçekleşmesine imkân vermek amacıyla akdin hükmünün sübutuna veya bağlayıcılığına çeşitli seviyelerde engel olurlar. Yani muhayyerliklerin bir kısım şeyleri engelleme özelliği vardır. Örneğin şart muhayyerliğinde muhayyerliğin satıcıya ait olması durumunda satılan şeyin satıcının mülkiyetinden çıkmasına ve akdin hükmünün sübutuna sebep teşkil eder. Görme muhayyerliğinde ise sabit olmuş hükmün tamamlanmasına engel olurken, ayıp muhayyerliğinde işlerlik kazanmış akdin bağlayıcılığına engel olurlar.⁴⁴⁶

Muhayyerliklerin mezhepler içerisindeki durumu da farklılık gösterir. Sadece şart ve ayıp muhayyerlikleri bütün mezheplerce kabul edilmiştir. Görme ve tayin muhayyerliklerinin meşruiyeti ise mezhepler arasında tartışmalıdır.⁴⁴⁷

İslam Hukukunda genellikle "*teravi (iyi düşünülmesi gereken) muhayyerlik*" olarak ifade edilen ve akit hakkında daha iyi düşünme ve eksikliği giderip yarar elde etme imkânı veren bir muhayyerlik sınıflandırması, gruplandırılması mevcuttur. Malikîler özellikle şart muhayyerliğini "*Hıyâru't-Teravî*" kavramıyla ifade etmişlerdir.⁴⁴⁸

Ali Haydar Efendi, İcâre akdinde on altı adet muhayyerlik çeşidi bulunduğunu ifade etmiş ve bu on altı muhayyerliği saymıştır. Bu on altı muhayyerlik şart, rü'yet, ayb, vass, nakd, tayin, meclis, anlaşmadan ayrılma, fuzulinin akdine izin verme, kabul, ücretin vassfedilmesi, aptallık ve aldatma şeklindedir. Mecelle'de icâre konusunda ise sayılan on altı muhayyerlikten üç

⁴⁴⁵ H.Yunus Apaydın, "Muhayyerlik", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 31/26.

⁴⁴⁶ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakir*, 5/498.

⁴⁴⁷ Apaydın, "Muhayyerlik", 31/26.

⁴⁴⁸ Derdîr, *Şerhu's-Sağîr*, 3/133; Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, (Kahire: Daru'l-İcad, 1954-1959), 4/199; Apaydın, "Muhayyerlik", 31/26.

tanesine yer verilmiştir. Bunlar şart, rü'yet ve ayb muhayyerlikleridir.⁴⁴⁹ Mecellenin ilk kitabı olan bey' konusunda ise şart, vass, nakd, tayin, rü'yet ve ayb olmak üzere toplam altı muhayyerlikten söz edilmiştir.⁴⁵⁰ Ali Haydar Efendi, bey' için geçerli olan muhayyerliklerin yirmi iki adet olduğunu ve Mecellenin bey' ile ilgili olan birinci kitabında bunlardan sadece altı tanesinin ele alınarak incelendiğini belirtmektedir.⁴⁵¹

İcâre Akdi'nde Muhayyerlik konusu Mecelle'de İcâre Akdi ile ilgili olan ikinci kitabın beşinci bölümünde ele alınmıştır. Üç fasıl halinde kaleme alınan bu bölümde birinci fasılda Şart muhayyerliği (Hıyâr-ı şart), ikinci fasılda Görme Muhayyerliği (Hıyâr-ı rü'yet) ve üçüncü fasılda da Ayıp Muhayyerliği (Hıyâr-ı ayb) konusu ele alınarak muhayyerlikler ile ilgili hükümler beyan edilmiştir.

İcâre akdi ile ilgili olan on altı adet muhayyerlikten Mecelle'de belirtilen şart, rü'yet ve ayb muhayyerlikleri dışındaki muhayyerlik çeşitlerine de kimi Mecelle maddelerinde değinilmiştir. Bunlar icâre akdinin kurulum şartları ve hükmünün ifade edildiği ikinci bölümün ikinci faslında 447. maddesinde yer alan işlem yapma ehliyeti olmayanın (الفضولي) işlem yapması ile ilgili olan muhayyerlik ve kiraya veren ve kiracının sözleşme sonrası görev ve yetkileri ile ilgili olan yedinci bölümün birinci faslında yer alan 585. maddesindeki anlaşma (الصفقة) muhayyerliğidir.⁴⁵²

Ayrıca müstakil bir başlık olarak işlenmemiş fakat muhayyerlikler içerisinde değinilmiş olan 503. maddede yer alan kiralanan arazinin belirtilenden eksik çıkması durumundaki vasıf muhayyerliği (الوصف), 506. maddede belirtilen tayin muhayyerliği ve 520. maddede yer almış olan kiralana malın teslim edilmesinden önce kiralanan şeyin yok olması, yıkılması konusundaki muhayyerlikte Mecelle'de değinilen muhayyerlik çeşitlerindendir.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/571.

⁴⁵⁰ Mecelle, 300 ve 355. Maddeleri arası maddeleri bu muhayyerliklerle ilgilidir.

⁴⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/571.

⁴⁵² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/571-572.

⁴⁵³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/571-572.

2.4.1. İcâre Akdi'nde Şart Muhayyerliği (Hıyâr-I Şart)

Fıkıh kitaplarında "*Hıyar, hıyarü's-şart, safkatu hıyar ve bey'u'l-hıyar*"⁴⁵⁴ gibi başlıklar altında incelenen şart muhayyerliği diğer muhayyerliklere kıyasen akit esnasında şart kılınmasına bağlı olduğu için daha çok "*hıyarü's şart*" tabiriyle ifade edilir.⁴⁵⁵

İcâre akdinde şart muhayyerliği geçerlidir.⁴⁵⁶

Şart muhayyerliği satış ve İcâre gibi bedel değişimi esası üzerine kurulu, feshe elverişli bağlayıcı akidlerde tarafların anlaşmasına bağlı olarak birinin veya her ikisinin muayyen bir süre içerisinde akdi onama (imza, icazet) yahut feshetme hakkına, yetkisine sahip olmasını ifade eder. Şart muhayyerliğinin hak sahibine akdi tek taraflı olarak feshetme yetkisi verdiği konusunda fikir birliği vardır. Muhayyerlik hakkının üçüncü bir şahsa ait kılınması Züfer b. Hüzeyl ve bazı Şafî fakihleri, muhayyerliğin akdin yapılmasından sonra söz konusu edilmesi de Şafî ve Hanbelîler dışındakiler tarafından mümkün görülür.⁴⁵⁷

Şart muhayyerliğinin meşru kılınmasının birçok hikmet vardır. Bunlardan biri de akit yapan taraflar için akdin hükümlerini değerlendirme fırsatı ortaya koyabilmesidir. Belirlenen süre içerisinde muhayyer olan kişi, yapılan akdin kendi menfaatleri için uygun olup olmadığını değerlendirme imkânına sahip olur. Böylece yapılan akdin şahsın menfaatlerini koruyup korumadığı noktasında daha doğru karar verebilmesi için fırsat tanır. Muhayyer olan taraf müşteri olması durumunda, şart muhayyerliği geçerli olduğu süre zarfında kiralamayı düşündüğü malı bütün yönleriyle değerlendirme fırsatı yakalar. Muhayyer olan taraf malı kiraya veren taraf ise, kiralamaya hazırlandığı malın piyasa değerine göre uygun bir fiyata kiralanıp kiralanmadığını değerlendirebilir. Şart muhayyerliği taraflara yapmayı niyet ettiği

⁴⁵⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 15.

⁴⁵⁵ Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri* I, 6. Baskı, (Konya: Ensar Yayıncılık, 2013), 74.

⁴⁵⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, 3/448; er-Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, 4/16; el-Merginânî, *el-Hidâye*, 3/250; Şeyh Nizâm, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, 4/472.

⁴⁵⁷ en-Nevevî, *el-Mecmu'*, 9/194, 198, 199, 374; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadîr*, 5/516. Muhayyerliğin akdin kurulmasından sonra gündeme getirilmesi hakkında bkz. İbn Kudâme, *el-Umde fi'l-Fıkhi'l-Hanbelî*, nşr. Eşref b. Abdülmaksûd, (Beyrût 1409/1988), 6/30.

tasarruf üzerinde düşünme fırsatı tanıdığı için Mâlikiler tarafından “*Hıyâru ’t-Teravî*” şeklinde isimlendirilmiştir.⁴⁵⁸

Mecelle’de ilgili yerde ele alınan hıyâr-ı şart (şart muhayyerliği) hakkındaki 497. maddede “*Satım sözleşmesinde olduğu gibi İcâre akdinde de muhayyerlik şartı (sözleşmeye geçerlilik kazandırıp kazandırmamak üzere seçim hakkı) geçerli olmak üzere, sözleşmenin taraflarından birisi veya her ikisi birden, şu kadar gün muhayyer olarak yapılan kiraya verme ve kiralama işlemi caiz olur (geçerlidir).*” denilerek İcâre akdinde Şart muhayyerliğinin geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Şart muhayyerliğinin alıcı ve satıcıdan her biri veya aynı anda her ikisi için caizliği konusunda birkaç istisna dışında görüş birliği vardır. Bu konuda temel dayanak, alım satım sırasında hep aldatıldığı şikâyetinde bulunan Habban b. Münkız'a Hz. Peygamber (s.a.v.)'in söylediği şu sözdür: “*Alım satım yaptığında de ki: Aldatma yok ve benim için üç gün muhayyerlik hakkım var.*”⁴⁵⁹

Büyük hadis âlimi ve fakih İmam Nevevî şart muhayyerliğine ruhsat veren hadislerin sübut ve delalet bakımından bazı zaafılar içerdiğine temas etmiş ve şart muhayyerliğinin cevazı noktasında en güçlü delilin icma’ olduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁰

Mezhepler genellikle şart muhayyerliğinin ihtiyaç gerekçesiyle meşru kılındığı kanaatindedir. Ancak Süfyan es-Sevri, İbn Şübrüme ve bazı Zahiriler'in, ğarar içerdiği ve satım sözleşmesinin yapısına aykırı olduğu gibi gerekçelerle şart muhayyerliğini caiz görmedikleri bilinmektedir. Bunların ilgili hadisteki Habban b. Münkız'ın alıcı olmasına binaen muhayyerlik hakkının sadece alıcı için caiz olduğu yönünde bir görüşe sahip oldukları rivayeti de bulunmaktadır.⁴⁶¹

Şart muhayyerliğinin İcâre akdi için caiz olup olmadığı konusunda İslam hukukçuları ittifak etmiş değillerdir. Hanefî ve Malikî hukukçular İcâre akdinin muhayyerlik şartı ile kurulmasını mutlak olarak caiz görmüşlerdir. Şâfiîler şart muhayyerliğini akdin muayyen bir amel üzerine kurulması durumunda kabul etmişlerdir. Şahıs üzerine veya süre üzerine kurulan iş akitlerinde caiz

⁴⁵⁸ Dardîr, *Şerhu's-Sağîr*, 3/133; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, 4/199.

⁴⁵⁹ Buhari, “Büyu”, 48.

⁴⁶⁰ en-Nevevî, *el-Mecmu'*, 9/190.

⁴⁶¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 2/174; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadîr*, 5/500.

görmemişlerdir. Hanbelîler ise muhayyerlik süresi ile akit süresi iç içe girdiğinde muhayyerlik caiz olmaz demişlerdir.⁴⁶²

Şart muhayyerliğinde muhayyerlik süresi ile ilgili 498. maddede “*Muhayyer (fesih hakkı sahibi) olan kimse muhayyerlik (seçim hakkı) süresinde dilerse sözleşmeyi fesheder, dilerse de sözleşmeye yürürlük kazandırır (muciz olur).*” hükmü yer almaktadır.

Muhayyerlik hakkına sahip olan taraf ister kiraya veren olsun isterse kiracı olsun akdi dilerse sözlü veya fiili olarak fesheder. Dilerse de akdi onaylar ve Mecelle 301. madde çerçevesinde akid lazimi bir akid halini alır. Bu durumda Ebû Hanîfe’ye göre karşı tarafa ulaşmasına veya hâkim kararına gerek yoktur. Ebû Hanîfe’ye ait olan yukarıdaki görüşe karşın İmameyn akitten dönmek için karşı tarafın huzurunda iradenin ortaya konması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁶³

Muhayyerlik süresi içerisinde taraflar akitle bağlı olmak istemediklerini karşı tarafa bildirebilirler. Hanefî, Hanbelî ve Şâfiî’lere göre muhayyerlik süresinin sona ermesiyle muhayyerlik ortadan kalkar ve akit bağlayıcılığını devam ettirir. İmam Malik’in görüşüne göre ise muhayyerlik süresi sona erdiğinde eski akit bağlayıcılığını kaybeder ve artık bağlayıcı olan yeni akittir.⁴⁶⁴

Mecelle’de 499. maddede “*Gerek fesih gerek icazet (onay) (302.), (303.) ve (304.) maddelerinde açıklandığı gibi sözle olabileceği gibi eylemle de olur. Bu nedenle kiralayanın muhayyer bulunduğu sürede me’cur (kendisinden mal kiralanan, İcâreye veren kişi)’un da sahip olmanın gereklerinden olan bir şekilde (temellükün levazımından olan bir veçhile) işlem yapması (tasarrufta bulunması) eylemli (fiili) fesihtir. Kiracının muhayyer olması halinde kiralanda, bir kiracı gibi işlemde bulunması sözleşmeye eylemi ile verdiği (fiili) onaydır.*” denilerek şart muhayyerliğinde fesih işleminin sözlü veya fiili olabileceği ifade edilmektedir.

⁴⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, 15/214; Şeyh Nizâm, *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 9/390 vd; Ahmet Akgündüz, “Hizmet Akdinin Feshi ve Sonuçları”, *Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri*, (İstanbul: İlmi Neşriyat, 1990), 69.

⁴⁶³ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4/217; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 2/237; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/574.

⁴⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/238.

Mecelle'nin ilk kitabı olan ve satım sözleşmelerinden söz eden *Kitab-ül Buyü'* kitabının 7. Babının 1. Faslında yer alan 302., 303. ve 304. maddelerinde hıyar-ı şart ile ilgili ifade edildiği üzere fesih sözlü veya fiili olabilir. Bu nedenle kiralayanın muhayyer bulunduğu sürede mal sahibinin, kiracının muhayyer olması halinde kiracının bir tasarrufta bulunması fiili fesihtir.⁴⁶⁵

Ebû Hanife'ye göre satıcının mülkiyetinden çıkan mal müşterinin mülkiyetine girmez. İmam Şâfiî, İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf'a göre ise satıcının mülkiyetinden çıkan mal müşterinin mülkiyetine girmiş olur.⁴⁶⁶

Muhayyer olan kimsenin kirayı fesih veya kabul etmeden önce muhayyerlik süresinin sona ermesi durumuyla ilgili olarak 500. maddede "*Muhayyer olan kimse kirayı fesih veya kabul (infaz) etmeden muhayyerlik (seçme süresi) sona ererse İcâre akdinde fesih hakkı ortadan kalkmış kabul edilerek sözleşme geçerlilik kazanır.*" hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede muhayyer olan kimsenin kirayı fesih veya kabul etmeden önce muhayyerlik süresinin sona ermesi halinde kişinin fesih hakkının ortadan kalktığı ifade edilmektedir.

Mecelle'de 305. maddede bey' konusunda geçtiği üzere muhayyer olan kimse henüz sözleşmeyi fesh veya onaylamadan muhayyerlik süresi sona ererse, İcâre akdinde fesih hakkı ortadan kalkmış olara kabul edilir ve sözleşme geçerlilik kazanmış olur. Muhayyerlik hakkı sözlü veya fiili onay, sürenin sona ermesi ve seçim hakkı olanın ölümüyle sona erer. Muhayyerlik hakkı Hanefilere göre varise devr olunmaz. Şâfiîlere göre ise şart muhayyerliği varise intikal eder.⁴⁶⁷

Şart muhayyerliğinde satıcının veya alıcının malı kullanma, kiraya verme, üçüncü bir kişiye satma, bir borca karşılık rehin verme, akit konusu köle ise köleyi azat etmesi gibi tasarrufları akdi feshetme veya geçerli kılma anlamına gelmektedir.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/574.

⁴⁶⁶ Nevevî, *Minhâcu't-Talibîn*, 295; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/30; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, 4/204.

⁴⁶⁷ Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî fî Furûi'l-Şâfiyye*, 108; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/32.

⁴⁶⁸ Şeybânî, *el-Câmiu's-Sağîr*, 190; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/528-529; Nevevî, *el-Minhâc fî şerhi Sahîhi Müslim b. el-Haccâc*, 295;

Muhayyerlik süresinin başlangıcı sözleşmenin yapıldığı tarihtir. Konu ile ilgili olarak Mecelle’de 501. maddede “*Seçme süresinin başlangıcı (müddet-i hıyâr) olarak, sözleşme tarihi (vakt-i akit) esas alınır.*” sözleriyle hüküm beyan edilmiştir.

Mecelle’nin bu maddesiyle muhayyerlik süresinin tarafların anlaşmasından itibaren başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Yani muhayyerlik süresinin başlangıcı icâre akdinin yapıldığı tarihtir.⁴⁶⁹

Şart muhayyerliğinin süresi konusunda üç görüş vardır.

a) İlgili hadiste üç günlük süreden söz edildiği için Ebû Hanîfe, Şafî⁴⁷⁰ ve Züfer’e göre bu süreyi aşan muhayyerlik şartı akdi fasid kılar.⁴⁷¹ Daha fazla bir süre şart koşulmakla birlikte muhayyerliğin üç gün içerisinde kullanılması durumunda Züfer’e göre akdin sahih hale gelmesi mümkün değilken Ebû Hanîfe’ye göre mümkündür. Süre üç günden fazla olması halinde Ebû Hanîfe’ye göre akit fasit olur. Ancak üç gün geçmeden önce şart düşürülür veya muhayyerlik süresi belirli hale getirilirse, bilinmezliğin ortadan kalkması sebebiyle satım akdi sahih olur. Züfer’e göre ise üç günden fazla muhayyerlik şart koşulması sebebiyle fasit olan akit bir daha sahih olmaz.⁴⁷² Şâfiîler’e göre fasid zaten batıl anlamına geldiğinden böyle bir akid hiçbir şekilde sahihe dönüşmez. Nevevi meclis dağılmadan önce muhayyerliğin üç güne çekilmesi durumunda akdin sahihe dönüşeceğini savunmuştur.⁴⁷³

b) Hükmün amacından hareket eden Ebû Yûsuf ve Muhammed ile Hanbelî ve Ca’feriler, tarafların belli olmak şartıyla muhayyerlik süresini istedikleri gibi kararlaştırabileceğini söyler.

c) Malikîler, muhayyerlik süresinin satıma konu edilen malın cinsine göre mutaat olan süreyi aşmaması gerektiği kanaatindedir.

⁴⁶⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/576.

⁴⁷⁰ Müzenî, *el-Muhtasar (el-İhtisâr)*, 102; Nevevî, *Minhâcü’t-Tâlibîn*, 9/295.

⁴⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/38; Abdullah b. Mahmûd el-Mevsîlî, *el-Muhtâr li’l-fetvâ*, (*el-İhtiyâr* ile birlikte), (Kahire: Matbaatu’l-Halebi, 1356/1938), 2/12; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/29.

⁴⁷² Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî, *el-Câmiu’s-Sağîr*, nşr. Muhammed Boynukalın, (Beyrût: Darul İbni Hazm, 1432/2011), 190; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/39; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/29.

⁴⁷³ en-Nevevî, *el-Minhâc*, 9/190, 194.

Muhayyerlik süresi kural olarak akdin kurulmasından itibaren başlar. Ancak meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî ve Hanbelî ekollerinde bu sürenin tarafların bedenlen birbirinden ayrılmasından itibaren başlayacağını ileri sürenler de vardır.⁴⁷⁴

Muhayyerlik süresinin bitmesi İcâre akdinin başlangıcı olarak kabul edilir. Mecelle’de 502. maddede “*İcâre akdinin başlangıcı, seçme süresinin bitme tarihidir.*” denilerek bu konuya temas edilmiştir.

İcâre akdinin başlangıç tarihi 498, 499 ve 500. maddeler gereği muhayyerlik süresinin bitim tarihidir. Bu çerçevede örneğin kişi bir evi üç günlük muhayyerlik süresi olmak üzere bir aylığına kiralarsa ve ikinci günün sonunda seçim hakkını kullanarak kiralamaktan vazgeçerse, ilk iki günün kirasını ödemek zorunda değildir. Çünkü İcâre akdinin başlangıç tarihi, muhayyerlik süresinin bitişi tarihidir. Bu durumda henüz kira süresi başlamamıştır. Çünkü henüz kiralanan şeyin menfaatlerinden muhayyerlikten dolayı istifade etmek söz konusu değildir.⁴⁷⁵

Mecelle’de muhayyerlik ile ilgili kimi örnekler verilerek bu örnekler çerçevesinde konu izah edilmiştir. Bu çerçevede 503. maddede “*Şu kadar arşın veya dönüm olarak kiralanmış yer fazla veya eksik çıksa da sözleşme sahih olur. Belirlenmiş olan ücretin (ecr-i müsemma) ödenmesi gerekir. Ama eksik çıkma durumunda kiracı muhayyer olup dilerse İcâre akdini feshedebilir.*” me’curun kiralınmasının keyfiyetine dair hüküm ifade edilmiştir. Belirli bir dönüm veya yüzölçüm olarak kiralınmış yerin fazla veya eksik çıkması durumunda yine de İcâre akdi geçerli olur. Sözleşme sırasında belirlenmiş olan ücretin ödenmesi gerekir. Fakat yüzölçümün eksik çıkması durumunda kiracı muhayyer olup dilerse kiralamaya devam eder dilerse de İcâre akdini feshedebilir. Fazlalıktan dolayı bir ücret gerekmediği gibi, eksiklikten dolayı da bir ücret eksiltilmez.⁴⁷⁶

Mecelle komisyonu 224. ve 225. maddelerde Mecelle’nin bu maddedeki hükmünü muhtasar olarak belirtmiştir. Ta’dil Komisyonu, 1340 (1924) yılında ilave edilen kısımda, hükmün biraz daha tafsilatına girerek, muhtemel eklemeler yapmıştır. Bu yapılan ilaveler, Hanefî anlayışa uygun ilavelerdir. Komisyon

⁴⁷⁴ Apaydın, “Muhayyerlik”, 31/27.

⁴⁷⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/576.

⁴⁷⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/577.

üyelerinden Abdurrahman Münib Bey arazinin eksik çıkması halinde ecr-i müsemmadan hissesiyle me'curu kabul edeceği ve bu durumda mûcirin rızası şart olmasına antlaşmanın aslına uygun olmayacağını gerekçe göstererek muhalefet etmiştir. Diğer üyeler ise 503. maddede “*Şu kadar zira veya dönüm olmak üzere isti'car olunan yer, led'et-teslim tamam çıkarsa İcâre lâzım olur. Nâkıs çıkarsa, müste'cir muhayyer olup, dilerse İcâreyi fesheder. Dilerse ecr-i müsemmadan hissesiyle kabul eyler. Bu takdirde mûcirin rızası şarttır. Zâid çıkarsa gerek mûcir gerek müste'cir muhayyer olur. Şu kadar ki, mûcir ziyâdeyi meccanen müste'cire terk ederse müste'cirin muhayyerliği sâkıt olur ve ziyâde mukabelesinde bir ıvaz ifasıyla icârenin takririne tarafeyn ittifak ederse câiz olur.*” şeklinde değişiklik ve ekleme yaparak ta'dil edilmesini onaylamıştır.⁴⁷⁷

Kiralama sırasında ücret mülkün bütünü için tek ücret olarak hesap edilebileceği gibi Mecelle'nin 504. maddesinde “*Dönümü şu kadar kuruşa olmak üzere bir yer kiralansa ücretin dönüm hesabına göre verilmesi gerekir.*” cümlesiyle ifade edildiği gibi dönüm veya metre hesabına göre de yapılabilir. Dönüm veya arşın fiyatının belirlenmesi şeklinde yapılacak olan kiralamalarda ücret belirlenen dönüm veya arşın fiyatına göre verilir. Yani toptan bir hesap değilde dönüm dönüm, yüzölçüm çerçevesinde hesap yapılır.⁴⁷⁸

İcâre akdinde ücret ile ilgili akid sırasında belirtilen şartlar geçerlidir. Mecelle'nin 505. maddesinde “*Bir iş belirlenen bir vakte kadar yerine getirilmesi şartı ile ücreti tayin edilerek İcâre akdi yapılabilir ve belirlenen şartlar geçerli olur.*” hükmü yer almakta ve “*Örneğin, bir kimse bugüne yetiştirmek şartıyla bir terziye kesip gömlek dikmek üzere bez verse veya şu kadar günde Mekke'ye götürmek şartıyla bir adamdan deve kiralasa (istikra) bu akit geçerli olur. Ve kiralayan şartı yerine getirirse sözleşmede belirlenmiş olan ücreti (ecr-i müsemma) alır, şartı yerine getirmezse belirlenmiş olan ücreti aşmamak üzere ecr-i misil alır.*” denilerek konu örneklenerek izah edilmektedir.

Bu madde ve bundan sonraki madde şartlı icareye dairdir. Bir işin belirlenen bir vakte kadar yerine getirilmesi şartıyla ve ücreti de belli edilerek İcâre akdi

⁴⁷⁷ Ceride-i Adliyye, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 906 vd.

⁴⁷⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/578.

yapılırsa bu sözleşme geçerlidir. Sözleşmede belirlenen şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir kimse belirli bir güne yetiştirmek şartıyla bir terziye gömlek dikmesi için kumaş verirse veya şu kadar günde Mekke'ye götürmek şartıyla bir adamdan deve kiralarsa bu akit geçerli bir akit olur. Ve kiralayan şartı yerine getirirse sözleşmede belirlenmiş olan ücreti yani ecr-i müsemmayı alır. Fakat şartı yerine getirmezse belirlenmiş olan ücreti aşmamak üzere ecr-i misil alır.⁴⁷⁹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir işin belirlenen bir vakte kadar yerine getirilmesi şartıyla ve ücreti de belli edilerek İcâre akdi yapılırsa bu sözleşme geçerlidir. İşçi belirlenen şartı yerine getirdiğinde ecr-i müsemmaya hak kazanır. Belirlenen sürede işi yerine getiremezse ecr-i müsemmayı aşmamak üzere ecr-i misle hak kazanır. Bu durumda birden fazla ödeme usulün birleştirilmiş olur. Ücretin ecr-i misil miktarına kadar olan bölümü temel ücrettir, ecr-i misli aşan kısmı ise günümüzde prim olarak ifade edilebilir. Ülkemizde cari olan hukukta da ödeme şekillerinin birleştirilmesi söz konusudur. Belli bir aylık ücret ile çalışan işçiye ayrıca yaptığı işin sonucundan da belli bir miktar verilmesi durumunda birden fazla ödeme usulünün birleştirilmesi söz konusu olmuştur.⁴⁸⁰

İslam Hukuku bir işin farklı yapılaş şekilleri için farklı ücret belirlenmek suretiyle akit kurulmasına izin vermektedir. Ayrıca yapılan işe göre ücretin derecelendirilmesi mümkün görülmüştür. Mecelle'nin 506. maddesinde yer verilen görüş İmameyn'in görüşüdür. Ebû Hanîfe işin anlaşıldığı şekilde yapılmaması durumunda ecr-i misil ödenmesi gerektiğini ifade etmiş, İmameyn ise terditli olarak belirlenen ücretin verileceği görüşünü benimsemiştir.⁴⁸¹

Ücretin farklı kılınmasında Mecelle'nin 506. maddesinde “*İş ve işçide ve yükte ve mesafede ve mekânda iki veya üç duruma göre değişen ücret ile İcâre akdi yapılması geçerli bir akittir. Ve hangi durum gerçekleşirse ona göre ücret ödenmesi gerekir.*” cümleleriyle iş, işçi, yük, mesafe ve mekânın farklılığından söz edilmektedir. Hanefi mezhebi kaynaklarında ise İcâre akdi için sekiz usulle ücretin derecelendirilmesi caiz görülmüştür. Bunlar iş, işçi, yük, mesafe, mekân, zaman,

⁴⁷⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/578-579.

⁴⁸⁰ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 114.

⁴⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/580; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/92; Aykanat, *a.g.e.*, 112.

ziraatın türü ve yükün nakline ilişkindir. İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu şekillerde ücretin farklılaşabileceği ve yükün nakledilmesi dışındaki seçeneklerde de ücretin belirlenmesinin gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁸²

506. maddenin devamında “Örneğin enine ve sık dikilmesi halinde şu kadar, seyrek bir dikişle dikilirse şu kadar kuruş ücret üzere pazarlık yapıldıktan sonra, dikim bu iki şekilden hangisi ile yapılırsa sözleşmede o şekil için belirlenmiş olan ücret ödenir. Veya bir dükkânda aktarlık yapılması halinde şu kadar ve demircilik yapılması halinde şu kadar kuruş ücret ödenmek üzere sözleşme yapılırsa, kiracı hangi işi yaparsa sözleşmede o iş için belirlenmiş olan ücreti öder. Aynen böyle bir yük hayvanını buğday yükletilmesi halinde şu kadar ve demir yükletilmesi durumundaysa bu kadar kuruş karşılığında kiralayan kimse bu maddelerden hangisini yükletirse ona göre belirlenmiş olan ücreti öder. Veya bir katırcı (Mekkârî) şu hayvanı Çorlu’ya kadar yüz, Edirne’ye kadar iki yüz ve Filibe’ye kadar üç yüz kuruşa kiraladım derse, kiracı bu yerlerden hangisine giderse orasının ücretini öder.” cümleleriyle konu örneklenmekte ve konuya açıklamalar getirilmektedir.

Yine maddenin devamında “Ve yine aynen böyle kiralayan şu evi yüz, bu evi iki yüz kuruşa kiraya verdim deyip sonra da kiracı da bunu kabul etse, kiracı hangi evde oturursa o ev için belirlenmiş olan ücreti ödemesi gerekir. Aynen böyle bir kimse bir cübbeyi bugün dikerse elli ve yarın dikerse otuz kuruş vermek şartıyla terzi ile pazarlık ederse bu akit caizdir, belirlenmiş olan şartlar geçerli olur.” cümleleriyle konuya ikinci bir örnek verilmektedir.

2.4.2. Akdi’nde Görme Muhayyerliği (Hıyâr-ı rü’yet)

Müşterinin görmeden satın aldığı bir malı gördüğünde yaptığı akdi feshetme hakkının var olması rü’yet huhayyerliği olarak tanımlanır.⁴⁸³

Mecelle’de ikinci kitabın beşinci bölümünde muhayyerliklerden söz edildiğini daha önce ifade etmiştik. İşte Görme Muhayyerliği (Hıyâr-ı rü’yet) konusu bu bölümün ikinci faslında ele alınmıştır. Konu ile ilgili ilk madde “Kiracının

⁴⁸² Serahsî, *Mebûsât*, 15/141-142; Merginânî, *el-Hidâye*, 3/422; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/580.

⁴⁸³ Apaydın, “Muhayyerlik”, 31/29.

hıyâr-ı rü'yet (görme muhayyerliği) hakkı vardır.” şeklinde ifade edilen 507. maddedir.

Kiracı (müste'cir)nın hıyâr-ı rü'yet (görme muhayyerliği) hakkı şartsız olarak geçerlidir. Kiraya veren (mûcir)in ise rü 'yet huhayyerliği Mecelle'nin 322. maddesinde satış akdinde belirtildiği gibi icâre akdinde de yoktur.⁴⁸⁴

Şafiîler akid meclisinde hazır olmayan bir malın satılmasını caiz görmediklerinden rü'yet huhayyerliğini doğal olarak kabul etmezler. Hanefî, Hanbelî ve Malikî mezheplerine göre ise, görülmeyen ve akit meclisinden uzak bulunan malların satışında rü 'yet huhayyerliği caizdir. Hanefiler kendisine veya bulunduğu yere işaret edilmesi, Malikîler ve bazı küçük farklarla Hanbelîler ise tavsif edilmesi ve kabz edilmeden önce vasfının değişmeyeceğinden emin olunması şartlarıyla rü 'yet huhayyerliğini caiz görürler.⁴⁸⁵

Hanbelî ve Malikî'lere göre görmeden satın alınan bir mal elde edilip görüldüğünde daha önce tavsif edildiği şekilde çıkarsa müşterinin muhayyerlik hakkı ortadan kalkar ve akit bağlayıcı bir hal alır. Hanefiler ise bu durumda da görme muhayyerliğinin devam edeceği görüşündedirler, yani hala alıcı için vazgeçme hakkı vardır. İmam Malik ve İmam Ahmed b. Hanbel'den nakledilen farklı bir rivayette ğaip malın satımında rü'yet muhayyerliğini kabul etmedikleri dolayısıyla rü'yet muhayyerliğine cevaz vermedikleri ifade edilmektedir. İmam Malik'ten gelen ikinci bir rivayete göre ise onun rü'yet muhayyerliğini müşterinin bunu şart koşmasına bağlı olarak caiz gördüğü belirtilir. Fakat Malikî mezhebinde genel kabul edilen görüş İmam Malik'in yukarıda belirttiğimiz ilk görüşüdür.⁴⁸⁶

Mecellenin bu maddesi iş akdinde işveren için rü'yet muhayyerliğinin olduğu belirtilmiş olmaktadır.⁴⁸⁷

Daha sonra gelen 509. madde ve 510. maddenin sonundaki bölüm bu maddedeki hükmü teyid eder mahiyettedir.⁴⁸⁸ 509. maddede “*Bir taşınmazı*

⁴⁸⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/585; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/93.

⁴⁸⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletüh*, 5/201.

⁴⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/65.

⁴⁸⁷ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 85.

görmeden kiralayan kişi, gördüğünde muhayyer hakkı olur.” denilmektedir. Görmeden kiraladığı bir taşınmaz malda (akar) kiralayan kişinin o malı gördüğünde muhayyerlik hakkı vardır. Dilerse İcâreyi hâkime, kadıya götürmeden veya kiralayanın rızasını almadan da feshedebilir. Dilerse de sözlü veya fiili olarakta izin verip akdi devam ettirir. Sözlü izinden maksat açıktır. Fiili izinden maksat ise kiracının kiraladığı şeyde kiralamada gerçekleştirilen eylemleri yapmasıdır.⁴⁸⁹

Ayrıca rü'yet muhayyerliği sadece taşınmaz mala has bir durum değildir. Aynı zamanda taşınır mallar ile hayvanların kiralınmasında da geçerlidir.⁴⁹⁰

Daha sonra gelen 510. maddede “*Daha önce görmüş olduğu bir binayı kiralayan kişinin görme muhayyerliği yoktur. Ancak daha önce sağlam olarak gördüğü bu binanın oturulması zararlı olacak derecede ve genel görünümünü (heyet-i ûlâ/ilk şekil) değiştirecek şekilde yıkılmış olması durumunda bu kişinin muhayyerlik hakkı vardır.”* şeklinde hüküm ifade edilmiştir.

Daha önce görmüş olduğu bir malın kiralama sırasında o mal olduğunu biliyorsa kiralayan kişinin bu durumda görme muhayyerliği yoktur. Kiralayan ve kiracı arasında bu malı görüp görmediği konusunda bir ihtilaf olduğunda kiracının sözü itibara alınır. Çünkü o görmediğini iddea etmektedir. Fakat daha önce sağlam olarak gördüğü bu binanın oturulması zararlı olacak derecede ve genel görünümünü (heyet-i ûlâ/ilk şekil) değiştirecek şekilde yıkılmış, tahrip olmuş olması durumunda ise bu kişinin muhayyerlik hakkı vardır. Burada da taraflar arasında ihtilaf olduğunda kiracının malı görmesinin üzerinden uzun veya kısa bir süre geçmesine göre karar verilir. Eğer kiracının bu malı görmesinin üzerinden kısa bir süre geçmişse kısa sürede çok değişim olması mümkün olmadığından kiracının (acir) sözü itibara alınır. Eğer uzun bir süre geçmişse uzun sürede değişim mümkün olduğundan mal sahibinin (müste’cir) sözü itibara alınır.⁴⁹¹

Mecelle kiralana şeyin görülmesinin kiralanan şeyden elde edilecek menfaatlerin görülmesi gibi olduğunu 508. maddede “Kiralananın (mec’ur)

⁴⁸⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/585.

⁴⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/586.

⁴⁹⁰ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/94.

⁴⁹¹ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 4/472; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/586.

görülmesi yararları (menafi')'nın görülmesi gibidir.” sözleriyle ifade etmektedir. Gerçekte kiralanan şeyden elde edilen menfaat bir anda ortaya çıkmaz belki peyderpey ortaya çıkar. Bu anlamda bütün menfaatin görülmesi uzun bir zaman alabilir. Fakat kiralananın (mec'ur) görülmesi kiralanan şeyin yararları (menafi')'nın görülmesi gibidir.⁴⁹²

Görme muhayyerliği konusunda Mecelle'de üzerinde durulan konulardan biri de yerinin değişimi ile aslında değişiklik olan veya olmayan mallar hakkındadır. Bu noktada 511. maddede “*Yerin değişimiyle aslında değişecek olan her işte, kiracının görme muhayyerliği vardır.*” denilmekte ve maddenin devamında “*Örneğin terzi ile bir cübbe dikmek üzere pazarlık yapılınca, terzi dikeceği çuha (yün kumaş) veya şalı görünce muhayyerlik hakkı ortaya çıkar.*” sözleriyle hüküm örneklenmektedir.

Yerin değişimiyle aslında değişecek olan işlerde, kiracının görme muhayyerliği vardır. Örneğin terzi bir cübbe dikeceği zaman kumaş, odun kesecek olan odunları gördüğünde muhayyerlik hakkı ortaya çıkar. Çünkü her kumaş veya her odun aynı değildir.⁴⁹³

512. maddede ise “*Yerin değişimiyle aslında değişiklik olmayan işlerde görme muhayyerliği yoktur.*” denilmekte ve “*Örneğin, şu kadar kıyye (okka) karşılığı pamuğun çekirdeğini ayıklamak üzere şu kadar kuruşa sözleşme yapılması halinde, işçi pamuğu görmese de kendisi için görme muhayyerliği yoktur.*” cümlesiyle de yerinin değişimiyle aslında değişiklik olmayan mallarda görme muhayyerliğinin olmadığı ifade edilmektedir.

Yerin, mahallin farklılaşmasıyla zorluk veya kolaylık bakımından aslında değişiklik olmayan işlerde görme muhayyerliği yoktur. Örneğin pamuğun çekirdeğini ayıklamak veya buğday tartmak için kiralanan işçinin pamuğu veya buğdayı gördüğünde görme muhayyerliği olmaz. Çünkü yapılavcakişin aslı bu ürünlere göre değişiklik arz etmemektedir.⁴⁹⁴

⁴⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/585.

⁴⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/587.

⁴⁹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/587.

2.4.3. İcâre Akdi'nde Ayıp Muhayyerliği (Hıyâr-ı ayb)

Akdi oluşturan bedellerden birinde değer düşürücü veya akidden beklenen amacı engelleyen bir kusur veya eksiklik bulunduğunu farkedilmesi üzerine taraflardan birinin akdi feshetme hakkının var olması *hıyâr-ı ayb* yani *ayıp muhayyerliği*'dir.⁴⁹⁵

Akitten beklenen menfaatin tamamen veya kısmen elde edilmesini engelleyen ve bunun sonucu olarakta kişiyi akdin devamı veya feshi konusunda muhayyer kılan durumlara ayıp denilir. Ayıp, tüccar nezdinde malın değerinin eksilmesine sebep olan her şeydir.⁴⁹⁶

İslam hukukçuları iş akdinin maldaki bir ayıp sebebiyle feshedilebildiğinde ittifak etmişlerdir. Mezhepler arasında nelerin ayıp sayılacağı ve herhangi bir ayıbın bulunması halinde akdin feshedilebilir mi yoksa münfesihi mi olduğu konuları tartışmalıdır.⁴⁹⁷

Hanefîlerde ayıp muhayyerliği bey', icâre, kismet, mal karşılığı ve kasten adam öldürmede sulh, muhâlea ve mehir bedelinde geçerlidir.⁴⁹⁸

Malikîlerde muavazalı akidlerinde söz konusu olur. Muavazalı akidler karşılıklı bedelleri değiştirme veya konusu böyle değişimler olan akidlerdir. Bey', trampa (mukayeda), sarf, selem, istisnâ', icâre, cuâle, bedelli sulh, taksim (kismet), mirasçının bir bedel alarak mirastan çekilmesini ifade eden tehârüc, ziraî ortaklığı ifade eden müzâraa, bağ-bahçede ürün ortaklığı olan müsâkat ve boş arazide yetiştirilecek ağaçlardaki ortaklık anlamındaki muğarese akdi muâvaza akidlerindendir. Muavaza kastı bulunmayan akidlerde hibe ve sadaka gibi ayıp muhayyerliği Malikîlere göre söz konusu değildir.⁴⁹⁹

Mecelle'de ikinci katabın beşinci bölümünde ele alınan muhayyerlik konusunda üçüncü faslı ayıp muhayyerliği (hıyâr-ı ayb) konusu oluşturur. 513.

⁴⁹⁵ Apaydın, "Muhayyerlik", 31/28-29.

⁴⁹⁶ Mevsilî, *el-Muhtâr*, 58.

⁴⁹⁷ Akgündüz, "Hizmet Akdinin Yapılması ve Uygulanması", 75.

⁴⁹⁸ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 5/276; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletüh*, 4/262.

⁴⁹⁹ İbn Kudame, *el-Umde*, 10/61-62; Bilal Aybakan, "Muâvaza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 30/330.

maddede “*Satım sözleşmesinde olduğu gibi İcâre akdinde de hıyâr-ı ayb (ayıp dolayısıyla gerçekleşen muhayyerlik) vardır.*” denilerek İcâre akdinde de ayıp muhayyerliğinin olduğu ifade edilmiştir.

Mecelle’nin 337. maddesinde satım akdi için olduğu gibi İcâre akdi için de hıyâr-ı ayb yani ayıp muhayyerliği geçerlidir. Çünkü akid bedelin ayıplardan uzak olmasını, tam olmasını gerekli kılar. Eğer ayıptan beri değilse bu durumda kiralayanın rızası gerçekleşmemiş olur. Ayıp muhayyerliği mevcut olma duruma göre akidlerde üç gün geçerlidir. Ayıp icâre edilen mal elde edilmeden (kabz) önce mevcut olup kiralayan İcâre akdi sırasında bu aybı fark etmemiş olabileceği gibi, ayıp akid ve kabzdan sonra da ortaya çıkmış olabilir. Kiracı kiraladığı şeyde ayıp olduğunu görüp yine de o malı kiralarsa muhayyerlik hakkı ortadan kalkar.⁵⁰⁰

İcâre akdinde ayıp, sözleşme dolayısıyla ulaşılmak istenen yararların bütünüyle veya ortadan kalkmasına yahut bozulmasına sebep olan şeydir. 514. maddede “*İcâre akdinde ayıp, sözleşme dolayısıyla ulaşılmak istenen yararların bütünüyle ortadan kalkmasına veya bozulmasına (muhtel) sebep olan şeydir.*” denilerek bu gerçeğe temas edilmiştir. Maddenin devamında “*Örneğin ev tamamen yıkılınca ve değirmenin suyu kesilince elde edilmesi amaçlanan fayda ortadan kalkmış olması ve evin çatısının çökmesi veya oturmaya elverişsiz yıkılma tehlikesi olan bir yer olması veya kira beygirinin sırtının yaralanması faydalanma amacını olumsuz etkilediğinden, bu durumlar İcâre akdinde ayıp muhayyerliğini geçerli kılan ayıplardandır. Ama evin içerisine yağmur ve soğuk girmesine sebep olmayan siva dökülmesi ve beygirin yelesinin veya kuyruğunun kesilmesi gibi faydalanmaya engel olmayan kusurlar İcâre akdinde ayıp muhayyerliğine sebep olmaz.*” sözleriyle ilgili hüküm örneklenerek izah edilmiştir.

İcâre akdinde sözleşme dolayısıyla ulaşılmak istenen yararların bütünüyle ortadan kalkmasına veya bozulmasına sebep olan şeyler ayıp olarak nitelendirilir. Çünkü İcâre akdinde üzerine akid yapılan şey menfaattir. Menfaatin tamamen veya kısmen ortadan kalmasına veya bozulmasına sebep olan şey muhayyerliğe tesir eder.

⁵⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/589; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/96.

Amaçlanan hedefler yok olupta amaçlanmayan gayeler baki kaldığında icârenin ücretinin ödenmesi gerekmez.⁵⁰¹

İşçinin çalışmasını azaltacak veya çalışma performansını düşürecek şekilde hastalanması veya sakatlanması durumunda işverenin iş akdini fesih etme hakkı bulunmaktadır.⁵⁰²

Mecelle menfaat elde edilmeden önce ortaya çıkan ayıpların akdin kuruluşunda varmış gibi kabul edileceğini 515. maddede “*Faydalanmaya başlamadan önce kiralanan malda ortaya çıkan ayıp sözleşme tarihinde var olan ayıp gibi kabul edilir.*”⁵⁰³ cümlesiyle hükme bağlamıştır.⁵⁰⁴

Kiralanan şeyde bir ayıp meydana gelmesi halinde kiracı muhayyerdir. Dilerse var olan ayıbı ile beraber kiralanan maldan istifade eder, bu durumda ücretin tamamını ödemek zorundadır. Dilerse de İcâre akdini fesheder.⁵⁰⁵ Mecelle’de bu konuya 516. maddede “*Kiralanan (me’cur)da bir ayıp meydana gelmesi halinde kiracı muhayyerdir, dilerse var olan ayıbı ile beraber kiralanan maldan istifade eder, bu durumda ücreti tamamen vermek zorundadır, dilerse de İcâre akdini fesheder.*” sözleriyle temas edilmiştir.

Konunun devamında 517. maddede “*Kiracının (acir) sözleşmeyi feshinden önce, malı kiralayan (müste’cir) kiralanan şeyde ortaya çıkan ayıbı izale ederse bu durumda kiracının fesih hakkı kalmaz. Ve kiracı geriye kalan müddetten yararlanmak istediği takdirde kiralayan dahi ona engel olamaz.*” denilerek malı kiralayan kişinin (müste’cir) kiralanan şeyde meydana gelen ayıpları izale etmesi halinde kiracının fesih hakkının olmadığı ifade edilmiştir. Kiracı geriye kalan süreden yararlanmak istediği takdirde mal sahibi ona engel olamaz. Çünkü İcâre sadece ayıp dolayısıyla fesh olmaz, bilakis aynı zamanada fesih işlemi gerekir. Ayıp

⁵⁰¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/590.

⁵⁰² Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 92.

⁵⁰³ لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فإنه كالموجود في وقت العقد

⁵⁰⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/592.

⁵⁰⁵ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 4/199; Desûki, *Haşiyeti Desûki*, 4/29; Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 1/105; İbn-i Kudame, *el-Muğnî*, 6/30; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/593.

ortadan kalkınca bu durumda fesih hakkı da kalktığına göre İcâre aslı üzere devam edecektir. Mal sahibinin bu noktada bir engel oluşturması düşünülemez.⁵⁰⁶

Mecelle’de konuya dair 518. maddede ise “*Kiralanan maldan yararlanmaya engel olan ayıbın giderilmesinden önce kiracı sözleşmeyi feshetmek isterse, bunu ancak kiraya verenin huzurunda yapabilir. Kiraya verenin gıyabında sözleşmeyi feshedemez. Ve eğer kiracı kiraya verenin gıyabında yani ona haber vermeksizin kirayı feshederse, bu fesih geçerli olmayıp kirası eskisi gibi işlemeye devam eder.*” denilerek kiralanan maldan yararlanmaya engel olan ayıbın giderilmesinden önce kiracının İcâre akdini feshetmek istemesi halinde, feshi ancak kiraya verenin huzurunda yapabileceği ifade edilmektedir. Kiraya verenin gıyabında sözleşmeyi feshetmeyetkisi yoktur. Ve eğer kiracı kiraya verenin gıyabında İcâre akdini feshederse, bu fesih geçerli olmayıp kira devam eder.

518. maddenin devamında “*Ama kiralanan malın faydalanma amacının tamamen ortadan kalkması halinde kiraya verenin yokluğunda dahi sözleşmeyi feshedebilir.*” denilmekte ve “*Gerek anlaşmayı feshetsin ve gerekse etmesin 478. maddede belirtildiği gibi ücret ödemek gerekmez.*” buyurularak kiralanan malın faydalanma amacının tamamen ortadan kalkması halinde, kiraya verenin yokluğunda dahi sözleşmeyi feshedebileceği ifade edilmektedir. Maddenin devamında konu “*Örneğin, kirallanmış evde o evden yararlanmayı engelleyen kısmi bir yıkılma durumu olsa kiracı İcâre akdini feshedebilir. Ama kiralayanın huzurunda sözleşmeyi feshetmesi gerekir, yoksa ona haber vermeden evi tahliye etse, evi tahliye etmemiş gibi kira ücreti öder. Ama evin tamamının yıkılması durumunda kiralayanın bulunması gerekmeksizin, kiracı sözleşmeyi feshedebilir ve ücret ödemesi de gerekmez.*” örneklenmektedir. Kirallanmış evde o evden yararlanmayı engelleyen fakat kısmi bir yıkılma mesela evin bir odası veya duvarı yıkılırsa kiracı İcâre akdini feshedebilir. Ama kiralayanın huzurunda sözleşmeyi feshetmesi gerekir, yoksa ona haber vermeden evi tahliye etse, evi tahliye etmemiş gibi kira ücreti öder. Ama evin

⁵⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/594.

tamamının yıkılması durumunda kiralayanın bulunması gerekmeksizin, kiracı İcâre akdini feshedebilir ve bu durumda ücret ödemesi de gerekmez.⁵⁰⁷

519. maddede konuya izah mahiyetinde “*Evin bir odası veya bir duvarı yıkıldığı halde kiracı sözleşmeyi feshetmeyerek evde oturmaya devam ederse kira bedelinde indirim olmaz.*” hükmü yer almaktadır. İcâre akdinden hedeflenen menfaat bozulup evin bir odası veya bir duvarı yıkıldığında ve akid tüm ev için tek akid olup kiracı fesih hakkı baki kalmak üzere İcâre akdini feshetmeyip evde oturmaya devam ederse kira bedelinde evin yıkılan bir odası veya bir duvarı için indirim olmaz. Yalnız bu kusur 514. maddenin ikinci fıkrasında “*evin içerisine yağmur ve soğuk girmesine sebep olmayan siva dökülmesi ve beygirin yelesinin veya kuyruğunun kesilmesi gibi faydalanmaya engel olmayan kusurlar*” cümlesiyle belirtilen mahiyette İcâre akdinde ayıp muhayyerliğine neden olmayan bir kusur olmalıdır.⁵⁰⁸

Konu ile ilgili bir diğer maddede 520. maddedir. Bu maddede “*Bir kimse iki evi birden şu kadar kuruşa kiralamış olsa ve evlerden birisi yıkılırsa, kiracı ikisini birden terk edebilir.*” hükmü yer almaktadır. Bir kimse iki evi veya iki hamamı bir tek İcâre akdi ile birkaç dirheme kiralamış olsa ve bu evlerden veya hamamlardan biri henüz teslim alınmadan yıkılırsa veya kullanımında başka bir engel çıkarsa, kiracı iki evi veya hamamı birden terk edebilir. Yani hem yıkılmış, hasar görmüş olanı hem de sağlam olanı birden bırakır. Çünkü bunlarla ilgili yapılan akit tektir ve henüz teslim alınmamış maldaki kusur bütün akde dairdir. Henüz teslim alınmamış (kablel-kabz) maldaki tek bir akdin (safka) ayrıştırılması (telfik) caiz değildir.⁵⁰⁹

Bu maddede bir tek İcâre akdi şartının konulması tek akid ile gerçekleşmemiş böyle durumlarda zarar gören, ayıplı olan evin veya hamamın terk edileceği diğerinin ise akdinin devam edeceğini gösterir. Çünkü ortada her biri için gerçekleşmiş iki veya daha fazla akit vardır. Ayıp sadece kusurlu maldaki akdin feshine sebeptir. Diğer akidlerde bir sorun yoktur.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/595-596; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/99-101.

⁵⁰⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/596.

⁵⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/597; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/102-103.

⁵¹⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, 1/598.

Fakat ba'del-kabz yani mal teslim alındıktan sonra bir kusur, ayıp gerçekleşmişse bu durumda ayıp olan, kusurlu olan ev de İcâre akdi feshedilebilir. Diğer evde ise hissesi oranında ücret ile İcâre akdi devam ettirilebilir. Çünkü bu şekilde akid tamam olduğundan tek bir akdin (safka) ayrıştırılması (telfik) gerekmez.⁵¹¹

Kiralanan şeyde bir eksiklik ortaya çıkması durumunda kiracının muhayyer olması durumuyla alakalı olarak 521. maddede “*Kiralanan evin odaları belirtilenden eksik çıkarsa kiracı muhayyer olur, dilerse İcâre akdini fesheder, dilerse belirlenen ücret (ecr-i müsemma) ile kirayı kabul eder. Ama İcâre akdini devam ettirip te ücretten bir kısmını eksik veremez/indiremez.*” hükmü yer alır.

Bir ev odalarının ücretleri farklı farklı hesaplanmadan evin bütünü tek ücret olarak İcâre edildiğinde eğer odalar belirtildiği şekilde çıkmışsa İcâre lazımı olur ve geçerli bir İcâre akdi halini alır. Eğer odalar belirtilenden eksik ise bu durumda kiralayan muhayyerdir, dilerse akdi fesh eder, dilerse de olduğu gibi kabul edip akdi devam ettirir. Fakat bu durumda eksik ücret ödeyemez. Akdi feshedip daha düşük bir ücretle yeni bir akit yapabilir. Çünkü burada eksik oda mevzusu vasıf edilmek ile ilgilidir. Yani ortada ayıp muhayyerliği değil vasıf muhayyerliği vardır. Eğer ki oda sayısı belirtilenden fazla çıkarsa bu durumda kiracının fazla bir ücret ödemesine gerek yoktur. Fakat her oda için ayrı ayrı ücretlendirme belirlenmişse eksik çıkan oda sayısı bu durumda ücretten düşülür.⁵¹²

Vasıf muhayyerliğini Hanefiler müstakil olarak ele alırken Şafî, Malikî ve Hanbelîler ayıp muhayyerliği kapsamında ele almışlardır. Malikîler vasıf muhayyerliğinin ayıp muhayyerliğinden ayrılan özelliği olarak vasıf muhayyerliğinin şart ile sabit olmasını göstermişlerdir.⁵¹³

2.5. İCÂRE AKDİNİNDE FESİH HAKKI

Mecelle’de İcâre akdi ile ilgili olan kitabın İkinci bölümünün dördüncü faslında geçersiz (batıl) ve bozulabilir (fâsit) İcâre akidleri ele alınmıştır. Öncelikli

⁵¹¹ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/103.

⁵¹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/598.

⁵¹³ Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletuh*, 4/374.

olarak İcâre akdinin fasid olmasından söz edecek daha sonrada İcâre akdinin batıl olması konusunu ele alacağız. Bu fasılda yer alan maddeler önceki ikinci ve üçüncü fasılda yer alan maddelerin bir nevi açıklamasıdır. Bu bölüm batıl ve fasid İcâre ile ilgilidir. Batıl İcâre şer'an ve asıl olarak sahih olmayan icâre türüdür. Akdın rukunlarından olan şartlardan birisi mevcut olmadığında İcâre batıl olmur. Deli, vakıf ve yetim malı haricinde batıl İcârede çalışmadan dolayı ücret gerekmez. Fasit İcâre ise asılda sahih olmakla beraber vasıf olarak caiz olmayan İcâre türüdür. Satışında fesada sebep olan bir şey bulunduğunda kiralınması da fasit olur yani bey'i bir sebeple fasid olanın İcâresi de fasidtir.⁵¹⁴

Mecelle'nin 460. maddesinde “*İcâre akdinin oluşturulması için gerekli olan şartlar var olmakla beraber yasaya uygun olması için (sıhhat, düzgünlük şartı) gereken şartlardan birinin bulunmaması halinde İcâre akdi fâsit olur.*” cümleleriyle fasid İcâre tanımlanmış olur. Bu çerçevede Mecellenin 444 ve 445. maddelerinde ifade edilen İcâre akdinin kurulum şartlarından birisinin veya 449, 450, 451 ve 457. maddelerde belirtilen İcâre akdinin sıhhat şartlarından herhangi birisinin eksik olması sonucu kurulan İcâre akdi fasit bir İcâre akdidir. Bu maddelere dayalı olarak fasit İcâre akdinin sebepleri şöylece sıralanabilir:

1. 429. Maddede geçtiği üzere kiralanan şey müşa' olan mal ise
2. 441. Maddede geçtiği üzere kiralanan şey yetim malı, vakıf malı, beytul-mal veya fahiş bir şekilde ecr-i misilden eksik olarak kiralınmış bir mal ise
3. 448. Maddede geçtiği üzere akdi yapan iki taraftan birinin rızası yoksa
4. 449. Maddede geçtiği üzere kiralanan şey ile ilgili bilinmezlik söz konusu ise
5. 450. Maddede geçtiği üzere ücret ile ilgili bilinmezlik var ise
6. 451, 452, 453, 454 ve 455. Maddelerde geçtiği üzere menfaat ile ilgili bilinmezlik var ise, bu bilinmezlik te sürenin veya işin tam olarak belli olmaması ile ilgilidir.
7. 457. Maddede geçtiği üzere menfaat oluşması mümkün olmayan bir durum ise
8. Menfaat geçersiz bir şarta bağlanmış ise

⁵¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/511.

9. 463. Maddede izah edileceği üzere menfaat kiralananın cinsinden ise

Bu durumlarda İcâre fasit olur ve bu akde fasit İcârenin hükümleri uygulanır.⁵¹⁵

Malikî, Şafiî, Hanbelî âlimleri özür sebebiyle tarafların fesih hakkı olmadığını savunmuşlardır. Hanefî âlimleri ise özür sebebiyle iş akdinin feshedilebileceğini ifade etmişlerdir. Hanefîler akdin özürsüz olarak bozulması ve özür bulunduğu halde bozulmaması durumlarında tarafların yararının korunamayacağını ifade etmektedirler. İmam Şafiî ise İcâre akdinin ancak kusur sebebiyle bozulabileceğini kabul etmiştir. İcâre akdinin satış akdi gibi olduğunu söylemiştir.⁵¹⁶

Özür sebepleri akde devam edilmesi durumunda bir zararın ortaya çıkacak olması, akdin icrasına engel bir durumun ortaya çıkması, akitle hedeflenen gayenin ortadan kalkması başlıkları altında sıralanabilir.⁵¹⁷

Mecelle'nin 461. maddesinde “*Fasid İcâre akdi (İcâre-i fâside) hüküm ifade eder; ancak bu durumda kiralayan ecr-i misle malik olabilir, belirlenen ücrete (ecr-i müsemma) malik olamaz.*” Cümlesiyle ifade edildiği üzere İcâre-i fâside hüküm ifade eder. bu durumda kiralayan ecr-i misle hak kazanır, sözleşme sırasında belirlenen ücrete yani ecr-i müsemmaya hak kazanmaz. Bu hükümler Macellenin 471. ve 588. maddelerinde açıklandığı üzere İcâre-i fâside nefaz bir akittir yani akdin kurulmasıyla birlikte geçerlilik kazanır. Bu çerçevede İcâre-i fâsidede menfaatten yararlanabilecek duruma gelmek ücretin gerekmesi açısından yeterli olmamakta gerçek yararlanma olmadıkça ücret ödenmesi gerekmemektedir. Yine kiracı olan kimse, kiralanan malı teslim aldıktan sonra sahih bir sözleşme ile başkasına kiraya verse kiralama işlemi geçerli olacaktır.⁵¹⁸

İcâre akdinde fesad bazen kira bedelinin bilinmemesinden bazen de sıhhat şartlarından herhangi birisinin eksik olmasından kaynaklanır. Bu hüküm Mecelle'nin

⁵¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/513.

⁵¹⁶ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 146.

⁵¹⁷ Murat Şen, *İslam Hukuku'nda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1994), 82 vd.

⁵¹⁸ Macelle, 471. ve 588. maddeler; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/515-516.

462. maddesinde “*İcâre akdinin bozulabilirliği (fesadı) bazen kira bedelinin bilinmemesinden bazen de düzgünlük şartlarından herhangi birisinin bulunmamasından ileri gelir. Birinci durumda ecri mislin fazla fazla ödenmesi gerekir. İkinci durumda ise, belirlenen kira bedelini geçmemesi şartıyla ecri misil ödenmesi gerekir.*” cümleleriyle ifade edilmektedir. Kira bedelinin bilinmemesi ya bedelin hiç belirtilmemiş olmasıdır veya bedeli müsemmanın tamamen veya kısmen belirsiz olmasıdır. Bedeli müsemmanın tamamen belirsiz olmasına ileride gelecek olan 566. madde, kısmen belirsiz olmasına da 563, 564 ve 565. maddeler örneklem teşkil eder.⁵¹⁹

İbn-i Abidin her özrün İcâre akdinin feshine sebep olamayacağını ancak eşyanın kendisinde/nefsinde meydana gelebilecek özürler sebebiyle akdin fesh edilebileceğini belirtir.⁵²⁰

Belirlenen ecr-i müsemma, ecr-i misle denk veya daha fazla olursa bu durumda ecr-i misil ödenmesi gerekir.⁵²¹

İcâre bedeli belirlenmiş fakat belirlenen bu bedel şer’an bedel olmaya uygun değilse veya kira bedeli belirlenmemiş ise bu durumda ecr-i misil ödenmesi gerekir.⁵²²

İcârenin akdi yapan taraflardan birinde mevcut olan özür sebebiyle fesh edilip edilemeyeceği ile ilgili bilgi sahibi olmak kira akdi açısından önemlidir. Genel veya özel bir özür mevcut olduğunda nelerin yapılması gerektiği, özür sebebiyle icârenin fesh edilmesinin kurallarının neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu anlamda özür kavramının açıklanması yerinde olacaktır.

Özür sözlükte “*mazeret olarak kabul edilebilecek şey*”⁵²³ olarak tarif edilmiştir. İslam hukukunda ise “*dinen veya hukuken meşrû sayılan mazeret*”⁵²⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

⁵¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/516-517.

⁵²⁰ İbn-i Abidin, *Reddül-Muhtar*, 5/55.

⁵²¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/519.

⁵²² Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/54.

⁵²³ İbn Munzir, *Lisanul Arap*, özür maddesi.

⁵²⁴ H. İbrahim Acar, “Özür”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 34/134.

Genel olan özür akit sırasında belirtilmemiş ve sonrasında ortaya çıkmış olan örneğin kişinin kiraladığı şeyde meskûn olmasını engelleyen doğal afet, savaş vs. bir durumun ortaya çıkmış olması durumudur. Genel özrûn akdin feshine sebep olup olamayacağı ile ilgili âlimler arasında farklı görüşler vardır.

Hanefi hukukçularına göre özür nedeniyle icâre feshedilebilir. İbn Abidin: *"Kendisi ile birlikte ma'kudunaleyhin gerçekleştirilmesi, ancak kendi nefsinde veya malında gerçekleşebilecek bir zarar ile mümkün olabilen her çeşit özür sebebiyle akdi yapan taraf için fesih hakkı fasit olur"*⁵²⁵ demektedir. Hanefiler feshi gerektiren özürleri üç türe ayırırlar:⁵²⁶

1 - Müste'cir (kiracı) ile ilgili özür: Kiracının iflas etmesi, bir meslekten başka bir mesleğe veya bir sanattan, zanaatten başka bir sanata, zanaate geçmesi, bulunduğu beldeyi terkedip başka bir beldeye taşınması gibi durumlar kiracının özürlerinden sayılır. Kiracı kiraladığı şeyden ancak gelebilecek bir zarar ile faydalanabiliyorsa, bu durumda icâreyi feshetme hakkına sahip olur. Bir kişiyi elbiseyi temizleyip ütölemek veya dikmek üzere ücret ile kiralasa veyahut ağaç kesmesi veya araziye ekmesi için tutsa veya mülkünde bina veya kazı yapmak için tutsa yahut hacamat yapması, kan aldırması veya dişini çekmek üzere ve buna benzer bir iş için ücretle tutarsa yahut evini kiralasa sonra bu işi yapmamayı uygun görüp işi yapmaktan vazgeçerse bu durumda kişinin icâreyi feshetme hakkı vardır. Ücretle tutmak isteyen kişi, yapılacak bu işte kendisinin bir menfaatinin olmadığını anlamış ve işten vazgeçmiştir. Bu hususlardan her hangi birini yapmak için zorlanamaz. Bu durumda fiil bizatihi bir zarar olmaktadır ve bu zararın izalesi anlamında fiilden vazgeçilebilir.

2- Müeccir (kiraya veren) ile ilgili özür: Müeccirin icâre ettiği malı borçlarının çokluğundan dolayı satmak zorunda kalıp satıştan elde edeceği geliri borçlarına ödemek zorunda kaldığı durum için geçerlidir. Bu durum borcun icâreden önce bir delil ile sabit olması durumunda geçerlidir. Ebû Hanîfe'yc göre müeccirin

⁵²⁵ İbn Abidin, *Reddû'l-Muhlar*, 5/55.

⁵²⁶ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i'*, 4/197; Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 4/198 vd., 458- 459, 463; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, 4/222 vd.; Ebû Ca'fer Ahmed et-Tahâvî, *Muhlasaru't-Tahâvî*, nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efganî, (Hind: Cennetü'l İhyai'l Maarifi'n Nu'maniyye, 2010), 133; Serahsî, *el-Mebsut*, 16/12; ez-Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 5/145 vd.; İbn Abidin, *Reddu'l Muhtar*, 5/54 vd.

ikrarı tek başına yeterlidir. Çünkü kişi yalan yere kendi aleyhine borç ikrarında bulunamaz. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise İcâreden sonra borcun ikrar ile sübutu kabul edilemez.

Müeccir (kiraya veren) bir şey satın alıp onu kiralar, daha sonra satın aldığı o malda bir kusurun olduğunu farkederse, bu durumda icâreyi feshedip kusur sebebiyle o malı geri verme hakkına sahiptir.

İmam Muhammed *el-Asl* adlı eserinde devesi üzerinde yük taşıyan kişinin hastalığı sebep göstererek icâre akdini feshetmesini kabul etmemektedir. Çünkü develeriyle başkasını gönderme hakkı vardır bizzat kişinin kendisinin gitmesine gerek yoktur. Öyleyse hastalık bu durumda özür sayılamaz. Fakat hammalın veya deve kiralayan kimsenin, taşımanın kendisine zarar verecek şekilde hastalanması durumunda bu hastalık Ebû Yûsuf'un görüşüne göre bir özürdür.

3- İcar ile tutulan ayn (malın bizzat kendisi) veya eşya ile ilgili özür durumudur. Ayn'da gerçekleşen özür durumu için herhangi bir kişinin belli bir süreliğine herhangi bir şehirde bir hamam kiralaması ve daha sonra o şehir halkının oradan başka bir yere göç etmesi örnek olarak verilebilir. Bu durumda müste'cirin kiracıya ücreti geri ödemesi gerekmez. Çünkü kusur müste'cirin kendisinden kaynaklı değildir. Bilakis malın kendisi ile ilgili sonradan ortaya çıkmış bir özür söz konusudur. İkinci durumdaki ücretle tutulan kölenin azad edilmesi durumu örnek verilmiştir. Örneğin kişi kendine ait olan kölesini bir seneliğine ücretle çalıştırılmak üzere kiraya verse, bu süre bitmeden o köleyi azad etse, bu durumda köle icâre akdini sürdürmek ile icâre akdini feshetmek arasında muhayyerdir.

Şâfiîlere göre esah olan görüşe göre bu durumda icâre akdi fesih olmaz. Çünkü azad edilmek durumu bizzat kişi hakkındadır. İcâre akdi ise kişi ile ilgili değil elde edilebilecek menfaatler ile ilgili bir akittir. Menfaatler ise azad etmek vaktinde efendiye ait olamaz. O bakımdan bu azad, kişinin kendisi üzerinde geçerli, fakat menfaat hakkında söz konusu değildir. Bu durumda azad edildikten sonra kölenin icâre akdini feshetme muhayyerliği yoktur. Çünkü onun efendisi mutlak olarak mülkiyeti/sahipliği altında olan bir şeyde tasarrufta bulunabilir. Azhar olan görüşe

göre köle azad edildikten sonra efendisine başvurup azad sonrasının ücretini alamaz.⁵²⁷

Akdin icrası nefse veya mala bir zararı gerektiriyor olması özür olarak sayılır. Bu hükmün uygulama sahası oldukça geniştir. Örneğin düğün için yemek pişirmek üzere bir aşçı kiralanırsa ve damat veya gelinden biri ölürse veya bir yere gitmek üzere kiralanın at ile yola çıkılıp yolda at hastalanırsa ve yola devam edilemese, dışı ağrıyan bir kimse dişini çıkarması için dişçi ile antlaşma yaptıktan sonra dişinin ağrısı dinse icâre fesh edebilecektir.⁵²⁸

Mecelle’de işçilerden söz edilen 6. Bâb’ın 4. Faslı olan İcâre-i âdemî konusunda temas edilen sütannenin hastalanması durumu konumuzla ilgilidir. Zira 581. maddede “*Sütanne hastalanırsa İcâre akdini feshedebileceği gibi kiralayan da sütanne hasta veya gebe olursa veya çocuk sütannenin sütünü içmese veya sütünü kusarsa İcâre akdini feshedebilir.*” denilerek sütannenin çocuğu emziremeyecek kadar hastalanması veya emzdirdiğinde zarar göreceği bir hastalığa yakalanması halinde İcâre akdini feshedebileceği ifade edilmektedir. Sütanneye verilen çocuğun babası da sütanne hasta veya gebe olursa veya çocuk sütannenin sütünü içmezse veya sütünü kusarsa İcâre akdini feshedebilir.⁵²⁹

Borçlar hukukunda akdin ifasının süreyi gerektirdiği hallerde, kısmen müzâraada, özellikle icârede, akdin sürdürülmesinin kiracı/işveren açısından öngörülme ve bizzat akid sebebiyle hak edilmeyen bir zarara yol açması durumunda Hanefîler’ce zarara uğrayan tarafa akdi feshetme hakkı tanınmış ve bu durumlar özür terimiyle ifade edilmiştir. Fakihlerin çoğunluğu ise bazı münferit meselelerde kural dışına çıkmakla birlikte mazeretleri ilke olarak fesih sebebi kabul etmez. Hanefî hukukçularınca geliştirilen, mazeret sebebiyle akdin feshi telakkisi modern hukuktaki beklenmeyen hal teorisinin temelindeki mantıkla benzerlik taşır.⁵³⁰

⁵²⁷ en-Nevevî, *Muğni'l-Muhtac*, 2/359.

⁵²⁸ Ali Haydar, madde 443 şerhi

⁵²⁹ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/145.

⁵³⁰ Acar, “Özür”, 34/135.

Mecelle’de İcâre akdinin rükünlarının ifade edildiği bölümde akid geçerli olarak kurulduktan sonra, başkası tarafından daha fazla ücret teklif edilmesi durumunda işçinin akdi bu sebeple feshedemeyeceği ifade edilmiştir. 441. maddede *“İcâre akdi sahih/geçerli olarak akdedildikten sonra bir başkası ücreti ne kadar arttırmak isterse istesin yine de kiralayan kişi İcâre akdini sadece bu nedenle feshedemez. Ancak vasi veya mütevellî yetîmin veya vakfın taşınmazını benzerlerinden eksik kiralarsa İcâre akdi bozulabilir ve ecir mislin eksik kısmının tamamlanması gerekir.”* denilmektedir.

Sahih olan İcâre akdi akdedildikten sonra bir başkasının kira ücretini arttırmak veya azaltmak istemesi sonucunda sözleşmeyi yapan taraflardan herhangi biri İcâre akdini sadece bu nedenle feshedemez. İsterse bu sözleşme aynî mallar ile ilgili olsun isterse de insan kiralınması yani işçinin ücret ile kiralınması şeklinde olsun sonuç farketmez.⁵³¹

Mecelle’de 442. maddede *“Kiracının miras (irs) veya bağış gibi herhangi bir şekilde kiralananı sahip olması durumunda İcâre akdi hükmünü yitirir.”* hükmü gereğince kiracı olan kişinin kiraladığı malın bir kısmının veya tümünün miras veya hibe yoluyla kendisine intikal etmesi durumunda artık bu kiracı malın sahibi olacağından İcâre akdi bu durumda fesh olmuş olur. Fakat hibe edilmeden önceki kirası ne ise eğer kira bedeli aralarında kararlaştırmamışlarsa hissesi oranında ecr-i misil hesaplanarak hibe edene eski kira ödenir.⁵³²

Mecelle’nin 443. maddesinde *“Sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesini engelleyen bir özrün meydana gelmesi halinde, İcâre akdi geçerliliğini yitirir.”* denilmektedir. Maddenin devamında *“Örneğin, düğün yemeği hazırlamak için bir aşçı kiralansa ve düğünü olan eşlerden birisi vefat etse bu durumda sözleşme fesih olur. Bunun gibi dişi ağrıyan bir kimse bir dişçi ile dişini çekmesi için şu kadar kuruşa anlaştıktan sonra hastanın diş ağrısı ortadan kalksa İcâre akdi geçersiz olur. Bunun gibi sütanne kiralayan kişinin vefatı ile İcâre akdi geçersiz olmasa da,*

⁵³¹ Şeyh Nizâm, el-Fetâva’l-Hindiyye, 9/383; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/480-481.

⁵³² Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/37.

çocuğun veya sütannenin vefatıyla sözleşme geçersiz olur.” örnekleriyle konuya açıklık getirilmektedir.

Sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesini engelleyen bir özrün meydana gelmesi halinde, İcâre akdi geçerliliğini yitirir. Mecelle’ de 580 ve 581. maddelerde bu maddenin açıklaması yapılmıştır. 580. maddede ekin biçmek için işçi kiralınması durumunda bu işçiler ekinin bir miktarını biçtikleri halde dolu vurması veya başka bir kaza sebebiyle ekinin geri kalanı telef olması halinde akdin fesh olacağı ve ancak çalıştıkları miktarın ücretini alacakları belirtilirken, 581. madde de sütannenin hastalanması veya hamile kalması durumunda akdin fesh olunacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede İcâre ekindeki şartlardan herhangi bir tanesinin bir özür sebebiyle yerine getirilememesi durumunda akdin fesh olunacağı sonucu doğmaktadır.⁵³³

Mecelle’de düğün yapılması için aşçı tutulması halinde damat veya gelinden birisinin ölmesi halinde akdin fesholacağı ifade edilmiştir. Zira eşlerden biri vefat etmezse bile herhangi bir özür sebebiyle meydana gelebilecek zararda kişilerin zorlanamayacağı ifade edilmiş ve bu durumda akdin feshedilebileceği belirtilmiştir.⁵³⁴

Bu maddenin son fıkrasında sütanne kiralayan kişinin vefatı ile İcâre akdinin geçersiz olmayacağı ancak sözleşmenin çocuğun veya sütannenin vefatıyla geçersiz olacağı belirtilmiştir. Hanefi mezhebinde İcârede âkit yapanlardan herhangi birisinin veya her ikisinin ölümü ile İcâre akdinin fesh olacağı hükme bağlanmıştır.⁵³⁵ Fakat ölüm ile icârenin feshe uğrayacağı Mecellede açıktan yazılı değildir. Mecellede bulunmayan meselelerde Hanefî mezhebinin görüşüne göre hareket edilmektedir. Üstelik Osmanlı Devletinde kadılar başka mezheplere mensup olsalar dahi Hanefi mezhebine göre hüküm vermekle görevliyidiler. Bu meselede de daha sonraları zamanın şartlarına ve insanlar arası muamelelere daha uygun olmak üzere diğer mezheplerin görüşlerine göre hüküm verilmiş ve kolaylık yolu böylece tercih edilmiştir. Böylelikle İcârede âkit yapanlardan herhangi birisinin veya her ikisinin

⁵³³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/487.

⁵³⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/487.

⁵³⁵ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir*, 232.

ölümü ile İcâre akdinin feshinden doğabilecek zorluk ve sıkıntılar ortadan kaldırılmıştır.⁵³⁶

Şöyle ki Şaban 1284 (Aralık 1867) tarihinde çıkarılan Mukavele Nizâmnâmesi'nin birinci maddesinde akit yapanlardan birinin ölümü ile icâre akdinin fesh olacağı açıkça belirtilmişken bu nizamname yerine geçen 10 Rebi'ul-Evvel 1291 (27 Nisan 1874) tarihli nizamnamenin 21 inci maddesinde “*tarâflardan birisinin veya ikisinin vefatı sebebiyle icârenin edilemeyeceği*” belirtilmiştir. Bundan sonra 28 Cemaziye'l-Evvel 1299 (17 Nisan 1882) tarihli üçüncü İcâr-ı Akâr Nizâmnâmesi'nden bu madda çıkarılarak bu konu ile ilgili hiçbir şey söylenmemiştir. Görüldüğü kadarıyla Osmanlı Devletinin bu konu hakkında önce İmam Ebû Hanîfe'nin daha sonra da İmam Şâfiî'nin kavline göre hareket etmiştir. Daha sonra ise bu konuda sessiz kalarak konuyu sanki Mecelle ve diğer fıkıh eserlerine havale etmenin daha uygun olacağına karar vermiştir.⁵³⁷

Hanbelî mezhebinde mülk sahibinin veya kiracının ölümüyle kira akdi iptal olmamaktadır. Kiralanan şey telef olur veya işçinin çalışması mümkün olmayan bir özür kendisinde gerçekleşirse, kiralanan şey veya işçi değiştirilir ve kira ücreti yeni mala veya yeni işçiye ait olur.⁵³⁸

Yine Hanbelî âlimleri ölüm veya başkasına satış ile İcâre akdinin fesh olmadığını ifade etmişlerdir. Müşteri malın kiralanmış olduğunu biliyorsa kira müddeti bitmeden o malda tasarruf hakkı olmaz. Müşteri kiralanmış olduğunu bilmiyorsa bu durum bir ayıp olarak kabul edilir ve müşterinin seçim hakkı vardır. Dilerse malı sahibine geri verir dilerse bu ayıbıyla kabul eder ve bu durumda İcâre akdi sahih/geçerli olur.⁵³⁹

Mâlikî mezhebinde ise kiralanan şey (hayvan, binek vs.) öldüğünde İcâre fesh olur. Akit yapan iki taraftan birinin ölümünde ise akit fesh olmaz.⁵⁴⁰ Örneğin hayvanı

⁵³⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/491.

⁵³⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/491; *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 910 vd.

⁵³⁸ Ebü'l-Vefâ Ali b. Akil b. Muhammed b. Akil el-Bağdâdî, *et-Tezkire*, (Riyad, Daru'l İşbiliyya, 1422/2001), 163.

⁵³⁹ Şerif Muhammed b. Ebu Musa el-Haşimi, *Kitab'ul-İrşad ila Sebilul-Reşad*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türkî, (Beyrût: Müessesetü'r-Risaletün Naşirun, 1998), 213.

⁵⁴⁰ İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l Fıkhiyye*, 183.

güden çoban öldüğünde İcâre yine de geçerlidir. Bir binek hayvanı kiralandığında hayvanın ölmesi durumunda yerine başka bir binek hayvan verileceği şartı konulmamışsa İcâre caizdir. Bu şart konulmuşsa İcâre caiz değildir. Çünkü tüm binek hayvanları aynı özellikte değildir. Fakat bu durum koyun keçi cinsinde böyle değildir. Çünkü binek hayvanları kiralama için kullanılırken koyun keçi cinsi hayvanlar kiralamada kullanılmamaktadır. Belirtildiği kadarıyla İmam Mâlik'in de görüşü budur.⁵⁴¹

İşçi ve işveren değil de onlar adına sözleşmeyi yapmış olan vekil, vasi veya mütevellî gibi kişilerin ölümü halinde ise yapılmış olan akit münfesihi olmaz.⁵⁴²

Sütanne tutulması durumunda sütanne tutan kişinin ölümü ile akit sona ermemektedir. Ancak sütannenin veya süt emzdirilen çocuğun ölümü durumunda ise akit sona erer. Burada sütanneyi istihdam eden kişi işveren durumundadır. Ölümü durumunda akit sona ermez. İstihdam edilen sütannenin vefatında akit sona ermektedir. Çocuk ise akdin taraflarından biri değildir. Fakat ölümü durumunda işin gerçekleşmesi zor olacağından akid sona ermektedir.⁵⁴³

Ali Haydar Efendi Mecelle'de hüküm bulunmayan konularda Hanefi mezhebinin genel görüşüne göre hüküm vermek gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda ise “*gelecekte Hanefîlerin dışındaki görüşlerin insanların ihtiyaçlarını karşılamak noktasında daha elverişli olabileceklerini*” de belirtmiştir. Hanefi mezhebinin görüşüne göre iş akdi taraflardan birinin ölümü halinde fesholur. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde ise bu yüzden akit fesh olmaz, ölene mirasçısı vaaset gereği bir çeşit varis olur. İş akdi ise ivazlı bir akittir, satım akdi gibi iş akdinin de tarafların ölümü ile son bulmayacağı görüşü ileri sürülmüştür. Hanifelerin diğer ekollerden ayrı düşünmesinin sebebi menfaati mal olarak kabul etmemeleridir. Menfaat mal olmadığından mirasçılara geçmesi de mümkün değildir. Fakat bu konuda daha sonra diğer mezheplerin takip edilmesi de söz konusu olmuştur.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, 11/106-107.

⁵⁴² Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/179.

⁵⁴³ Aykanat, *Mecelle'de iş akdi*, 136.

⁵⁴⁴ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 562; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/453.

2.6. İCÂRE AKDİNİN BATIL OLMASI

Mecelle’de İcâre akdi ile ilgili olan kitabın İkinci bölümünün dördüncü faslında geçersiz olan İcâre akdinden yani İcâre akdinin batıl olmasınadan söz edilmiştir. Öncelikli olarak 458. maddede İcâre akdinin bătıl olması durumu tanımlanmış ve daha sonrasında konu örneklendirilmiştir. İlgili madde şu şekildedir: *“İcâre akdinin oluşturulması için gerekli şartlardan birisinin bulunmaması halinde İcâre akdi geçersiz (bătıl) olur. Örneğin, akıl hastasının ve ayırt etme ehliyeti bulunmayan küçük (ğayr-ı mümeyyiz)’ün yaptığı İcâre akdi geçersizdir. Ancak sözleşmeden sonra kiralayanın veya kiracının akıl hastası olması durumunda İcâre akdi geçersiz olmaz.”* Bey’de yani satış sözleşmelerinde batıl olma durumu asla sahîh olmaması halidir.⁵⁴⁵ İcârede ise 444 ve 445. maddelerde belirtilen ve bir İcâre akdinin kurulum şartlarını ifade eden durumlardan herhangi birisinin eksik olması halidir. Örneğin, akıl hastasının ve ğayr-ı mümeyyiz küçük çocuğun yaptığı İcâre akdi geçersizdir. Ancak sözleşmeden sonra kiralayanın veya kiracının akıl hastası olması durumunda İcâre akdi batıl olmaz.⁵⁴⁶

Gayri mümeyyiz bir çocuğun yaptığı iş akdi çocuk işçi de olsa işveren de olsa batıldır. Gayri mümeyyiz küçüklerin yaptıkları akitler velilerinin izni ile dahi sahîh hale gelmezler.⁵⁴⁷

Akdi kurulmasından sonra meydana gelen ehliyet kayıpları akdi kendiliğinden sona erdirmeyecektir. Fakat ehliyet kaybı durumunda akid yapan taraflardan birinin zarara uğraması, akitten beklediği yararı elde edemeyecek olması muhtemeldir. Mecellenin bu maddesinde akdi kendiliğinden sona ermeyeceğini düzenlemiştir. Günümüzde bazı İslam hukukçuları işçinin akıl sağlığını kaybetmesi veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumlarında da iş-işçi-işveren münasebetleri çerçevesinde işverenin fesih hakkı olduğunu belirtmişlerdir.⁵⁴⁸

459. maddede *“Bătıl İcâre akdinde kullanma ile ücret söz konusu olmaz.”* denilmekte ve bătıl İcâre akdinde kullanma ile ücret söz konusu olamadığı ifade

⁵⁴⁵ Mecelle 110. madde

⁵⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/511.

⁵⁴⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/511.

⁵⁴⁸ Şeref b. Ali Şerif, *İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku*, 441.

edilmektedir. Maddenin devamında “*Ama vakıf malı ve yetim malı olması halinde kullanma dolayısıyla ecir misil gerekir. Akıl hastası da yetim hükmündedir.*” Cümlesiyle vakıf ve yetim malları ile yetim mallarının bu hükümden istisna edildiği belirtilmektedir. Batıl İcârede kiralanan şeyin kullanımından veya ondan bir menfaat temininden dolayı bir ücret ödenmesi gerekmez. Çünkü batıl İcâre aslında akdedilmiş değildir. Fakat kiralanan mal vakıf malı veya yetim malı ise bu durumda ecir misil ödenmesi gerekir. Akıl hastası da bu hükümde yetim gibidir.⁵⁴⁹

Mümeyyiz olmayan çocuğun çalışması konusunda ise o çocuğun çalışmasından sonra akit tamamen çocuğun yararınadır. Bu durumda İstihsan deliline göre ücret ödenmesi gerekli olur.⁵⁵⁰

2.7. İCÂRE AKDİ SONRASI KİRACI VE KİRALAYANIN GÖREV VE YETKİLERİ

Mecelle’nin ikinci kitabı olan *Kitâbu’l-İcâre*’nin yedinci bölümü kiraya veren (müste’cir) ve kiracı (acir) olan kişilerin İcâre akdi sonrası görev ve yetkileri ile ilgili olup üç fasıldan oluşmuştur. Kiraya verilen malın (me’cûr) teslimi, kiraya verilen malla ilgili (me’cûr) tarafların tasarrufları ve kiralanan (me’cûr) şeyi geri vermek ve iade etmek ile ilgili maddeler bu bölümde yer almaktadır.

2.7.1. Kiraya Verilen Malın (Me’cûr) Teslimi

Mecelle’nin ikinci kitabı olan *Kitâbu’l-İcâre*’nin yedinci bölümünün birinci faslı kiraya verilen malın (me’cûr) teslimi konusunu ele alır. Bu fasılda kiraya verilen malın (me’cûrun) teslimi hakkındaki hükümlerden söz edilmektedir. Eğer kiralayan kiralanan malı teslim etmekten sakınırsa malı teslim etmeye zorlanır hatta gerekirse bunun için hapsedilebilir.⁵⁵¹

İlk olarak Mecelle’de kiraya verilen malın (me’cûrun) teslimi 582. maddede “*Kiraya verilen malın (me’cûrun) teslimi, kiracının herhangi bir engel ile karşılaşmayacak şekilde ondan faydalanmasına kiraya verenin izin ve ruhsat vermesidir.*” sözleriyle tanımlanmıştır. Me’cûrun teslimi, kiracının herhangi bir engel

⁵⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/512; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/53.

⁵⁵⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/145.

⁵⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/665.

ile karşılaşmayacak şekilde ondan faydalanmasına mal sahibinin izin ve ruhsat vermesidir. Sahih İcârede mal sahibi kiralanan malı teslim etmeye mecburdur. Gerçek anlamda teslim kiracının o maldan faydalanmasıyla meydana gelir.⁵⁵²

Süre veya mesafe üzerine akdedilen sahih bir İcâre akdinde kira malının kiracıya sürenin veya mesafenin sonuna kadar elinde kalacak şekilde teslim edilmesi gerekir. Bu durum ücretin gerekli olması için şarttır. Eğer bir engel mevcut olursa engel süresi ücretten düşülür. Çünkü ücret sahih İcârede kiralanan maldan istifade etmeye muktedir olmak ile doğru orantılıdır. Mecelle’de bu konuya 583. maddede *“Süre veya uzaklık belirtilerek sahih bir İcâre akdi yapıp ta kiralananın aralıksız ve kesintisiz olarak sürenin sona ermesi ve uzaklığın bitiş noktasına kadar kiracının elinde bulunabilmek üzere kiracıya teslim edilmesi gerekir.”* sözleriyle değinilmiştir. Maddenin devamında *“Örneğin, bir kimse şu kadar süre ile veya filân yere gitmek üzere bir araba kiralarsa o süre içerisinde veya oraya varıncaya kadar o arabayı kullanabilir, arada araba sahibi o arabayı alıp kendi işinde kullanamaz.”* denilerek konu örneklendirilmiş ve kiralamada sürekliliğin devamına değinilmiştir. Bu madde me’curun teslim edilmesi ile ilgili 582. maddedeki tanımda belirtilen kiracının herhangi bir engel ile karşılaşmayacak şekilde ondan faydalanması şartıyla ilgili bir açıklama ve örneklemedir.⁵⁵³

Kiralama sırasında kiralanan malın kendisinden faydalanılacak mahiyette teslim edilmnesi, gerekmektedir. Bu çerçevede 584. maddede *“Taşınmaz içindeki malını kiracıya satmış olması dışında, kiraya veren taşınmazını içinde kendisine ait mal olduğu halde kiraya verirse, kiralanan malı boş olarak teslim etmedikçe kira ücreti işlemeye başlamaz.”* denilerek taşınmazların tesliminde yararlanılacak nitelikte olması hükmü ifade edilmiştir.

Daha önce geçen 477. madde çerçevesinde İcâre akdinde ücret ödenmesi için kiralanan şeyin teslim edilmesi şarttır. Zira kira, teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar. Aynı şekilde 523. maddede ifade edildiği üzere eşyalı evin veya dükkânın kiralınması sahih, geçerli bir akid olup, teslim sırasında kiralayan kişi mal ve

⁵⁵² Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/665; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/147.

⁵⁵³ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/667; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/148.

eşyasını boşaltarak ev veya dükkânını teslim etmek zorundadır. Bu çerçevede kiraya veren kişi taşınmaz malını içinde kendisine ait mal olduğu halde kiraya verirse, kiralanan malı boş olarak teslim etmedikçe kira ücreti işlemeye başlamaz. Taşınmaz içindeki malını kiracıya satmış olması halinde boş teslim etmek zorunda değildir.⁵⁵⁴

Bir evi kiraya veren kişi içerisine kendi eşyasını koyduğu bir odasını istisna tutarak evi teslim ederse bu durumda o odanın kira bedelindeki payı kiranın bütününden düşürülerek kira ücreti ödenir. Bu pay ya her odanın ücretinin ayrı ayrı belli olması şeklindedir veya bütün ücretin belli olup odanın evin içindeki durumuna göre değeridir. Örneğin ev 4 odalıysa ve 12 liraya kiralanmışsa bir oda eksik teslim edildiğinde o odanın 4 liralık değeri düşülerek 8 lira ödenecektir. Evin geriye kalan kısmı için ise daha önce 513. maddede ayıp muhayyerliği mevzusunda değinildiği gibi kiracı fesih konusunda muhayyerdir. Dilerse İcâre akdini fesheder dilerse de evin geriye kalan kısmında kiracı olarak kalmaya devam eder. Eğer kiraya veren kiracının feshinden önce evi tamamen boşaltarak teslim ederse yapılan sözleşmeye uymak gerekir, yani kiracının fesih hakkı ortadan kalkar. Çünkü mani' zail olduğunda memnu' geriye avdet eder. Kiracı bundan sonrasında evden istifade edemez. Bu konuda Mecelle'de 585. maddede "*Bir evi kiraya veren kişi içerisine kendi eşyasını koyduğu bir odasını teslim etmeksizin bir evi teslim ederse o odanın kira payı kira bedelinden düşülür. Evin geriye kalan kısmı için kiracı fesih konusunda muhayyerdir. Eğer kiraya veren kiracının feshinden önce evi tamamen boşaltarak teslim ederse yapılan sözleşmeye uymak gerekir, yani kiracının fesih hakkı ortadan kalkar.*" hükmü yer almaktadır.⁵⁵⁵

2.7.2. Sözleşme Sonrası, Kiraya Verilen Malla İlgili (Me'cûr) Tarafların Tasarrufları

Sözleşme sonrası, kiraya verilen malla ilgili (me'cûr) tarafların tasarrufları konusu Mecelle'nin ikinci kitabı olan Kitâbu'l-İcâre'nin yedinci bölümünün ikinci faslında kaleme alınmıştır.

⁵⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/668.

⁵⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/668-669; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/149.

Sözleşme sonrası, kiraya verilen malda tarafların tasarrufları ile ilgili olarak karşımıza çıkan ilk konu kira ilişkisinin devri meselesidir. Daha önceki borçlar kanunlarında yer almayan bu konu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323. maddesinde “*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça, bu rızayı vermekten kaçınamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Konuya dair Mecelle’deki 586. maddede “*Kiralanan mal taşınmaz cinsinden ise kiracı onu teslim almadan önce bir başkasına kiraya verebilir. Ve taşınır mal ise kiraya veremez.*” denilerek

Mecelle’nin 253. maddesinde “*Müşteri kabl-el-kabz mebi’i akar ise ahare satabilir ve eğer menkul ise satamaz.*” denilerek alış-verişte belirtilen hüküm burada İcâre akdi için söz konusu edilmekte ve kiracı kiralanan mal taşınmaz cinsinden (akar) ise onu teslim almadan önce bir başkasına kiraya verebileceği, taşınır mal (menkul) ise kiraya veremeyeceği belirtilmiştir.⁵⁵⁶

Bir şey kabz edilmeden önce satışı caiz olmadığı için kiralınmasını da caiz görmeyen kimi âlimler bu maddede belirtilen “*kiracı malı teslim almadan önce bir başkasına kiraya verebilir*” hükmüne cevaz vermemişlerdir. Zira kiralanan maldan elde edilen menfaat kira süresince yok olmaktadır. Bu âlimlere göre böyle bir menfaatte ğarar hükmünde olup akid haksız kazanca yol açacak düzeyde kapalılık taşımaktadır. Fakat diğer âlimler böyle bir akdicaiz görmüş ve ğarar taşımadığına hükmetmişlerdir. Mecelle’nin bu maddesi de bu alimlerin görüşleri çerçevesinde kaleme alınmıştır.⁵⁵⁷

Bu madde genel olarak kira akdi ile ilgili olmakla beraber iş akdindeki işçi işveren ilişkilerine de uyarlanabilir. Zira maddede gelir getiren şeyin teslim alınmadan önce başkasına kiralınması mümkün görülmüştür. Bu anlamda madde günümüzdeki geçici iş ilişkisinin dayanağı olarak kabul edilebilir. Geçici iş ilişkisi işverenin işçisini, aralarındaki iş sözleşmesi gereğince yükümlü olduğu işi başka bir işverene karşı ifa etmesi için geçici olarak yeni işverene devretmesi ile

⁵⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/671.

⁵⁵⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/671.

kurulan iş akdidir. Bu akidte işçi geçici bir süreyle başka bir işveren adına ve onun hesabına çalışır.⁵⁵⁸

Geçici iş ilişkisi ile ilgili olarak İslam Hukukunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber ele aldığımız maddede olduğu gibi kira akdinde kişinin kiraladığı şeyi başkasına kiraya vermesi mümkün görülmüştür. Serahsî bunu alt kira başlığı ile ele almıştır. Alt kira akdinde kiralayanın (işveren) daha fazla ücret alıp alamayacağı tartışılmış, bazı İslam hukukçuları fazla ücret alınmasını uygun görmüş bir kısım İslam âlimleri ise fazla ücret alınmasını uygun görmemişlerdir. Serahsî, fazlalık meydana getiren kişinin fazla ücret alabileceği görüşünü ifade etmiş, Serahsî'nin aktardığı kadarıyla İmam Şâfiî ise her durumda fazla ücretin helal olduğunu belirtmiştir.⁵⁵⁹

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi müste'cirin daha fazla ücret alabileceğini dile getirmektedir. Alt işveren sözleşmesinde asıl işverenin fazla ücret almasını aracılık ücreti ile ifade etmek mümkündür. Asıl işveren işçilere ücretlerini her zaman ödeyerek riski üstlenmiştir. Hanefî âlimleri risk üstlenilmeden elde edilen kar yasak olduğu için fazla ücrete karşı çıkmışlardır.⁵⁶⁰

Kullanım şekli ve faydalanılmasında kişiden kişiye farklılık gösteren mallar hakkında Mecelle'nin 587. maddesinde “*Kullanım şekli ve faydalanılması noktasında kişiden kişiye farklılık gösteren mallarda o malı kiralayan kiracı, malı başkasına kiraya verebilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede o malı kiralayan kiracı, malı başkasına kiraya veya iareye veyahut vedia olarak verebilir. Mecelle'nin 428. maddesinde belirtildiği gibi kullanıcısının değişmesiyle kullanım şekli değişmeyen her şeye konulan sınırlama geçersizdir. Örneğin, bir kimsenin oturması için kiralanan evde bir başkası da oturabilir. Yine Mecelle'nin 528. maddesinde belirtildiği gibi kişi ne için olduğunu belirtmeden kiraladığı evde kendisi oturabildiği gibi başkasını da oturtabilir ve içerisine eşyasını da koyabilir. Bu madde bu iki madde çerçevesinde düşünülmelidir.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 88-89.

⁵⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/108, 186.

⁵⁶⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/671-673.

⁵⁶¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/673.

Mecelle’de kiralama konusunda var olan hükümlerden biri de fasit bir sözleşme kiralanan bir mal teslim alındıktan sonra sahih bir sözleşme ile başkasına kiraya verilmesi konusudur. 588. maddede “*Fasit bir sözleşme ile kiracı olan kimse, kiralanan malı teslim aldıktan sonra sahih bir sözleşme ile başkasına kiraya verse kiralama işlemi geçerli olur.*” hükmü çerçevesinde böyle bir akit sahih olur. Yapılan yeni kiralama işlemi sahih bir işlem halini alır. Burada kiralanan şeyin me’cur olmaya uygun bir şey olması şarttır. Kiracı yeni kiracının belirlenen ücreti (ecr-i müsemma) almaya hak kazanırken, mal sahibine sadece ecr-i misli öder.⁵⁶²

Bu maddede belirtilen “*malı teslim aldıktan sonra*” şartı aynı zamanda fasid İcâre söz konusu olduğunda kabz edilmeyen bir malın başkasına İcâre edilemeyeceğini ortaya koymaktadır.⁵⁶³

Mecelle’de kişinin malını kiraya verdiği halde bir başkasına aynı anda kiralamasının sahih olmayacağı ifade edilmiştir. 589. maddede “*Kişi sahibi olduğu malını belli bir süreliğine (müddet-i ma’lume) yerine getirilmesi gerekli bir İcâre akdi (icâre-i lazıme) ile kiraladıktan sonra tekrar bir başkasına belirlenen bu süre için kiralarsa, ikinci İcâre akdi geçerli (nafiz) ve muteber olmaz.*” denilerek bu hüküm beyan edilmiştir.

Düzgün bir icâre akdiyle yapılmış olan belirli müddetli bir sözleşmede mal sahibi kiraladığı malı bir başkasına yani ikinci bir kiracıya aynı anda kiralayamaz. Bu durumda ikinci İcâre akdi fasid olduğundan ikinci kiracıya malı teslim etmek zorunda değildir. Bu tür bir akid yapıldığında birinci kiracı dilerse ücretini kendi alarak ikinci kiracıya kira izni verir dilerse de yapılan akdi kabul etmez ve akdi fesh etmiş olur.⁵⁶⁴

Kiraya verilmiş olan bir malın satışı hakkında “*Kiracının izni olmadan kiraya verenin (mal sahibinin) kiralanan malı satması halinde bu satış satıcı ile alıcı arasında bağlayıcı olurken kiracı açısından bağlayıcılığı olmaz.*” sözleriyle ifade edilen Mecelle’nin 590. maddesi gereği böyle bir satış caiz olmaktadır. Fakat

⁵⁶² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/674.

⁵⁶³ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/151.

⁵⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/675; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/152.

maddenin devamında “Hatta kira süresi son bulduğunda bey’i lazım (yerine getirilmesi gereken, muhayyerlik şartı bulunmayan kat’i bir satış sözleşmesi) olur ve alıcı almaktan kaçınmaz. Fakat İcâre akdi sona ermeden önce alıcı satıcıdan malın teslimini talep edip de tesliminin mümkün olmaması nedeniyle kadı sözleşmeyi feshederse ve eğer kiracı satışa izin verirse her birisi hakkında sözleşme geçerli olur. Lakin kiracı peşin ödediği kira bedeli miktarından yararlanmadığı sürece, bu süreye karşılık gelen bedel iade edilerek ödenmedikçe, kiralanan mal kiracının elinden alınmaz. Ve eğer kiracı bu bedeli almadan kiralananı teslim ederse hapis hakkını ortadan kaldırmış olur.” hükümleri bağlayıcıdır.

Mecellenin bu maddesi mal sahibi kiracının izni olmadan kiraya verdiği malını başkasına satması ile ilgili hükmü beyan eder. Mal sahibi kiracının izni olmadan kiraya verdiği malını satarsa bu satış satıcı ile alıcı arasında bağlayıcı olurken kiracı açısından bağlayıcılığı olmamaktadır. Hatta kira süresi son bulduğunda satış bey’i lazım olur ve alıcı almaktan kaçınmaz. Kiracı satış sözleşmesini feshetme yetkisine sahip değildir. Fakat İcâre akdi sona ermeden önce alıcı satıcıdan malın teslimini talep eder de tesliminin mümkün olmaması nedeniyle kadı sözleşmeyi feshedebilir. Bu fesih hakkı aradaki ayrılığı sona erdirebilme yetkisi dolayısıyla kadıya aittir. Ebû Hanîfe ve Muhammede göre ister satış sırasında malın kiraya verilmiş olduğunu bilsin isterse bilmesin müşterinin de kadıya müracaat etme ve fesih talep etme hakkı vardır. Bu durumda eğer kiracı satışa izin verirse her birisi (alıcı ve satıcı) hakkında sözleşme geçerli olur. Lakin kiracı peşin ödediği kira bedeli miktarından yararlanmadığı sürece, bu süreye karşılık gelen bedel iade edilerek ödenmedikçe, kiralanan mal kiracının elinden alınmaz. Ve eğer kiracı bu bedeli almadan kiralananı teslim ederse haps etme hakkını ortadan kaldırmış olur.⁵⁶⁵

Fakat mal sahibi kiracının izniyle satış akdini gerçekleştirirse kiracı açısından da akid bağlayıcı olur.⁵⁶⁶

1924 (1340) tarihinde Mecelle Ta’dil Komisyonu bu maddeye ilavelerde bulunmuş ve mal sahibinin satış akdine cevaz vermemesi halinde müşterinin kira

⁵⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/676-677; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/152.

⁵⁶⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/677.

süresi bitene kadar mala ulaşamamasından dolayı bir kısım zararların olacağını ifade etmiştir. Bir zararın devam etmesi caiz olmayıp izalesi gerektiğinden, oluşacak bu zararların ortadan kaldırılması için Mecelle satış akdinin hâkim karşısında yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak maddenin devamında “*kiracı peşin ödediği kira bedeli miktarından yararlanmadığı sürece, bu süreye karşılık gelen bedel iade edilerek ödenmedikçe, kiralanan mal kiracının elinden alınmaz. Eğer kiracı bu bedeli almadan kiralananı teslim ederse hapis hakkını ortadan kaldırmış olur.*” denilmekte ve müşteriye fesih etme yetkisi vermeyerek bu durum ilkinden farklı kabul edilmektedir. Fakat Mecelle Ta’dil komisyonu her iki durumunda aslında aynı olduğunu ve bu durumda da fesih yetkisi verilmesi gerektiğini ek bir madde ile “*Bu suretde dahi müşteri bey’in huzur-ı hâkimde feshini talep edebilir. Müste’cir bey’i müciz olmadığı takdirde tarh-i bey’den i’tibaren bedel-i İcâre müşteriye aid olur.*” konuya açıklık getirmektedir. Böylece müşteriye fesih talep etme hakkı verilmiş olmaktadır.⁵⁶⁷

2.7.3. Kiralanan Şeyi (Me’cûr) Geri Verme ve İade Etme

Kiralama sonrasında karşılaşılan durumlardan biri de kiralanan (me’cûr) şeyi geri vermek ve iade etmek ile ilgili hükümlerdir. Mecelle bu konuya da açıklık getirmekte ve ikinci kitab olan *Kitâbu'l-İcâre*’nin yedinci bölümünün üçüncü faslını bu konuya ayırmaktadır.

Konu ile alakalı ilk olarak 591. maddede “Kiracının kiralanan maldan İcâre akdinin sona ermesiyle beraber elini çekmesi gerekir.” sözleriyle kiracının kiraladığı maldan İcâre akdinin sona ermesiyle birlikte elini çekmesi yani kullanımına son vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bundan sonrada kiraladığı malı mal sahibine teslim etmelidir. Bundan sonra gelen 592 ve 593. maddeler bu maddenin bir nevi türevleridir.⁵⁶⁸

592. maddede “*Kiracı kiralanan malı İcâre akdi sona erdikten sonra artık kullanamaz.*” ve 593. maddede “*İcâre akdi sona ermiş ve kiralayan da malı geri almak istiyor ise, o zaman kiracının kiralanan malı mal sahibine teslim etmesi*

⁵⁶⁷ *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 907 vd.

⁵⁶⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/679.

gerekir.” denilerek akit sonrası kiracının kiraladığı malı teslim etmesi gerektiği ve artık kullanamayacağı ifade edilmiştir.

Kiracı kiraladığı malı İcâre akdi sona erdikten sonra mal sahibinin izni olmadan kullanamaz. Kullanması durumunda gasıp sayılır ve telef olması halinde tazminatını ödemek zorundadır.⁵⁶⁹

İcâre akdi sona erdiğinde kiralayan malı geri almak istiyor ise, o zaman kiracının kiralanan malı mal sahibine teslim etmesi gerekmektedir. Eğer teslim etmeyip mal telef olursa malın ücretini tazmin etmek zorundadır.⁵⁷⁰

İcâre akdi sona erdiğinde mal sahibi malın teslim alınması sürecinden sorumludur 594. maddede “*Kiralanan malın ret ve iadesi ile ilgili işlemler kiracıya ait olmayıp, İcâre akdi sona erdiğinde mal sahibi malın teslim alınmasından sorumludur.*” sözleriyle ifade edilen bu hüküm maddenin devamında “*Örneğin bir evin İcâre akdi sona erdiğinde ev sahibinin gidip evini teslim alması gerekir. Aynen böyle belirlenmiş bir yere kadar bir hayvan kiralanırsa, hayvan sahibinin belirtilen o yerde bulunup hayvanını geri alması gerekir. Gelip almadığı zaman, kiracının bir kast ve kusuru bulunmadığı halde hayvan telef olursa bedelini tazmin etmesi (hayvan sahibine ödemesi) gerekmez.*” cümleleriyle örneklenmektedir.

594. maddenin devamında “*Ama belli bir yerden gidip gelmek üzere hayvanı kiralananmış olursa belirlenmiş olan o yere götürmesi gerekir. Oraya götürmeyerek kendi evinde tutarsa ve hayvan telef olursa, kiracının hayvanın bedelini tazmin etmesi yani hayvan sahibine ödemesi gerekir.*” sözleriyle Mecelle böyle bir durumda telef olması halinde tazmin gerektiği ifade edilmektedir.

Mecelle’nin 87. maddesinde belirtildiği gibi bir şeyin menfaatine ulaşan kişi o şeyin külfetini de yüklenmek zorundadır. Zira zarar menfaat mukabilindedir. Menfaat burada ücrettir mal sahibine ait olunca onun külfetine de katlanmak ona ait olacaktır. Kiralanan malın İcâre akdi sona erdikten sonra mal sahibine geri iadesi ile ilgili işlemler kiracıya ait değildir. İcâre akdi sona erdikten mal sahibi malın teslim alınmasından sorumludur. Örneğin bir evin İcâre akdi sona erdiğinde ev sahibinin

⁵⁶⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/680.

⁵⁷⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/680.

gidip o evi kiracısından geri teslim alması gerekir. Belirlenmiş bir yere kadar bir hayvan kiralanırsa, hayvan sahibinin belirtilen o yerde bulunup hayvanını geri teslim alması gerekir. Gidip almadığı zaman, kiracının bir kast ve kusuru bulunmadığı halde hayvan telef olursa kiracının bedelini tazmin etmesi gerekmez. Fakat belli bir yerden gidip gelmek üzere hayvanı kiralanmış olursa belirlenmiş olan yere götürülmesi gerekir. Oraya götürmeyerek kendi elinde tutarsa ve hayvan telef olursa, kiracının bu durumda ğasıb sayılacağından hayvanın bedelini tazmin etmesi gerekmektedir.⁵⁷¹

İade sırasında oluşabilecek yan giderler ile ilgili olarak 595. maddede “*Kiralanın malın geri verilmesi ve iade edilmesi için yükleme ve me’ûnete (kûlfet, sıkıntı, diğer giderler) ihtiyaç var ise, bu durumda nakliye giderleri kiraya verene ait olur.*” cümleleriyle Mecelle, sorumluluğu mal sahibine yüklemiştir.

Kiralanın malın geri verilmesi ve iade edilmesi için yükleme ve me’ûnete (kûlfet, diğer giderler) ihtiyaç var ise, bu durumda nakliye giderleri mal sahibine ait olur. Fakat mal sahibi bu giderleri kira akdinde kiracıya yüklemişse akid fasid olur. Çünkü kiracı, kiralanandan elde edilecek menfaate mal sahibi gibi hemen ulaşamamaktadır.⁵⁷²

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 303. maddesinde de Mecelle ile paralel olarak “*Kiraya veren, kiralanının kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür.*” denilmiştir. Bu maddeye kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanununun kiracının borçlarını düzenleyen hükümlerinden biri olan 257-a maddesinde yan giderler sözleşmede yazılı olmak şartıyla kiracıya ait olarak kabul edildiği hâlde, bu maddede yan giderlere katlanma yükümlülüğü, kiraya verene ait bir borç olarak düzenlenmiştir. Zira kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257-a maddesinin ikinci fıkrasına göre de, yan giderlere katlanma borcunun kiracıya ait olması için, sözleşmede özel bir hükmün bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu’nun

⁵⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/681-683; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/157-158.

⁵⁷² Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/684.

303. Maddesinin Mecelle ile paraler olması yanında maddeye kaynak İsviçre Borçlar Kanununa da muhalif olmadığı kabul edilmiş olacaktır.⁵⁷³

2.8. İCÂRE AKDİ'NDE TAZMİNATLAR (DAMÂN)

Tazminat, medeni hukuk alanına giren bir yaptırım olup oluşabilecek zararların telafî edilmesini ifade eder. İslam medeni hukukunda önemli bir yeri olan Mecelle'de; bey', icâre, kefalet ve emanet gibi konularda tazminatlar ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu bölümde İcâre Akdinde yer alan tazminatların incelenmesi ile yetineceğiz. Mecelle'de icâre akdi incelendiğinde tazminatlar ile ilgili üç ana başlığın olduğu görülmüştür. Bunların ilki, kiralanan maldan elde edilecek olan ve zamanla ortaya çıkacak olan menfaatlerin tazminine ilişkin hükümler; ikincisi, kiracının tazminat noktasındaki sorumluluklarına ilişkin hükümler ve son olarak işçinin tazminatına ilişkin hükümler şeklindedir. Mecelle'de İcâre akdinde tazminatlar konusu ele alınırken Mecelle Komisyonu Mecelle maddelerini önce Hanefî mezhebinin daha çokta Ebû Hanîfenin görüşleri çerçevesinde kaleme almıştır. Fakat zamanın şartlarının değişimi ve İslam içtihad geleneğinin vüs'at ve derinliği içerisinde konular ele alındığında daha sağlıklı sonuçlara varılacağı aşîkârdır. Zira daha sonraları oluşturulan Mecelle Ta'dil Komisyonları da bu çerçevede değişiklik, ekleme ve çıkarmalara gitmiştir. Gerek mal sahiplerinin gerekse kiracıların mağdur edilmemesi için tazminatlar konusunda diğer mezheplerin görüşlerinden de istifade edilmesi önemlidir.

İcâre akdi ile ilgili bölümün son babı konumuz olan tazminatlar yani damân konusudur. Bu bölümde 596-599 arası maddeler yararlanma karşılığında ödenmesi gereken tazminat (damân-ı menfaat) hakkındaki hükümleri, 600-606 arası maddeler kiracının tazminatı hakkındaki hükümleri, 607-611 arası maddeler ise işçinin tazminatı ile ilgili hükümleri içermektedir. İcâre akdinde söz konusu olan tazminatlar toplam 16 madde halinde kaleme alınmıştır.⁵⁷⁴

⁵⁷³ İlhan Helvacı, *Hukuki Mütalaalar*, Onikilevha Yayınları, 2/303. maddenin açıklaması; İlhan Helvacı, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011, 303. maddenin açıklaması.

⁵⁷⁴ Mecelle, 404 ile 611. maddeler arasındaki hükümler.

Tazminat kavramının tanımı ve Mecelle’de tazminatlar ile ilgili belirtilen genel kuralların belirtilmesi ile başlayan konumuz, üç ana başlık halinde ele alınmıştır. Bu başlıkların birincisinde bir şeyden yararlanma karşılığında ödenmesi gereken tanzimatlar konusu incelenirken, ikincisinde kiracının ödemesi gereken tazminatlardan ve son olarakta üçüncü bölümde işçinin tazminatından söz edilmektedir. Ayrıca bu başlıkların tümünde alt başlıklar ile konu izah edilmiştir.

2.8.1. Tazminat Kavramı

Günümüzde tazminat olarak ifade edilen damân kelimesi sözlükte “bir şeyi üstlenme, karşılık, taahhüt ve garanti etme (الكفالة والالتزام)” anlamına gelmektedir. Damân, İslâm hukukunda kefâlet akdini, daha geniş anlamıyla da “kişinin ödeme sorumluluğu yani bütün malî yükümlülükleri” ni ifade eder.⁵⁷⁵ İslâm hukukçuları çoğunlukla “ed-damân” kavramını “mâlî tazmin ve insanın vücut bütünlüğüne gelen zarardan korunma sorumluluğu” anlamında kullanmışlar ve damân ile kefalet (الكفالة والضمان) kelimelerini “müradif” kavramlar, aynı anlama gelen iki farklı terim olarak kullanmışlardır.⁵⁷⁶

Hanefî hukukçular genelde damân kelimesini mâlî sorumluluk anlamında kullanmışlardır.⁵⁷⁷ Hanefî fakihlerin dışında kalan fakihlerin geneli damânı, kefalet akdiyle eş anlamlı olarak kullanmışlardır. Fakat damân kavramının İslam hukukunda zamanla Hanefî fakihlerin görüşleri çerçevesinde "kişinin mali sorumluluğu" şeklinde geniş bir anlama geldiği görülmektedir. Bundan dolayı damân kelimesi, günümüz hukukunda "hukuka aykırı bir eylem veya işlemin sebep olduğu zarar ve ziyanın ödenmesi" anlamında kullanılan “tazminat” kavramından daha geniş kapsamlı bir anlama sahiptir.⁵⁷⁸ Tazminat kavramı “kefil olmak, borçlanmak,

⁵⁷⁵ Heyet, *el-Mu‘cemü’l-vasît*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1990, 544; Ali el-Hafif, *ed-Damân fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, (Kahire: Darü’l-Fikri’l-Arabi, 2000), 7-8.

⁵⁷⁶ el-Hafif, *a.g.e.*, 8.

⁵⁷⁷ eş-Şeybânî, *el-Cami’u’s-Sağir*, 465; el-Hafif, *a.g.e.*, 17.

⁵⁷⁸ Hamza Aktan, “Damân”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8/450.

garanti vermek, korumak ve zararların telâfisi yükümlülüğü altına girmek” gibi anlamlara gelir.⁵⁷⁹

2.8.2. Mecelle’de Tazmin: Genel Kurallar ve İlkeler

Mecelle’de verilen zararların tazmini ile ilgili birçok prensip söz konusudur. Bu prensiplerin bazıları Mecelle’nin başında ikinci makalenin 2 ile 100. maddeleri arasında “kavaid-i fikhıyye” denilen ve fıkıh ilminin genel prensipleri olarak belirtilen hükümler içerisinde ifade edilmiştir. Mecelle’de tazminat ile ilgili belirtilen genel hükümlerin bazıları şunlardır:

“Zarar kadim olmaz.” Mecelle, 7. madde

“Zarar ve mukabelen biz-zarar yoktur.” Mecelle, 19. madde

“Zarar izâle olunur.” Mecelle, 20. madde

“Zaruretler mumnu’ olan şeyleri mübah kılar.” Mecelle, 21. madde

“Bir Zarar kendi misli ile izale olunamaz” Mecelle, 25. madde

“Zarar-ı ammi def için zarar-ı has ihtiyar olunur.” Mecelle, 26. madde

“Zarar-ı eşed zararı ehaf ile izale olunur.” Mecelle, 27. madde

“Zarar bi-kader-il-imbân def olunur.” Mecelle, 31. madde

“Bi-kaderil-imbân şarta müraât olunmak lâzım gelir.” Mecelle, 83. madde

“Bir şeyin nef’i zamanı mukabelesindedir.” Mecelle, 85. madde

“Ücret ile zamân müctemi’ olmaz.” Mecelle, 86. madde

“Mazarraf menfaat mukabelesindedir.” Mecelle, 87. madde

“Bir fi’lin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.” Mecelle, 89. madde

⁵⁷⁹ el-Cezirî, *Kitâbü’l-Fıkh ale’l-Mezâhibi’l-Erbea*, 195; Ebü’l-Kasım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât fî Ğaribi’l-Kur’ân*, nşr. Safvân Adnân Dâvûdî, (Beyrût 1412/1992), 656.

“Mübâşir ya’ni bizzat fâil ile mütesebbip müctemi’ oldukça hükm ol fâile muzaf kılınır.” Mecelle, 90. madde

“Cevaz-ı şer’i zamâna münafî olur.” Mecelle, 91. madde

“Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur.” Mecelle, 92. madde

“Mütesebbip müteammid olmadıkça zâmin olmaz.” Mecelle, 93. madde

“Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir.” Mecelle, 94. madde

Bu ve buna benzer maddelerde oluşan zararların tazmin edilmesi ile ilgili genel prensipler ifade edilmektedir. Bu genel prensipler çerçevesinde oluşacak zararların tazmin edilmesi gerektiği, bu tazminin hangi kurallara bağlı olacağı ifade edilmiştir. Mecelle’de ayrıca bey’, icâre, kefalet, emanet gibi konularda tazminat ile ilgili hükümler her konuda ayrı ayrı tafsilatlı olarak belirtilmiştir. Biz burada sadece Mecelle’de geçen sadece İcâre akdinde söz konusu olabilecek tazminatlardan söz edeceğiz. Bunları Mecelle’de yer alan sıralama üzerinden ele alacak ve üç temel başlık altında inceleyeceğiz.

2.8.3. Yararlanma Karşılığı Ödenmesi Gereken Tazminat (Damân-ı Menfaat)

Damân-ı menfaat kiralanan şeyden faydalanılması karşılığında ödenmesi gereken tazminatı ifade eder. İslam hukukunda menfaatlara karşı işlenen haksız fiillerin bir zarar sebebi olup olmadığı ve bu zararın tazmin edilip edilmeyeceği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Menfaatlerin maddi bir mal gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu bu görüş ayrılıklarının asıl kaynağını teşkil etmektedir.⁵⁸⁰

Kira akdinde belirlenmiş bir bedel karşılığında sahip olunan şey menfaattir. Bu menfaatin temini içinde kendisinden menfaat sağlanacak şeyin kiracıya teslim edilmesi gerekmektedir. Örneğin araba kiralınmasında arabadan faydalanabilmek

⁵⁸⁰ Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, nşr. M. Zekî Abdülber, (Beyrût: Daru'l Kutubu'l İlmiyye, 1405/1984), 3/90; es- Senhûrî, *Mesâdirü'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 6/171.

için onun teslim alınması gereklidir. Kiracının elinde araba emanet hükmünde kabul edilir. Herhangi bir kusur bulunmadan telef olması halinde tazmin edilmesi gerekmemektedir. Fakat kiralamadan elde edilecek olan menfaatin ise tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle icâre akdi çift vasıflı bir akit türüdür.⁵⁸¹

Hanefilere göre, menfaatler kendi başlarına varlıklarını koruyamadıklarından “madûm” olarak kabul edilirler. Madûm olan şeyler ise Hanefî fıkında gasp ve itlaf gibi haksız fiillere maruz kalmazlar.⁵⁸² Klasik dönem Hanefî fıkıhçıları manevi zararları tazmini gereken zararlar olarak kabul etmemiş ve bu tür zararların tazminini gerekli görmemişlerdir.⁵⁸³ Bu durumda herhangi bir eşyayı gasp eden kişi ondan yararlanıp, bir müddet geçtikten sonra olsa bile herhangi bir zarar vermeden, eski haliyle sahibine geri teslim ederse, gasp edilene verilmiş bir zarar söz konusu olmadığından kişinin menfaatinin zarara uğramadığı kabul edilir. Böylece maddi anlamda bir tazmin gerekmemektedir.⁵⁸⁴

Hanefiler dışında kalan İslam hukukçuları ise menfaatleri araz (gelip geçici şey, ilişen) olarak kabul etmekte ve menfaatleri hukuki işlemlerde cevher (öz, asıl) ile eşdeğer olarak görmektedirler. Bu durumda zarara sebep olan menfaat kayıpları, bir malın gasp veya telef edilmesinde olduğu gibi zarara yol açan bir davranış olarak kabul edilmekte ve maddi yönden tazmin edilmesi gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.⁵⁸⁵ Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise menfaatle ayn arasında hukukî değer bakımından bir ayırım yapmadıkları için menfaatlerin tazmin edileceğini ifade etmişlerdir. Örneğin herhangi bir ev veya araba veyahut herhangi bir hayvanı gasp eden kişi sadece kendisi bu mallardan faydalanmış olsa bile gasp edilen şey için bir

⁵⁸¹ Hayreddin Karaman, *İş ve Ticaret İlmihali*, (İstanbul: İz yayınları, 2012), 83-84.

⁵⁸² es-Serahsî, *el-Usûlû's-Serahsî*, nşr. Ebu'l Vefa Afgani (Haydarâbâd: Cenneti İhyail Maarifil Osmaniyye, 1993), 1/56.

⁵⁸³ Mehmet Akif Aydın, “Haksız Fiil”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 15/211.

⁵⁸⁴ Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr et-Taberî, *İhtilâfû'l-fukahâ' (İhtilâfû 'ulemâ'i'l-emsâr fî ahkâmi şerâ'i'l-İslâm)*, (Beyrût, ts.), 177; Ebu Muhammed Abdullah b. Abdillâh Kenânî, *Kitâbü'l-Akdi'l Mu'zam li'l-Hükkâm fîmâ Yercî Beyne Eydihim Mine'l-Ukûd ve'l-Ahkâm*, Beyrût, ts., 2/72-73; el-Hafif, *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*. Darü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire 2008, 408.

⁵⁸⁵ Hasan Hacak, “Menfaat”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29/133.

zararın varlığı söz konusu olmaktadır. Sonuçta oluşan bu zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.⁵⁸⁶

Mecelle’de yararlanma karşılığı ödenmesi gereken tazminatlar konusunda ilk olarak karşımıza sahibinin izni olmadan bir malın kullanılması sonucu ödenmesi gereken tazminat konusu çıkar. Mecelle, sahibinden izin almaksızın bir malın kullanılmasını gasp olarak kabul eder ve kişiye bu durumda tazmin sorumluluğu yüklemeyiz.

Konu ile ilgili Mecelle’nin 596. maddesinde “*Sahibinin izni olmaksızın bir malın bir kimse tarafından kullanılması gasp olarak kabul edildiğinden elde edilen faydadan dolayı kişinin bir ödeme yapması gerekmez. Fakat vakıf malı ve küçük çocuk malları, kiraya verilmek üzere hazırlanmış mallardan (muaddün-lil-istiğlal) iseler, mülkiyet (te’vil-i mülk) ve sözleşme (te’vil-i akd)*⁵⁸⁷ iddiasının bulunmaması durumunda, faydalanma karşılığı tazminat yani ecr-i misil gerekir.” şeklinde konu hükme bağlanmaktadır. Vakıf malı, küçük çocuğun malı ve kiraya verilmek üzere hazırlanmış mallarda ise yararlanma sonucu ecr-i misil ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Mecelle’de konu ile ilgili olarak “*Bir kimse başkasının evinde İcâre akdi yapmaksızın kendiliğinden bir süre oturursa bu iskân dolayısıyla herhangi bir ücret ödemesi gerekmez. Fakat o ev bir vakfın veya küçük bir çocuğun malı ise mülkiyet ve sözleşme iddiası bulunsun veya bulunmasın her iki durumda da oturduğu sürenin ecr-i mislini ödemesi gerekir. Bunun gibi kiraya verilen bir ev olursa yine mülkiyet ve sözleşme iddiası olmazsa bile ecr-i misil ödemesi gerekir. Aynı biçimde bir kimse sahibinin izni olamadan bir kira beygirini alır ve bir süre kullanırsa beygirin ecr-i mislini ödemesi gerekir.*”⁵⁸⁸ şeklinde örnek verilmektedir. Kişi sahibinin izni olmadan bir malı kullanır veya kendisi bu malı kullanmasa bile sahibinin (kendisinin

⁵⁸⁶ eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fî fıkhi’l-İmâm eş-Şâfi’î*, 2/377, 381; İbn Kudâme, *el-Umde fî’l-Fıkhi’l-Hanbelî*, 166; en-Nevevî, *el-Mecmu’ Şerhü’l-Mühezzeb*, 14/274; el-Merdâvî, *el-İnsâf*, 6/128; Ebu Ömer Yusuf b. Abdillâh el-Kurtubî Abdilberr en-Nemerî İbn Abdilberr, *Kitabü’l-Kâfi fî’l- Fıkhi Ehli’l-Medineti’l-Maliki (el-Kâfi fî fûrû’i’l-Mâlikiyye)*, (Beyrût 1987), 2/844; el-Hisnî, *Kifâyetü’l-ahyâr fî Halli Ğayeti’l-İhtisâr*, 394-396.

⁵⁸⁷ Te’vil-i akd bilinmeden satın alınan bir gasbedilmiş malın meşru sahibi çıkarak geri almaya teşebbüs etmesi hâlinde önceden tasarruf edenin ücret vermemek için "bu malı ben satın aldım" demesi durumudur.

⁵⁸⁸ Mecelle, 596. madde

malı elinden tutmasından dolayı) bu maldan istifade etmesini engellemiş olursa bu durumdan kaynaklı olarak herhangi bir ücret ödemesine gerek yoktur. Fakat malın kendisinde bir noksanlık, eksiklik meydana gelirse veya malın aslından bir kısım bölümleri telef olursa bu durumda malı kullanan kişi oluşan zararı tazmin etmeli ve damân-ı noksan denilen eksiklikten kaynaklanan tazminatı ödemelidir.⁵⁸⁹

Hanefiler menfaatlerin tazmininin gerekmediği konusunda ittifak ederken, İmam Şâfiî bu görüşe muhalefet etmekte ve menfaatler ile ayn olan şeyler arasında fark gözetmemektedir. Şâfiî, menfaatlerde isterse kiraya verilen mal olsun, ister vakıf malı olsun, isterse de yetim malı olsun oluşan zararın tazminini gerekli görmektedir.⁵⁹⁰

Ali Haydar Efendi Hanefî hukukçularının menfaatlere tazmin gerekmediği ile ilgili olarak iki delil ortaya koyduklarını ifade eder. Bu delilleri ise şöylece sıralar:

Damân (tazminat) bir malın gasp edilmesi sonucu ortaya çıkar. Ücret ile tazminat (damân) Mecelle'nin 86. maddesi⁵⁹¹ gereği birlikte olamayacağına göre, menfaatlerin tazmini gerekmemektedir. Çünkü kira akdinde malın kullanımından ötürü bir ücret zaten vardır. Aynı anda hem ücret hem de tazminat bereber olamaz.⁵⁹²

Nakit mal ile menfaatler arasında denklik ve benzerlik yoktur. Çünkü menfaatler her ne kadar bir araz olarak kabul edilse dahi kalıcılıkları söz konusu değildir. Aynı zamanda menfaatler kendi zatında değer ifade etmezler. Bu durumda menfaatlerin menfaat ile tazmin edilmesi caiz değildir.⁵⁹³

Ali Haydar'ın Hanefilerin delilleri olarak ifade ettiği gibi, ücret ile tazminat bir arada olmaz. Çünkü kira akdinde zaten bir ücret söz konusudur. Aynı anda hem ücret hem tazminat gerçekleşmemelidir. Aynı zamanda nakit mal ile menfaatler arasında benzerlik bulunmamaktadır. Menfaat kalıcı değildir ve kendi zatında bir değer ifade etmez. Dolayısıyla menfaatlerin nakit mal ile tazmini düşünülemez.

⁵⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/685.

⁵⁹⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/686.

⁵⁹¹ Mecelle 86: Ücret ile damân müctemi' olmaz.

⁵⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/686.

⁵⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/686.

Hanefîlerin menfaatlerin tazmininin gerekmediği konusundaki düşünceleri çerçevesinde aslında vakıf malları ile küçük çocuğun malında da tazmin gerekmemektedir. Fakat istihsan delili çerçevesinde müteahhirîn Hanefî fukahası bu tür mallarda tazmini caiz görmüştür. Böylece bu mallara insanların çokça tamah etmesinin ve bu malları gasb etmesinin önüne geçilmiş oldu. Müteahhirîn Hanefî fukahası bu konuda İmam Şâfiî ve diğer mezhep imamı gibi düşünmüş ve vakıf malları ile küçük çocuğun malında zarar durumunda tazmin gerektiğine karar vermişlerdir.⁵⁹⁴

Menfaatler ile ilgili Hanefîler'in bu görüşleri zaman zaman mal sahiplerini mağdur etmiştir. Bu konuda Şâfiîler dâhil diğer mezheplerin görüşlerine müracaat edilmiş ve oluşan mağduriyeti önlemek amacıyla yeterince korunamayan vakıf ve yetim malları ile kiraya verilmek üzere hazırlanmış mallar (muaddün-lil-istiğlal) bu hükümden istisna edilmiştir. Mecelle'ye göre bu mallardan elde edilecek olan menfaatler de tazmin edilmelidir. Vakıf mallarını kullanıp kullanmamasına bakılmaksızın haksız olarak elinde tutan kimseler, malları ellerinde tuttukları sürece bu mallardan elde edilecek olan menfaati tazmin etmelidir. Te'vîl-i mülk olan yani kendi mülkü olduğunu zannederek kullanılan vakıf mallarında veya te'vîl-i akd yani yetkisiz bir kişiden satın alınan vakıf mallarında tazminat bakımından sorumluluk değişmez. Vakıf malları için getirilen istisnalar aynı şartlarda küçük yaştakilerin malları için de geçerlidir.⁵⁹⁵

Mecelle'de yer yer Hanefî mezhebinin genel görüşü sosyal ve ekonomik şartlardaki değişimler ve yeni ihtiyaçlar göz önüne alınarak terkedilmiş ve azınlığın görüşü tercih edilmiştir.⁵⁹⁶ Bu çerçevede Mecelle Ta'dil Komisyonu, Mecelle'nin 596. maddesinde hicri 1342 (Rumi 1340, Miladi 1924) tarihinde “*Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mâl etmiş olsa ecr-i misil lâzım olur.*”⁵⁹⁷ şeklinde

⁵⁹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/686; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/161.

⁵⁹⁵ el-Hısnî, *Kifâyetü'l-ahyâr*, 394-396.

⁵⁹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Mecelle'nin 207, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692 ve 714. maddeleri.

⁵⁹⁷ *Ceride-i Adliye*, 1340, Sy. 25, 2/908 vd. (1924 Tarihli 25.Sayı)

değişiklikte bulunmuştur. Böylece sâhibinin izni olmadan kullanılan malda zarar meydana gelmesi halinde ecr-i misil ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁹⁸

Yukarıda Mecelle'nin 596. maddesini izah ederken “vakıf malı ve küçük çocuk malları, kiraya verilmek üzere hazırlanmış mallardan (muaddün-lil-istiğlal) iseler, mülkiyet (te'vil-i mülk) ve sözleşme (te'vil-i akd) iddiasının bulunmaması durumunda, faydalanma karşılığı tazminat yani ecr-i misil gerekir.” şeklinde bir hükümden söz etmiştik. Peki, mülkiyet (te'vil-i mülk) ve sözleşme (te'vil-i akd) iddiasının bulunması durumunda nasıl bir hüküm geçerli olur. Mecelle'deki maddeler çerçevesinde konuyu ele alalım.

Te'vîl-i mülk, mülkiyet iddiası ile kullanılan mallardır. Kişinin kendisine ait olduğunu zannıyla bir malı kullanmasıdır. Mecelle'nin 597. maddesinde “*Mülkiyet iddiası ile (Te'vîl-i mülk, malik olduğunu sanarak) kullanılan mal, kiraya verilen mallardan olsa dahi tazminatının ödenmesi gerekmez.*” denilmektedir. Bu mal kiraya verilen mallardan olsa bile tasarrufu kendisine ait olmasına rağmen ücret konusunda izni olmadığında, tazminatının ödenmesi gerekmemektedir. Mecelle'de maddenin devamında “*Örneğin, müşterek olan bir malın ortaklarından birisi diğer ortağının izni olmadan kiraya verilen mallardan olsa bile benim mülkümdür diyerek bir süre tek başına kullanırsa diğer ortak kendi hissesinin ücretini alamaz.*”⁵⁹⁹ denilerek mülkiyet iddiası ile (Te'vîl-i mülk), kullanılan malların muaddün li'l-istiğlal (kiraya verilen mallardan) olsa dahi, tazminatının ödenmeyeceğini belirtilmektedir.

Mecelle'de *Kitab'ül-Şirket*'te geçen 1075. maddesine göre, müşterek ev veya binek hayvanı sahiplerinden biri, diğer ortak olan sahiplerinden izin almaksızın bir müddet o evde otursa veya hayvanı kullansa, kişi kendi mülkünde oturmuş veya kendi hayvanını kullanmış olarak kabul edildiğinden ortağına hissesini kullanmasından dolayı herhangi bir ücret ödemesi gerekmez. Zaten müşterek malı kullanan te'vil-i mülk ile yani mülkün sahibi olduğu zannıyla kullandığı için, ücrete rızası bulunmuş olmaz. Kaza ile ev yansa yine de tazmin edilmesi gerekmez.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, 2/907 vd.

⁵⁹⁹ Mecelle 597. madde

⁶⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/690.

Mecelle Ta'dil Komisyonu bu meseleyi halletmek amacıyla muhâyee⁶⁰¹ ve tazmin ilkelerini işletmiş ve ortaklardan birinin kullanıldığı müddet kadar, diğer ortağın o malı kullanabileceğine hükmetmiştir.⁶⁰² Bu çerçevede Mecelle'nin 597. maddesinde değişiklik yapılmış ve madde; *“Bir mal-ı müştereki şeriklerden biri, diğer şerikin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mal eylese, diğer şeriki gerek hazır ve gerek gaib olsun, ol kadar müddet o malı müstakillen tasarruf ve isti'mal edebilir.”* şeklinde tadil edilmiştir. Fakat te'vil-i mülk iddası ile kullanılan mal, yetim malı veya vakıf malı ise bu durumda te'vil-i mülk iddası muteber olmayıp, ortakların hisseleri oranında ecr-i misil ödemeleri gerekir. Bu konu ile ilgili Mecelle'de Kitab'ül-Şirket'te belirtilen 1077, 1081, 1083, 1084, 1085 ve 1086. maddelerinde de düzenleme yapılmış ve muhâyee durumunda tazminden söz edilmiştir.⁶⁰³

Te'vil-i akd, kira akdinde sözleşmeye uyularak kullanılan bir malda, sözleşmenin malın gerçek sahibiyle yapılmamış olması sebebiyle, malın gerçek sahibine ücret vermemek için *“bu malı satın aldım.”* denilmesi durumudur. Bu durum gasbedilmiş olduğu bilinmeden satılan bir malın, meşru sahibinin çıkarak malını geri istemesi halinde gerçekleşir. Zira akid sırasında lafız genel anlamıyla kullanılmış ve satış dışındaki akidleri de kapsayacak şekilde ifade edilmiştir. Te'vil-i akd ile kullanılan mal kiraya verilen mallardan ise damân-ı menfaat denilen faydalanma tazminatının ödenmesi gerekmemektedir.⁶⁰⁴

Bu konuda Mecelle'nin 598. maddesinde *“Te'vil-i akd ile kullanılan mal kiraya verilen mallardan olsa bile faydalanma tazminatı (daman-ı menfaat) ödenmesi gerekmez.”* denilmektedir. Maddenin devamında konuya örnek verilmekte ve *“Mesela kişi ortak olarak sahip olduğu dükkânını ortağının izni olmadan başkasına satarsa ve alan kişi dükkânı bir süre kullansa, diğer ortak ise bu satışa izin vermeyerek kendi hissesine sahip çıkarsa, her ne kadar dükkân muaddün li'l-istiğlâl (kiraya verilen mallardan) olsa bile, onun hissesinin ücretini talep edemez.”* denilmektedir. Verilen örnekten de anlaşılacağı üzere kişinin ortaklık durumunda

⁶⁰¹ Müşterek malda ortakların müşterek maldan yararlanma usulünü ifade eden fıkıh terimi.

⁶⁰² *Ceride-i Adliye*, (1924 Tarihli 25.Sayı) 1340, 2/908 vd.

⁶⁰³ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/162.

⁶⁰⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/692.

ortağının iznini almadan malını satması halinde, bu mülk kiraya verilen bir mülk ise kiracıdan sen bu malı şu kadar kullandın benim payıma düşen kirayı vermelisin diyerek hissenin kirası talep edilemez. Mecelle Ta'dil komisyonu bu maddede de küçük bir değişiklik yapmış ve maddenin ilk bölümünde yer alan “muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi” ifadesini gerekli görmediğinden kaldırmıştır. Zira bu ifade olmadan da anlatılmak istenen meram gerçekleşmekte ve ifadenin taşıdığı mana zaten cümlenin anlam örgüsünde yer almaktadır. Kapsamda olan bir şeyi ayrıca ifade etmeye lüzum yoktur.⁶⁰⁵

Mecelle’de maddenin devamında “*Zira müşteri onu dükkânın sahibi sanarak kullanmış yani geçerli bir satış sözleşmesi ile almış olduğunu zannederek kullanmış olması nedeniyle yararlanma karşılığının ödenmesi gerekmez.*” denilmekte ve hükmün gerekçesi izah edilmektedir.

Maddede konuya ikinci bir örnek olarak değirmen meselesi misal verilmekte ve “*Aynen böyle kişi bir değirmeni kendi mülkü olarak birisine satıp, sonra da teslim etse, alıcı da o değirmeni bir süre kullandıktan sonra başka bir kimse çıkıp hak iddia ederek iddiasını kanıtladıktan ve hüküm verildikten sonra (ba'de'l-ispāt ve'l-hüküm) alıcıdan geri alsa, kullanma süresi ile ilgili olarak bir şey talep edemez, zira bu durumda da bir sözleşmenin var sayılması iddiası (te'vîl-i akd) söz konusudur.*”⁶⁰⁶ hükmü ifade edilmekte ve te'vîl-i akd meselesine ikinci bir örnek verilmektedir.

Sonuç olarak sahibinin izni olmadan bir malın kullanılması sonucu ödenmesi gereken tazminatlar ile ilgili olarak Mecelle’de geçen 596, 597 ve 598. maddeler özet halinde şu hükümleri içerir. 596. maddede sahibinin izni olmadan bir malın kullanılmasının gasp olarak kabul edildiği ve bu maldan faydalanmadan dolayı kişinin bir ödeme yapması gerekmediği ifade edilmiştir. Bu mal vakıf malı, yetim malı veya muaddün li'l-istiğlâl (kiraya verilmek için hazırlanmış) bir mal ise menfaatin tazmin edilmesi gerekmektedir. Fakat muaddün li'l-istiğlâl olan bir malda bazı durumlarda menfaatinin tazmin edilmesi gerekmemektedir. Bu durumların ilki 597. maddede geçen “te'vîl-i mülk” (malı kendi mülkü zannetmesi) halidir. İkincisi ise 598. maddede belirtilen muaddün li'l-istiğlâl olan malı gerçek sahibi dışında

⁶⁰⁵ Ceride-i Adliye, (1924 Tarihli 25.Sayı) 1340, 2/909 vd.

⁶⁰⁶ Mecelle 598. madde

birinden kiralayan kişi, mülkün gerçek Malikîne, malın menfaatini tazmin etmek zorunda değildir. Kiracı malı gerçek sahibinden değilde, sahibi olduğunu zannettiğı kişiden kiralayıp, sonra da gerçek sahibi ortaya çıktığında maldan elde ettiğı menfaati tekrar tazmin etmekle yükümlü değildir. Kiracı üzerine düşeni yapmış ve sözleşmeden ötürü ödemesi gereken ücreti ödemiştir. Ücret ve damân bir arada olmaz. Bir akitte ya ücret olmalı veya tazminat olmalıdır. Her ikisinin beraber bir tek akitte talep edilmesi zorluk ve sıkıntı meydana getirir. Bu durumda kiracının tazminde bulunmasına gerek yoktur.

Küçük çocuğun velisinin izni olmadan çalıştırılması halindeki tazminat konusu ile ilgili olarakta, bir kimse velisinin izni olmadan küçük bir çocuğı çalıştırırsa, çocuk ergen olduğı zaman hizmetinin karşılığı olarak gerekli olan ecr-i mislini alır. Mirasçılar küçük çocuğun ölmesi durumunda çalıştığı sürenin ecr-i mislini çocuğı çalıştıran kimseden alabilirler. Küçük çocuğun velisi veya vasisi de çocuk baliğ olmadan önce küçük çocuk adına kiralayan kişiden, işverenden ücret talep etme hakkına sahiptirler. Bu hüküm Meccele'nin 599. maddesinde *“bir kimse velisinin izni olmadan küçük bir çocuğı çalıştırırsa, çocuk ergen olduğı zaman hizmetinin ecr-i mislini alır. Mirasçılar küçük çocuğun ölmesi durumunda çalıştığı sürenin ecr-i mislini çocuğı çalıştıran kimseden alabilirler.”*⁶⁰⁷ şeklinde ifade edilmiştir. Mecelle'de yer alan “Kitâbü'd-Dava” içerisinde 1616. maddesinde de bu konu düzenlenmiş ve “veli veya vasinin küçük yerine davada taraf olabilecekleri” ifade edilmiştir.⁶⁰⁸

Baba, dede ve vasi dışında hiç kimse çocuğı bedelsiz/ücretsiz (herhangi bir hizmette) çalıştıramaz. Çocuğı disipline etme ve alışkanlık edindirmek için ise çalıştırabilirler. Buna göre, (baba, dede dışında) akrabarı veya annesinin kocası/üvey babası olsun eğer biri velisinin, vasisinin veya kadının izni olmadan küçük çocuğı bir süreliğine ücretsiz çalıştırırsa çocuk, buluğ çağına ulaştıktan sonra çalıştırıldığı bu süre karşılığında ecr-i misil alır/alabilir. Verilen ücret, hizmetinin ecr-i misline denk olmadığına çocuk, kendisinin ecr-i mislini alır yani kendisi gibi çocuklara verilen

⁶⁰⁷ Mecelle 599. madde

⁶⁰⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/692.

ücreti alır. Çocuk, ergen olduktan sonra kendisini çalıştıran kişiden ecr-i misli karşılığında bir şey satın alırsa yaptığı akit geçerli/sahih bir akit olur.⁶⁰⁹

2.8.4. Kiracının Tazminatı

İslam Hukukunda kiralayanın tazmin sorumluluğu olduğu gibi kiracısında tazminat noktasında sorumlulukları vardır. Aynı zamanda işçi gibi işverenin de bilinçli veya kusurlu davranışlarından dolayı sebep olduğu zararlardan ötürü tazmin sorumluluğu vardır. Mecelle’de ele aldığımız 600 ila 606. maddeler arası yedi maddede işverenin tazmin sorumluluğuna ilişkin hükümler içeren bir fasıl yer almaktadır. Bu hükümler İcâre akdine ilişkin olmakla beraber uygun olanlar günümüzde işçi-işveren ilişkileri açısından da faydalanılabilecek hükümler içermektedirler. Bu bölümde kiralanan mal (me’cûr) kiracının elinde emanet olması ile ilgili hükümler beyan edilmişken, kiralanan mal (me’cûr) kiraya veren mal sahibinin elinde emanet olması ile ilgili hükümler üçüncü fasılda ele alınacaktır.⁶¹⁰

Mecelle’nin 600. maddesinde “*İcâre akdi sahih olsun veya olmasın kiralanan mal (me’cûr) kiracının elinde emanettir.*” şeklinde ifade edilmekte ve İcâre akdi ister sahih ister fasid isterse de batıl olsun kiralanan mal (me’cûr) kiralayanın izni ile verilmişse, kiracının elinde emanet olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Âriyet akdinde tazminin gerektiği her konuda İcâre akdinde de tazmin gerekmektedir. Fakat kiralayandan izin alınmamışsa bu durumda kiracının yanında emanet değil ğasb edilmiş bir mal olarak kabul edilmektedir.⁶¹¹

Kiraya verilen malın kiracı yanında telef olması durumunda ödenmesi gereken tazminat ile ilgili olarak Mecelle’de “*Kiraya verilen malın kiracı yanında telef olması durumunda kasıt (tecavüz, taaddî), kusur veya kullanım sınırlarını aşma (izin verme, me’zuniyet) söz konusu olmadıkça tazmin edilmesi gerekmez.*”⁶¹² şeklinde hüküm belirtilmekte ve kiraya verilen malın kiracı yanında telef olması durumunda kasıt (tecavüz, taaddî), kusur veya kullanım sınırlarını aşma (izin verme, me’zuniyet) söz konusu olmadıkça tazmin şartı konulmuşsa bile yine de tazmin

⁶⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/692.

⁶¹⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/695.

⁶¹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/695; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/164.

⁶¹² Mecelle, 601. madde

edilmesi gerekmez. Zira daha önce geçtiği gibi kiralanan mal (me’cûr) kiracının elinde emanettir ve Mecelle’nin 768. maddesinde geçtiği üzere emenetler kasıt (taaddî) ve kusur olmadıkça telef olma durumunda tazmin olunmazlar.⁶¹³

Bu maddede geçen ve “*kasıtlı olarak yapılan haddi aşma*” olarak çevirdiğimiz “taaddî” kavramı, haddi aşmak, zulmetmek, başkalarının hakkına el uzatmak, haddi tecavüz etmek, sınırları aşmak, hızlı koşmak gibi anlamlara gelmektedir.⁶¹⁴ Taaddî günümüz hukukunda kişilerin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan kurallarının ihlal edilmesini ifade eder.⁶¹⁵

Ömer Nasuhi Bilmen Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu adlı eserinde taaddî kavramını işverenin vermiş olduğu zarar olarak ifade etmiş ve taaddînin akde veya örfte aykırı bir davranışın sonucu veya kusurlu bir davranış sonucu ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Müste’cirin davranışının taaddî olarak nitelendirilmesini ise mutad (mu’tād) olanın hilafına hareket olarak tanımlanmıştır. Yani kiracının davranışında sınırları aşma sürekli yapılagelen halin dışına çıkmaktır.⁶¹⁶

Fakat 602. maddede “*Kiraya verilen malın kiracının kastı ile telef olması veya değer kaybına uğraması durumunda kiracının bedeli tazmin etmesi gerekir. Örneğin, kiracı kiralanan hayvanı vurup öldürse veya sert (unf) ve şiddetli bir şekilde sürmesinden dolayı hayvan telef olursa bedelinin tazmin edilmesi gerekir.*” denilmekte ve kiraya verilen malın kiracının kastı ile telef olması veya değer kaybına uğraması durumunda kiracının bedeli tazmin etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira herkes kendi bilinçli kusurundan sorumludur. Örneğin, kiracı kiralanan hayvanı vurup öldürse veya sert (unf) ve şiddetli bir şekilde sürmesinden dolayı hayvan telef olursa bedelinin tazmin edilmesi gerekir. Bu bedel Mecelle’nin “Kitab-ül Emanat”

⁶¹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/696; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/164.

⁶¹⁴ Râgıb el İsfahânî, *el-Müfredât*, “‘adv” md.; İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, “‘adv” md.

⁶¹⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 570.

⁶¹⁶ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, 6/229.

bölümünde 803. maddesinde geçtiği üzere misliyattan ise mislini, kıyemiyatan ise de tazmini yapılacak olan malın kıymetinin ödenmesi ile gerçekleşir.⁶¹⁷

Mecelle’de geçen 545, 546, 548, 550, 551, 556 ve 557. Maddeleri ise ele aldığımız bu maddenin birer fer’idir. Yani bu maddedeki hükmün açıklamaları ve alt örnekleri olarak kabul edilebilir.⁶¹⁸

Kiracının kusurunun olması ve bu kusur dolayısıyla malın telef olması halinde Mecelle’nin 603. maddesinde “*Kiracının alışılmışın dışındaki davranışı kusur sayılır, bu durumun sebebiyet verdiği zarar ve hasarı tazmin etmesi gerekir.*” şeklinde ifade edilerek kusur, alışılmışın dışındaki davranış (خلاف المعتاد) olarak tanımlanmıştır. Böyle bir kusur sebebiyle oluşacak zararın Mecelle’nin bu maddesindeki hüküm gereği tazmin edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu maddede geçen (خلاف المعتاد) ibaresi “alışılmışın aksine, alışılmışın dışında” anlamlarını ifade etmekte ve genel uygulamanın dışında kalan kullanımları belirtmek için kullanılmaktadır.

Maddenin devamında konu örneklenmekte ve “*Örneğin, kiraladığı elbiseyi genelin kullanım şekline uygun olmayarak kullansa ve bu sebeple elbise bozulup, eskise (fersude olmak) bu durumun sonucu oluşan zararı tazmin etmesi gerekir. Bunun gibi kiraya tuttuğu evde herkesin genel olarak yaktığından fazla ateş yakmasından dolayı o evde yangın çıkarsa bu durumda zararın tazmin edilmesi gerekir.*”⁶¹⁹ şeklinde elbise kiralınması ve bu kiralama sırasında alışılmışın dışında bir hasar meydana gelmesi halinde zararın tazmin edilmesi gerektiği açıklanmaktadır.

Mecelle’nin bir sonraki maddesi ise kiracının malı koruyamamasından kaynaklı malın telef olması halinde “*Koruma işinde kusurlu davranması nedeniyle kiralanan şey telef olursa veya değerinde bir azalma meydana gelirse kiracı bedelini tazmin etmek zorundadır. Mesela, kira hayvanını başıboş bir yere salıvermesi sebebiyle kiralınmış olan hayvan telef olursa kiracı o hayvanın bedelini tazmin*

⁶¹⁷ el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’*, 4/182; Buhûti, *Keşşâfü’l-Kınâ’ ‘an metni’l-İknâ*, 4/37; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/697; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/164.

⁶¹⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/697.

⁶¹⁹ Mecelle, 603. madde

etmelidir.”⁶²⁰ hükmü beyan edilmektedir. Burada koruma işinde kusurlu davranmaktan kasıt, özürsüz olarak korumada eksiklik yapmaktır. İleride Mecelle’nin 609. maddesinde geleceği üzere, işçinin taksiri (kusurlu olma hali) özürsüz olarak yaptığı işin muhafazasında kusurlu davranmasıdır. Burada kiracısında taksirli davranma hali malın muhafazasında özürsüz olarak kusurlu davranılmasıdır. Malın telef olması o maldan istifade etmeden önce gerçekleşirse yalnız tazminat gerekirken, telef istifade etmeye başladıktan sonra gerçekleşirse hem tazminat hem de ücret ödenmesi gerekir.⁶²¹

Kiracının sözleşme sırasında şart koşulan hususların dışına çıkarak kendisi için belirlenmiş sınırları aşması durumunda ödenmesi gereken tazminat ile ilgili olarak Mecelle’nin 605. maddesinde “*Kiracının sözleşme sırasında şart koşulan hususların dışına çıkarak kendisine belirtilmiş sınırları aşması durumunda tazminat ödemesi gerekir. Fakat belirlenmiş olan sınırların altında veya denginde davranışta bulunulması tazminat ödenmesini gerektirmez. Örneğin, şu kadar okka (kıyye) yağ yükletmek için kiraladığı hayvana aynı miktarda demir yükleyip de hayvan telef olsa kiracı bedelini tazmin etmelidir. Ama zarar, ziyan (mazarrat) bakımından yağa eşit yahut daha hafif bir cins yük yükleyip de hayvan telef olursa kiracının bedelini tazmin etmesi gerekmez.*”⁶²² hükmü belirtilmektedir.

Mecelle’nin bu maddesinde işverenin işçiyi belirlenenden daha ağır bir işte çalıştırması halinde ortaya çıkabilecek olan zararlardan dolayı tazmin sorumluluğunun olduğu açığa çıkmış olur. Fakat belirlenmiş olan sınırların altında veya denginde davranışta bulunulması tazminat ödenmesini gerektirmez. Çünkü burada sınırlar aşılmamış yani taaddî gerçekleşmemiştir. Mecelle’nin 426, 545, 546, 547, 548, 550, 551, 556, 557 ve 559. maddeleri bu maddede ifade edilen hüküm çerçevesinde oluşturulmuş olup, bu maddelerde konuya dair açıklayıcı hükümler ifade edilmiştir.⁶²³

⁶²⁰ Mecelle, 604. madde

⁶²¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/699-700; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/165; Ayrıca bkz. Mecelle, 545. madde.

⁶²² Mecelle, 605. madde

⁶²³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/700.

Kira süresi sona erdiğinde teslim edilmeyen malın telef olması halinde ödenmesi gereken tazminat ile ilgili olarak Mecelle'nin 606. maddesinde “*Kira süresi sona erdiğinde kiralanan eskiden olduğu gibi kiracının elinde vedia gibi emanet olarak kalır; bundan dolayı kira süresi sona erdikten sonra kiracı kiraladığı malı kullanıp ta mal telef olursa bedelini tazmin eder. Keza kira süresi sona erdiğinde kiralayanın malını istemesine rağmen kiracı malı elinde tutup, iade etmezse ve bu arada mal telef olursa bedelini tazmin etmesi gerekir.*” şeklinde hüküm bulunmakta ve bu malın kiracının elinde vedia gibi emanet olarak kaldığı ifade edilmektedir.

Kiralanan mal icâre süresince nasıl ki emanet ise, icâre süresi sona erdiğinde de mal sahibine teslim edilinceye kadar kiracının elinde emanettir. Fakat kiracı o malı kullanamaz. Tazminat ile ücret daha önce belirtildiği üzere birlikte olamayacağına göre, tazminat gerekmemektedir. Kiracı sadece icâre süresince elde ettiği menfaatlerden dolayı belirlenmiş olan ücreti yani ücret-i müsemmayı öder.. Bu durumlar Mecelle’de Kitab-ül Emanat bölümünde 787. ve 794. maddelerinde vedîa (الوديعة) ile ilgili olarak ifade edilmiştir.⁶²⁴

2.2.8.5. İşçinin Tazminatı

Mecelle’nin icâre akdinde tazminatlar konusunu üç ana başlıkta ele aldığını belirtmiştik. İlk olarak kiralanan maldan elde edilecek olan ve zamanla ortaya çıkan menfaatlerin tazminine ilişkin hükümlerden söz edilmişti. Daha sonra kiracının tazminat konusundaki sorumluluklarına değinilmiş ve son olarak ta işçinin tazminatına ilişkin hükümler beyan edilmiştir. İşçinin tazminatı ile ilgili olarak Mecelle’de özet halinde üç kuraldan söz edilmektedir. Bu kurallar kısaca şöyledir:

1. Kural: Ecîr-i hass olsun veya ecîr-i müşterek olsun işçinin sözleşmeye aykırı davranışları veya kusuru sebebiyle⁶²⁵ veyahut sözleşmede belirtilen talimatlara aykırı hareket etmesi⁶²⁶ veyahutta özürsüz olarak yaptığı işin muhafazasında kusurlu

⁶²⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/701; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/166-167.

⁶²⁵ Mecelle, 607. madde

⁶²⁶ Mecelle, 608. madde

davranması⁶²⁷ durumunda mal (müste'cerun-fih) telef olursa işçi bu zararı tazmin etmek zorundadır.

2. Kural: Müste'cerun-fihi telef olsa fakat bu telef işçinin taaddî veya kusuru sebebiyle olmazsa işçi bu zararı tazmin etmek zorunda değildir. İmam Ebû Hanîfeye göre ister ecîr-i hass isterse ecîr-i müşterek olsun yine de tazmin gerekmez.

3. Kural: Taaddî veya kusuru sebebiyle olmayan telef durumunda ecîr-i müşterek olan işçi zararı tazmin etmek zorundadır.⁶²⁸

Görüldüğü gibi ecîr-i hass veya ecîr-i müşterek olan işçinin sözleşmeye aykırı davranışları (taaddî), kusurlu davranması, sözleşmede belirtilen talimatlara aykırı hareket etmesi veya özürsüz olarak yaptığı işin muhafazasında kusurlu davranması halinde mal (müste'cerun-fih) telef olmuşsa işçi bu zararı tazmin etmek ile yükümlüdür. Fakat malın telef olması işçinin taaddî veya kusuru sebebiyle olmazsa, ecîr-i hassın bu zararı tazmin etmek ile yükümlü olmadığı konusunda Hanefî mezhebinin kurucu imamları arasında ittifak söz konusuysa, ecîr-i müşterek konusunda ise bu âlimler arasında ihtilaf söz konusudur.

İşçinin sözleşmeye aykırı davranışlar göstermesi sebebiyle ödenmesi gereken tazminat ile ilgili olarak Mecelle'nin 607. maddesinde “*İşçinin sözleşmeye aykırı davranışları veya kusuru sebebiyle sözleşme ile üstlendiği şey (müste'cerun-fih) telef olursa bedelini tazmin etmek zorundadır.*” şeklinde bir hüküm bulunmakta ve ister ecîr-i hass isterse ecîr-i müşterek olsun herkesin sözleşmeye aykırı davranışları veya kusuru sebebiyle oluşacak zarardan sorumlu olduğu vurgulanmaktadır. Bu durumda kişi, mal (müste'cerun-fih) telef olursa bedelini tazmin etmek zorundadır. Bu maddede geçen “taaddî” kavramı işçinin kasıtlı olarak işverenin açık veya dalaleten vermiş olduğu emirlere aykırı hareket etmesi halidir.⁶²⁹

Mecelle'nin 608. maddesinde “*Kiracının açıkça veya delil göstererek (ima yoluyla, dalaleten) İcâre akdinde belirtilen talimatlara aykırı hareket etmesi işçinin sözleşmeye aykırı hareket etmesi halidir.*” denildikten sonra ecîr-i hass (özel işçi) ve ecîr-i müşterek (genel işçi)'in taaddî haline örnek verilmiştir. Ecîr-i hassın taaddîsi

⁶²⁷ Mecelle, 609. madde

⁶²⁸ Mecelle, 611. madde; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/704.

⁶²⁹ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/168; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhâtı Fikhiyye Kâmusu*, 6/232.

durumunda tazmin gerektiği ile ilgili olarak bir kimse yalnız kendisi için çalışmak üzere kiraladığı çobana yani ecîr-i hass olan işçiye “hayvanları filân yerde otlat başka bir yere götürme” demesine rağmen, çoban hayvanları o yerde değil de başka bir yerde otlatmışsa çoban sözleşme sınırlarını aşmış (taaddî etmiş) olur. Çoban yanlarında iken hayvanları telef olursa çobanın zararı tazmin etmesi gerekir. Ecîr-i müştereke örnek ise bir kişinin bir terziye kumaş verip “bana uzun bir elbise olabilecekse kumaşı kes” demesi sonrası terzinin “bu kumaş uzun elbise için yeterli olur” diyerek kumaşı kesmesi ve kumaşın uzun elbise yapmaya yetmemesi durumunda terzinin kumaşın bedelini tazmin etmesinin gerekmesi halidir. Bu misal ecîr-i müşterekte taaddî olmasında tazmin gerektiğine dair bir örnektir.⁶³⁰

Mecellede işçinin taksiri (kusurlu olma hali) tanımlanmakta ve özürsüz olarak yaptığı işin muhafazasında kusurlu davranması halinde tazmin gerekip gerekmediği konusu açığa kavuşturulmaktadır. Bu çerçevede kaleme alınan 609. maddede *“İşçinin taksiri özürsüz olarak yaptığı işin muhafazasında kusurlu davranmasıdır. Örneğin, sürüden bir hayvan kaçtığı zaman, çoban sadece tembellik ve ihmalden dolayı kaçan hayvanı tutmaz ve bunun sonucu olarak hayvan kaybolursa çoban kusurlu olduğundan sorumlu olur. Ama hayvanın arkasından gitmesi halinde diğer hayvanların kaybolması ihtimali daha fazla ise ve bundan dolayı da hayvanın arkasından gidip yakalamamışsa, bu durumda mazeretli olduğu için bedelini tazmin etmesi gerekmez.”* şeklinde ifade edilmektedir. Mecelle’nin bu maddesinde ecîr-i hass ve ecîr-i müşterek ayrımı yapılmaksızın işçi kavramının kullanılması sözü edilen eylemlerin her ikisi içinde geçerli kusurlar olarak kabul edilebileceğine dalalet etmektedir.

Mecelle’de 91. maddede *“Cevaz-ı şer’i damana münafi’ olur.”* denilmekte ve şer’i bir özür varlığının tazminatı ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir. Bu durumda kişiye hukuka uygun davranışından dolayı tazmin sorumluluğu yüklenemez. Mecelle’nin 609. maddesinde işçi özre dayanmayan kusurlu davranışından sorumlu tutulmakta ve zarara sebep olan davranışından ötürü tazminat ile mükellef olduğu belirtilmektedir. Fakat işçinin kusurunun haklı bir sebebe dayanması halinde örneğin

⁶³⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/707-708; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/169.

daha büyük zararların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla kusurlu davranmak zorunda kalması durumunda, işçinin tazmin borcundan söz edilememektedir.⁶³¹

İşçinin tazmin sorumluluğundan söz ederken Ecîr-i hass ve Ecîr-i müşterek'te tazmin sorumluluğu konusunu ele almak faydalı olacaktır. Ecîr-i hass özel işçiyi ifade ederken, ecîr-i müşterek ise ortak işçiyi ifade etmektedir. Ecîr-i hass ve ecîr-i müşterek arasında birçok farklı hükümler olmakla beraber tazmin sorumluluğu açısından farklar da mevcuttur. Bu çerçevede Mecelle'nin 610. maddesinde ecîr-i hass ile ilgili olarak "*Ecîr-i hass emindir. Hatta kendisinin bir tesiri olmaksızın elinde telef olan malı ödemekle yükümlü değildir ve yine bunun gibi herhangi bir kastı olmaksızın kendi davranışıyla telef olan malın dahi bedelini tazmin etmesi gerekmez.*"⁶³² denilmektedir.

Ecîr-i hass emindir ve elindeki mal emanet hükmündedir. Mecelle'nin 768. maddesi gereği emanet halinin varlığı tazminata engeldir. Kusuru olmaksızın telef olan bir emanet mal nedeniyle, kişinin tazmin sorumluluğu yoktur. Zira ecîr-i hassın amelinin menfaati, müstecirin mülkü olmaktadır. Buna binaen işçi kendisinin tesiri olmaksızın elinde telef olan malı ödemekle yükümlü değildir. İş akdinde iş sırasında telef olan bir malda işçinin kusuru yoksa tazmin sorumluluğu da yoktur. Fakat kendisine verilen izinlerin dışına çıkar ve mal telef olursa bu durumda malı tazmin etmesi gerekir.⁶³³

Mecelle'nin bu maddesinde belirtilen "ecîr-i hass emindir" hükmü gereği ecir-i has ile ecîr-i müşterek arasında tazminat bakımından farklılıklar mevcuttur. Serahsi konu ile ilgili olarak, ecîr-i hassın işverenin emir ve talimatlarına aykırı hareket etmediği sürece, mal kendi elinde telef olsa dahi tazmin sorumluluğu olmadığını ifade eder.⁶³⁴

Mecelle'nin 611. maddesinde ecîr-i müşterek ile ilgili olarak ta "*Ecîr-i müşterek taaddîsi ve taksiri olsun veya olmasın kendi fiilinden veya eserinden*

⁶³¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/710; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, 6/232.

⁶³² Mecelle, 610. madde

⁶³³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/711; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/170.

⁶³⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/31.

meydana gelen zarar ve hasardan sorumlu olur.” denilmektedir. Zira ecîr-i müşterek taaddî ve taksiri olsun veya olmasın kendi fiil veya eserinden meydana gelen zarar ve hasardan sorumludur. Çünkü akid sağlam, doğru olan iş üzerine kurulmuştur, bozuk olan, eksik olan iş ve eylem üzerine değil.⁶³⁵

Görüldüğü üzere Mecelle ecîr-i hassı yed-i emin sayarken, ecîr-i müştereki yed-i daman olarak kabul etmektedir. Buna göre maddelerdeki örneklerde de belirtildiği üzere ecîr-i hassta emanet hükümleri tatbik edilirken, ecîr-i müşterekte daman hükümleri tatbik edilmektedir. Birinde tazmin gerekirken, diğesinde tazmin gerekmemesi bu ayırimdan dolaydır.

Ecîr-i hass konusunda Hanefî mezhebinin kurucu imamları arasında ittifak söz konusudur. Fakat ecîr-i müşterek konusunda ise farklı görüşler vardır. Bu görüşler özet olarak şunlardır:

1. Görüş Ebû Hanîfe Nu‘mân b. Sâbit (ö. 150/767)’in görüşüdür. Ebû Hanîfe ecir-i müşterekin de ecir-i hass gibi emin olduğunu ve elinin yed-i emanet olduğunu, bundan dolayı da tazmin sorumluluğunun olmadığını ifade etmektedir. Zira kabz mal sahibinin, iş akdinde ise işverenin izniyle gerçekleşmektedir. Hammâd b. Ebû Süleymân (ö. 120/738), Züfer b. Hüzeyl ö. 158/775) ve Hasan b. Ziyâd (ö. 204/819)’ta Ebû Hanîfe ile aynı görüştedirler. İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf ise işçinin zorunlu haller dışında tazmin sorumluluğunun olduğunu ve ecîr-i müşterekin elinin yed-i emanet değil yed-i damân olduğunu ifade etmişlerdir. Mecellede bu maddede İmameyne tabi olmuştur.

2. Görüş İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf’un görüşüdür. Bu görüşe göre zorunlu veya kaçınılması mümkün olmayan hallerde işçinin tazmin sorumluluğu yoktur. Geri kalan hallerde ise tazmin sorumluluğu vardır. Zira ecîr-i müşterekin eli yed-i emânet değil yed-i damândır. Yani söz konusu kişi başkasına ait bir malı elinde bulundurması sebebiyle ortaya çıkan haklardan sorumludur. İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf ecîr-i müştereke verilen ücretin akit konusu olan malı (müste’cerun-fih) muhafaza etme sorumluluğunu da kapsadığını belirterek ecîr-i müştereke tazmin sorumluluğu yüklemişlerdir. Ebû Hanîfe ise ecîr-i müştereke verilen ücretin sadece

⁶³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/713.

yaptığı iş karşılığında olduğunu ifade etmiş ve müste'cerun-fihin muhafazasını kapsamadığını belirtmiştir.⁶³⁶

Kendi kusuru dışında oluşan zararlardan ecîr -i müşterekin sorumluluğu meselesi hukukçular arasında ihtilaflıdır. Ebû Hanîfe ecîr-i müşterekin de ecîr-i has gibi emin olduğunu ifade etmiş, Mecelle ise ecîr-i müşterekin kusuru olmasa da telef olan malı tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirlemiştir. Ebû Hanîfe, Şafîi ve Hanbelî âlimleri ispat yükünü, ecîr-i müşterekin elinde bulunan mal kaçınılması mümkün olmayan bir olay neticesinde telef olmuşsa, işverene yüklemişlerdir. Malikî âlimleri ise işçinin hatasının olmadığını ispat etmesi gerektiğini aksi halde tazmin sorumluluğu altında olduğunu belirtmişlerdir. Zorunlu hallerde işçinin tazmin sorumluluğu olmadığını ifade İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf, zamanın ve şartların değişmesini sebep göstererek bu konuda diğer mezhep imamlarına tabi olmanın daha uygun olacağını ifade etmişlerdir. Zira işçiler eski zamanlardaki kadar emin olmamaktadırlar. İmam Muhammed ve Ebû Yûsuf ecîr-i müşterekin de ecîr-i has gibi emin kabul edilmesini doğru bulmamış ve “her iki işçi de malı işverenin rızası ile teslim almış olsa da ecîr-i hassın elindeki mal işverenin elinde gibidir, ecîr-i müşterek ilişkisinde ise mal işverenin elinin altında değildir” şeklinde görüşlerini ifade etmişlerdir. Ebû Hanîfe ve İmâm Züfer ecîr-i müşterekin elinde akit konusu olan mal telef olduğunda ortak işçiye tazmin sorumluluğu yüklememişlerdir. Fakat bu durumda işçinin ücret alamayacağını belirtmişlerdir. Sonuç olarak Ebû Hanîfe ve Zahirîler dışında kalan İslam hukukçuları ecîr-i müşterekin tazmin sorumluluğu olduğu görüşündedirler.⁶³⁷

H. Ömer ile H. Ali'nin sanatkârlardan malı tazmin ettiklerine dair bir rivayet mevcuttur. H. Ömer ile H. Ali'nin bu içtihatlarının ana sebebi akit konusu malı korumak işinin işçinin doğal görevi olduğunu ifade etmeleridir. Nitekim kira konusu olan mal işçinin üzerinde çalışacağı şeydir ve bu mal olmadan işçi çalışamayacaktır.⁶³⁸

⁶³⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/704-705.

⁶³⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/145-146; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/170.

⁶³⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/419.

Özet olarak Ebû Hanîfe ile İmâm Muhammed ve Ebû Yûsuf ecîr-i müşterekin kendi fiilinden ötürü müste'cerûn fihin zarar görmesi halinde kiracının bu zararı tazmin etmesi gerektiğinde ittifak etmişlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre ise ecîr-i müşterekin fiil yahut taksiri olmaksızın müste'cerûn fihin zarar görürse ecîr bu zararı tazmin ile sorumlu değildir. Fakat İmâm Muhammed ve Ebû Yûsuf'a göre eğer kaçınılması mümkün olan bir sebeple zarar meydana gelmişse ecîr bu zararı tazmin etmek ile yükümlüdür. Hanefî mezhebinin bir kısım müteahhirîn âlimleri ecîr ile müste'cerin zararı yarı yarıya karşılaması ve bu konuda anlaşmaları gerektiğini savunmuşlardır. Bazı fakihler ise "ecîr güvenilir bir kimse ise tazminden sorumlu değildir, aksi halde sorumlu olur" demişlerdir. Bu âlimlere göre ecîr hali bilinmeyen bir kimse ise anlaşma yapmaya hükmedilir. Bu sayılan görüşler değişik âlimler tarafından tercih edilmiş ve fetvalarını bu görüşlere dayandırmışlardır. Özellikle Hanefî fikhının muhtasar metinlerinde Ebû Hanîfe'nin görüşü, bir kısım şerhlerinde ise zamanın şartlarının değişimi (fesâd-ı zaman) sebebiyle İmâm Muhammed ve Ebû Yûsuf'un görüşlerinin tercih edildiği görülmektedir. Mecelle'de kusuru olmasa da ecîr-i müşterekin kendi davranışından ötürü elinde telef olan malı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.⁶³⁹

Dolayısıyla Hanefî mezhebinin râcih görüşü yani hangi görüşün mezhepte tercih edildiği ihtilaflıdır. Mecelle'nin İcâre kitabının esbâb-ı mûcibesinde bu görüşlerin tümü nakledilmekte ve Ebû Hanîfe dışındaki fakihlerin görüşlerinin eksik ve problemli yönlerine işaret edilmektedir. Sonuç itibariyle hem kıyasa hem de "îcâb-ı maslahat-ı asra evfak olduğu" yani içinde bulunulan zamanın şartlarına daha uygun olduğu için söz konusu Mecelle'nin 611. maddesinin Ebû Hanîfe'nin görüşü çerçevesinde hazırlandığı belirtilmiştir. Fakat daha önce belirttiğimiz gibi bu görüş Ebû Hanîfeden rivayet edilen iki görüşten biri olmaktan öte öğrencileri Muhammed ve Ebû Yûsuf'un görüşüdür ve Mecelle bu görüşü tercih etmiştir. Günümüzde ecîr-i müşterekin kendi fiilinden kaynaklanmayan zararları tazmin etmekle sorumlu tutulmaması, bu kimselere iş verecek işverenleri tereddüt ve endişeye sevkedecektir.

⁶³⁹ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/239-240; en-Nesefî, *Kenzü'd-deka'ik*, 553; ez-Zeyla'î, *Tebyînü'l-haka'ik şerhu Kenzi'd-deka'ik*, 2/235; el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, 2/391; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-deka'ik*, 3/48; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkam*, 1/705; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/170.

Bundan dolayı da Ebû Hanîfe'den nakledilen görüşün terk edilerek, Muhammed ve Ebû Yûsuf'tan nakledilen görüşün tercih edilmesi uygulamaya daha uygundur.⁶⁴⁰

Mazbatada “*Ebû Hanîfe'den nakledilen iki rivayetten birinin tercih edildiği ve meydana gelen zarar eğer sakınılması mümkün olan bir sebeple meydana gelmişse, bu zararın ecîr tarafından tazmin edileceği şartı konulduğu*”⁶⁴¹ ve bu şartın muteber olacağını ifade eden bir hükmün 611. Maddeye ilave edildiği belirtilmektedir. Daha sonra ise “Sadâretin arz tezkeresinde, madde sonuna eklenen tazmin şartının muteber olduğuna ilişkin Ebû Hanîfe'den yapılan rivayeti tercih etmenin tartışmalı olduğu ve ayrıca halkın esnafa eşya bıraktıklarında bu şartı ileri sürmeye mecbur bırakılmalarının zorluğa neden olacağı” ifade edilerek “mezkûr maddenin tekrar incelenmesi amacıyla, söz konusu maddenin ikinci kısmının düzenlemeden çıkarılmasına karar verildiği” belirtilmektedir.⁶⁴²

Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi hukukçusu Ebül'ulâ Mardin (1881-1957) “Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa” adlı eserinde bu müdâhalede Şeyhülislam Hasan Fehmî Efendi'nin etkisi olduğunu belirtmektedir. Mardin'e göre “komisyonun tercih ettiği görüş dönemin ihtiyaçlarına daha uygun olduğu halde böyle bir müdahale yapılmasının sebebi Şeyhülislam Hasan Fehmî Efendi'nin dönemin adalet bakanı Cevdet Paşa'ya üstünlük iddiasından kaynaklanmaktadır.”⁶⁴³

Sonuç olarak diyebiliriz ki Mecelle'de icâre akdinde kiralanın, kiracı ve işçi açısından oluşan zararın tazmin edilmesi ile ilgili hükümler mevcuttur. Kiralanın maldan elde edilen menfaat bir tazmini gerektirir. Hanefî âlimleri önceleri menfaati mal hükmünde saymadıklarından bu tazmini gerekli görmemişlerdir. Daha sonraki Hanefî âlimleri menfaati de mal hükmünde kabul ettiklerinden menfaatlerin de aynlar gibi tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Hanbelî, Şâfiî ve Mâlikî âlimleri ise menfaatleri hukuki işlemlerde cevher ile eşdeğer görmüş, gasp veya telef durumunda tazmin edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

640 Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 20; Mardin, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 71-73.

641 Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle, *Mecelle Mazbatası*, 21.

642 Mardin, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 69.

643 Mardin, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 70.

Mecelle’de icâre akdinde tazminatlar konusu ele alınırken Mecelle Komisyonu önceleri Hanefî mezhebinin daha çok da Ebû Hanîfe’nin görüşleri çerçevesinde maddeleri kaleme almıştır. Fakat zamanın şartlarının değişimi sonucu oluşan içtihadın, fıkhi dinamik bir yapıya kavuşturduğu mülahaza edildiğinde, bu konularda tüm İslam mezheplerinin fikir ve içtihad derinliğinden istifade edebilmek ve bu çerçevede hükümleri yenileyebilmek önemlidir. Zaten daha sonra oluşturulan Mecelle Ta’dil Komisyonları da bu çerçevede değişiklik, ekleme ve çıkarmalara gitmiştir. Günümüzün postmodern dünyasında menfaatlerin maddi şeylerle tazmin edilmesi gerektiği aşîkârdır.

2.9. İCÂRE AKDİ’NDE İŞ AKDİ (İCÂRE-İ ÂDEMÎ)

İş kelimesi Arapça’da “*aml*” fiil kökünden masdar olup “*amel etmek, yapmak, fiil işlemek, iş yapmak, icra ve tasarrufta bulunmak*” sözlük anlamında kullanılır.⁶⁴⁴ Kura’n-ı Kerim’de başkalarının işinde veya kendi işinde çalışmak, ahiret işinde iyi işler yapmak anlamlarında 60’a yakın ayette bu kelime kullanılmaktadır.⁶⁴⁵ Sadece iş-amel kelimesi ve bu kelimenin türevleri yaklaşık olarak 300 ayette geçmektedir.⁶⁴⁶

İslâm hukukunda işçi-işveren münasebetleri icâre akdi kapsamında ele alınır. Fıkıh kitaplarında ise işçi-işveren münasebetleri “*Amel-İş Üzerine İcâre*” başlığı altında ele alınarak incelenir. İcâre-i âdemî denilen amel üzerine yapılan kira sözleşmesi, insanı hizmet, malı muhafaza, ilmi öğretmek ve sanatı da icra etmek için kişinin ücret karşılığında kiralanmasını ifade eder.⁶⁴⁷

Mecelle şarihi Muhammed Kadri Paşa *Mürşidü’l Hayran* adındaki Mecelle şerhinde işçi kavramını “*bir veya daha fazla işveren hesabına süreli olarak çalışan, başka bir iş yapmama ve belirtilen süre içinde sadece işverene ait işleri yapma şartı bulunan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁴⁸

Türk Borçlar Kanununda özellikle işçi-işveren ilişkileriyle ilgili çıkarılan 2003 tarih 4857 sayılı “*İş Kanunu*”nda ve 2012 tarih 6331 sayılı “*İş Sağlığı ve*

⁶⁴⁴ İbn Manzûr, *Lisânü’l- ‘Arab*, “*aml*” md.

⁶⁴⁵ Muhammed Fuâd Abdülbâkî, *Mu’cemu’l-mufehres li elfâzi’l-Kur’âni’l-Kerîm*, “*aml*” md.

⁶⁴⁶ İbn Manzûr, *Lisânü’l- ‘Arab*, “*aml*” md.

⁶⁴⁷ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/208.

⁶⁴⁸ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-Hayran*, 495. maddenin açıklaması, 80.

Güvenliği Kanunu”nda işçi ve işveren tanımları yapılmıştır. Pozitif hukukumuzdaki işçi tanımıyla, İslam hukukundaki işçi tanımı arasında kimi benzerlik ve farklılıklar mevcuttur.⁶⁴⁹

Mecelle’nin ikinci kitabı olan *Kitâbu’l-İcâre*’nin dördüncü faslı insanın ücret karşılığı kiralınması yani İcâre-i Âdemi konusunu ele alır. Toplu halde ele alınan bu hükümler dışında Mecelle’de gerek satış akdi ile ilgili olan Büyü’ babında gerekte diğer fasıl ve kitaplarda da iş akdi ile ilgili hükümler mevcuttur. Mecelledeki ecir kavramı modern anlamdaki işçi kavramından daha geniş bir anlam ifade eder. İşçi niteliğinin belirlenmesinde ücret karşılığı bir işte çalışmak ölçü olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple iş akdi kavramı da günümüzdeki iş akdi kavramından daha geniş bir anlam bütünlüğüne sahiptir.⁶⁵⁰

Mecelle’de işçi kavramının karşılığı ecir terimidir. İşçi ecir-i has ve ecir-i müşterek olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yani Mecelle’ye göre işçi özel işçi ve ortak işçi olmak üzere iki kısımdır.⁶⁵¹

Mecelle’de 423. maddeden de anlaşılacağı gibi özel işçi (ecir-i hass) yi kiralayan kişi bir tek kişi olabileceği gibi bir kişi hükmündeki birden fazla kişi de olabilir. Özel işçi sadece belirlenen sürede onu kiralayana çalışmak için tutulmuş olan işçidir. Bu tanımlamalardan anlaşıldığı kadarıyla süre bitmeden önce özel işçinin kendisini kiralayan kişi dışında birisine çalışması caiz değildir.⁶⁵²

Ecir-i müşterek ise birden fazla kişi adına çalışması yasaklanmamış olan kişidir.⁶⁵³ Kaynaklarda ecir-i has özel işçi, ecir-i müşterek ise genel işçi, ortak işçi şeklinde ifade edilmiştir; ancak bu ifadelerin günümüz hukukunda bir karşılığı yoktur. Ecir-i hasın bağımlı çalışan, ecir-i müşterekin ise bağımsız çalışan şeklinde ifade edilmesi gerekir.⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ 10/6/2003 tarih 25134 sayılı resmi gazete ile 30/6/2012 tarih 28339 sayılı resmi gazete

⁶⁵⁰ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 3.

⁶⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/454.

⁶⁵² Haskefi, *ed-Dürrü’l-muhtâr*, 582; İbn Âbidîn, *Redd-ül Muhtar*, 88; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/454.

⁶⁵³ İbn Âbidîn, *Redd-ül Muhtar*, 88; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/454.

⁶⁵⁴ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, s. 29, 62.

Mecellenin iş akdi ile ilgili olan bu maddelerinde bireysel iş hukukuna ilişkin hükümler mevcuttur. Bu hükümlerde kolektif iş hukukuna ilişkin herhangi bir madde yer almamaktadır. Sendikacılık, sendikal örgütlenme ve sendikal hareketlerin Mecellenin hazırlandığı bu yüzyılda henüz ortaya çıktığı gerçeği bu alanda bir düzenlemeye gidilmemesi için bir sebep olabilir.⁶⁵⁵

Günümüzde kira akdi ve iş akdi olarak ayrı ayrı yer alan iki akit Mecelle’de aynı başlık altında ele alınmıştır. Bu durum her iki akdin konusunun menfaatin ivazlı temlik olmasından dolayıdır. Yani her iki akittede menfaatin bir bedel karşılığında temlik edilmesi söz konusudur.⁶⁵⁶

1863 Maden Nizamnamesi, 1865 Dilâver Paşa Nizamnamesi, 1869 Maadin Nizamnamesi gibi tüzüklerde işçi-işveren ilişkilerine dair hükümler mevcut olmakla beraber Osmanlı Devletinde işçi işveren ilişkilerini düzenleyen Mecelle dışında bir kanun bulunmamaktadır. Bu anlamda işçi-işveren ilişkileri açısından Mecelle’nin ele alınması önemlidir.⁶⁵⁷

2.9.1. Mecelle’de Ecîr-i hâs ile Ecîr-i Müşterek Anlayışı ve Hükümleri

İslâm hukukunda işçiye “*ecîr*” adı verilir. Ecîr ise ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek olmak üzere iki kısma ayrılır. Bu iki işçi sınıfı arasında bazı hüküm ve tazmin farklılıkları mevcuttur. Mecelle’de bu ayırım çerçevesinde konuyu ele almış ve ecîr-i hâs ile ecîr-i müşterek arasındaki benzerlik ve farklılıkları hükümler çerçevesinde ifade etmiştir.

İlk olarak 422. maddede “*İşçiler, (Hizmetliler) ikiye ayrılır. Birinci kısım, özel işçidir ki yalnız bir kiraya tutana çalışmak üzere tutulan işçidir; aylıklı tutulan hizmetli gibi. İkinci kısım, ortak işçidir ki kiracıdan başkasına çalışmama şartı ile sınırlandırılmamış işçidir.*” denilerek işçiler ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek olmak üzere iki kısımda ayrıştırılarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında “*Örneğin, hammal, tellâl, terzi, saatçi, kuyumcu, iskele kayıkçısı, kira arabacısı, köy çobanı her biri ortak işçidir ki bir kişiye özel olmayıp, herkes için çalışabilirler. Fakat bunlardan*

⁶⁵⁵ Âdem Esen, *Sosyal Siyaset Açısından İslam’da Ücret*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 48.

⁶⁵⁶ Bardakoğlu, , “İslâm Hukuku’nda İşçi ve İşveren Münasebeti”, 190.

⁶⁵⁷ Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 13.

biri belirli bir zamana kadar yalnız kiracıya çalışmak üzere kiralanırsa o süre içerisinde özel işçi olur. Bunun gibi bir hammal veya arabacı veya kayıkçı filân yere kadar başkasına çalışmayıp sadece kiracıya çalışmak üzere kiralanırsa o yere varıncaya kadar özel işçi olarak kabul edilir.” sözleriyle konu örneklendirilmiş ve farklılıklar ifade edilmiştir.

Mecelle’de bu ayrım belirtildikten sonra önce 423. maddede “*Ecîr-i hâs’ın kiracısı bir kişi olabileceği gibi tek bir kişi hükmünde olan birden fazla kişi de olabilir.”* tanımlaması yapılmıştır. Daha sonra “*Bu sebeple bir köy halkı kendilerine mahsus olmak üzere tek bir sözleşme (akd-i vahid) ile bir çoban kiraladıklarında bu çoban özel işçi olur. Ama kendilerinden başkasının da hayvanını gütmesine izin vermeleri durumunda çoban, bu defa ortak işçi olur.”* cümleleriyle ecîr-i hâs hakkında hüküm beyan edilmiştir. Ecîr-i hâs’ta müste’cir yani kiraya tutan kişi/işveren bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir.⁶⁵⁸

Ecîr-i has tek bir işverenden iş alabilir. Aynı anda başka işverenler için de çalışamaz. Bu sebeple bir köy halkı kendilerine mahsus olmak üzere tek bir sözleşme ile bir çoban kiraladıklarında bu çoban özel işçi yani ecîr-i has olur. Ecîr-i hâs olarak istihdam edilen çobanın başka bir kişi için de çalışması durumunda ücretinde indirimle gidilemeyeceği gibi ikinci kişiden alınan ücrette helal kabul edilmiştir. Burada birinci işverenin akitten beklediği menfaati elde etmesi dikkate alınmıştır.⁶⁵⁹

Ecîr-i hâs’ın başka bir kişi için de çalışması durumunda çalıştığı sürenin ücreti kadar ücretinde indirimle gidilir.⁶⁶⁰

Bu madde çerçevesinde ecîr-i hâs olan işçinin ikinci bir işte çalışmasına bir kısıtlama, yaptırım getirilmemiştir. İşçinin bu durumda ecîr-i müşterek sayılması ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu maddenin ortaya koyduğu çerçeveden anlaşılmaktadır ki ecîr-i hass kiracısı olan kişi veya kişilerin izni olmadan

⁶⁵⁸ İbn Âbidîn, *Redd-ül Muhtar*, 95.

⁶⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/231; Burhânüddîn Buhârî, *Burhânü’ş-Şerîa* Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Merginânî, *el-Muhît* (*el-Muhîtü’l-kebîr*, *el-Muhîtü’l-Burhânî* ve *el-Muhîtü’l-Burhânî fi’l-fikhi’n-Nu’mânî* adlarıyla da bilinir.). thk. Abdülkerim Sami Cündi, (Beyrût: Darü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2004), 586.

⁶⁶⁰ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-Hayran*, 496. maddenin açıklaması, 80.

kira müddeti içerisinde başka bir iş yapamaz. Çünkü bu sürede kiracısına çalışmak üzere kiralanmıştır.⁶⁶¹

Mecellenin bu maddesinden müste'cir (işveren)'in gerçek kişi olabileceği gibi, bir şahıs gibi hareket eden birden fazla kişinin de yani tüzel kişinin de olabileceği anlaşılmaktadır.⁶⁶²

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi bu maddede geçen birden fazla kişinin bir kişi hükmünde olmasını bir tek akit olması şeklinde anlamlandırmıştır.⁶⁶³

Ecîr-i müşterek ile ilgili olarak ta 424. maddede “*Ortak işçinin ücrete hak kazanması fiilen çalışmasıyla olur.*” denilmektedir. Ecîr-i müşterek, belirli bir iş için, belli kişi veya kişilerce, bizzat ifası istenmeksizin, iş ile zaman arasında da herhangi bir bağ kurulmaksızın kendisiyle sözleşme yapılan işçidir.⁶⁶⁴ Bazı fakihler ecîr-i müştereki birden fazla insan için çalışan veya bir adama çalışsa bile belirli bir süreyle kayıtlı olmayan işçi⁶⁶⁵ olarak tanımlarken, bazı fakihler de verilen işi bitirmedikçe ücreti hak edemeyen⁶⁶⁶ veya tek kişiye değil, birden çok kişiye çalışabilen işçi şeklinde tanımlamışlardır.⁶⁶⁷

Terzi, bakkal, marangoz, berber, hamal, inşaat ustası, taksici, dolmuşçu, kantinci vb. meslek sahipleri belirli bir kişiye çalışmak ve işvereninden başkasına iş yapmamak üzere sözleşme yapmamışlarsa bunların tümü ecîr-i müşterek sayılır.⁶⁶⁸

Hizmet Sözleşmesi kapsamında Türk Borçlar Kanununda ve İş Kanununda tanımlanan işçi kavramı, İslam hukukundaki ecîr-i hâs kavramı ile karşılanmakta ve ecîr-i müşterek kavramının Türk Borçlar Kanununda “*Bağımsız Çalışan*” olarak ifade edildiği tespit edilmiştir.

Pozitif hukuktaki eser sözleşmesi kavramının, İslam hukukundaki istisna' ve icâre sözleşmelerini içerisinde barındıran bir üst başlık formunda olduğu, ecîr-i

⁶⁶¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/453-454.

⁶⁶² Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 32.

⁶⁶³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/426.

⁶⁶⁴ el-Hafif, *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-ser'iyye*, 443.

⁶⁶⁵ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 9/88; el-Gazzâlî, *el-Vasît fi'l-Mezheb*, 4/189.

⁶⁶⁶ el-Merginânî, *el-Hidâye*, 6/311.

⁶⁶⁷ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 4/570.

⁶⁶⁸ Vehbe ez-Zuhayli, *el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, 4/3197; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 165.

müşterek kapsamında olan her icâre sözleşmesinin eser sözleşmesi olduğu lakin her eser sözleşmesinin icâre sözleşmesi olmadığı kanısına varılmıştır.

Mecelle’de devamındaki 425. maddede ecîr-i hâs ile ilgili olarak “*Ecîr-i hâs’ın ücrete hak kazanması kira süresi boyunca iş için hazır bulunmasıyla olur, fiili olarak çalışması şart değildir. Ama işten kaçınmaz, kaçınırsa ücrete hak kazanmaz.*” hükmü beyann olunmaktadır. 424. ve 425. madde de özel işçi ile ortak işçinin aralarındaki farklardan bazıları dile getirilmiştir. Buna göre özel işçinin ücrete hak kazanması kira süresi boyunca iş için hazır bulunmasıyla olur. Fiili olarak çalışmasına gerek yoktur. Fakat ortak işçide durum böyle değildir. Ücrete hak kazanması için fiili olarak çalışması gerekmektedir. Çünkü ecîr-i müşterek muavezeli yani karşılıklı bir akitir. Muavezeli akitlerde bedel akit yapanlardan birine teslim edilmelidir ki diğeri bedele hak kazansız. Bu durumda iş gerçekleşmelidir ki bedel teslim edilsin. İş/amel gerçekleşmedikçe bedel teslim edilmeyeceğine göre bu akitte işçinin ücrete hak kazanması için fiili olarak çalışması gerekmektedir.⁶⁶⁹

Ecîr-i hâs kira süresi boyunca iş için hazır olursa ücret almaya hak kazanır. Ücrete hak kazanması için işten kaçınmamalıdır. Kaçınırsa ücreti hak etmemiş olur.⁶⁷⁰

Ecîr-i hâs, nefsinin teslim etmekle ücreti hak eder. Ecîr-i müşterek ise işi yapmakla ücreti hak eder.⁶⁷¹

Ecîr-i has ile ecir-i müşterek arasında farklardan biri Mecelle’de değinilmeyen ecîr-i müşterekte ecîr-i hâstan farklı olarak ücretin içerisinde işçinin kârının da bulunmasıdır. Yani ortak işçi de işçi elde edilen kar sonucu ücreti almaktadır. Özel işçi de ise bu durum söz konusu değildir. İster kar elde edilsin ister edilmesin işçi ücretini alır.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/457; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/20.

⁶⁷⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, 1/459; Reşid Paşa, *a.g.e.*, 3/21.

⁶⁷¹ İbnü’s-Sââtî, *Mecma’u’l-bahreyn*, 379.

⁶⁷² Ahmet Tabakoğlu, “İslam Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, *İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 1986), 89.

Yine ecîr-i hâs ile ecîr-i müşterek arasında farklardan biri de Malikîlere göre bir Müslüman'ın bir gayrimüslim yanında ecîr-i hâs olarak çalışması veya çocuğunu çalıştırması mekruh görülmüştür. Ecîr-i müşterek olarak iş görmesinde ise bir sakınca görülmemiştir. Diğer mezhepler ise bu farkı gözetmeden konuya yaklaşmaktadır.⁶⁷³

Mecelle'de konu ile ilgili temas edilen konulardan biri de 426. maddede “*Kira sözleşmesi ile belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin benzerini veya aşağısını yapabilir, ama daha üstününe (ma fevkine) geçemez.*” cümlesiyle ifade edilen hükümdür. Maddenin devamında “*Örneğin, demircilik yapmak üzere kiralanan dükkânda kiracı çevreye verdiği zararda demirciliğe eşit veya ondan daha az zararlı bir iş yapabilir. Bir kimsenin oturmak için kiraladığı evde oturmayıp, eşyasını koyması mümkündür. Ama attarlık yapmak üzere kiraladığı dükkânda demircilik yapamaz.*” denilerek maddede belirtilen hüküm örneklenilerek izah edilmiştir. Bu çerçevede belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin dengini veya daha aşağısını yapabilir. Fakat ma fevkine yani daha üstününe geçemez.

Mecellenin bu maddesi aynı ibarelerle Şâfiî âlimi Ebû İshak eş-Şîrâzî'nin Şâfiî fıkına dair eseri *el-Mühezzeb*'te de geçmektedir. eş-Şîrâzî, “*kira sözleşmesi ile belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin benzerini veya aşağısını yapabilir, ama daha üstününe (ma fevkine) geçemez*” demek ve menfaat belirli değilse bu durumda örf ve adete göre menfaatin sınırlarının terk edilebileceği söylemektedir.⁶⁷⁴

Mecelle'nin 426. maddesinde pozitif ayrımcılıkla korunan veya korunmayan bütün işçiler için bir koruma söz konusudur. Mecelle, İcâre akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kişinin, bu menfaatten aynen ya da daha aşağı derecede yararlanabileceğini, fakat daha fazlasıyla yararlanmasının mümkün olmadığını böylece düzenlemiştir. Bu maddelerden kıyas yolu ile işverenin öngörülenden daha fazla menfaat isteyemeyeceği sonucu çıkarılabilir.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/175.

⁶⁷⁴ من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة له أن يستوفي عينها أو مثلها أو ما دونها ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها , وفي حالة عدم تحديد المنفعة فيترك تحديدها للعرف أو العادة Ebû İshak eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 1/453.

⁶⁷⁵ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 126.

Mecelle’de işçi ile ilgili olarak verilen bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla ecîr-i hâs (özel işçi) ile ecîr-i müşterek (ortak işçi) arasındaki fark iki şekilde ortaya çıkar. Birinci boyut 425 ve 426. maddede ifade edildiği üzere hüküm yönünden farklıdır, ikinci boyut ise zatı yönünden olan farktır ki bunda da iki kural söz konusudur.

- a- Eğer akit belirli bir süre ile sınırlandırılmamış ve sadece amel ile şartlandırılmışsa bu sözleşme sadece müşterek işçi için geçerli olabilir.
- b- Eğer akit amel ile şartlandırılmış ve belirli bir süre ile sınırlandırılmış ise bu akit özel işçi için geçerli olan akittir.⁶⁷⁶

2.9.2. İş Akdinde İş, Süre ve Ücret Meselesi

Mecelle’nin daha önce ele aldığımız İcâre akdinin sahih olarak kurulum şartlarının ifade edildiği ikinci bölümün üçüncü faslında geçtiği üzere hizmet ya bir sanatın icrası için sürenin, işin ve ücretin belirtilmesi gerekmektedir.⁶⁷⁷

Bu doğrultuda Mecelle’nin 562. maddesinde “*Hizmet veya bir sanatın icrası için ikinci bölümün üçüncü faslında beyan edildiği gibi süre belirtilmesi ile veya başka bir şekilde işi belli etmek suretiyle insan ücret karşılığında kiralanabilir.*” denilmektedir.

İcâre-i âdemi değişik şekillerde olur. Bunların birincisi sadece işin belirlenmesidir. Örneğin bir marangoza bir kütüphane yapması için söylendiğinde sadece iş belirtilmiş olur. İkinci olarak sadece sürenin belirlenmesidir. Örneğin belirli bir süreliğine uşak, hizmetkâr tutmak böyledir. İşin çeşit ve miktarının belirtilmesine gerek yoktur zira bunlar örfe göre bellidir. Üçüncü olarakta hem işin hem de sürenin tayin edilmesidir. Mesela beş günde bitirilmek üzere gardolap yapılması için bir marangozla anlaşma yapmak böyledir.⁶⁷⁸

Dikkat edilirse bu madde ile bir nevi insanın ücret karşılığı kiralanmasını ifade eden İcâre-i âdemi tanımlanmakta ve iki kısım olarak belirtilmektedir. Bu iki kısmın birincisi belirli süreli bir işin yapılması yani sürenin belli olması, ikincisi ise

⁶⁷⁶ İbn Âbidîn, *Redd-ül Muhtar*, 87-89; Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/454.

⁶⁷⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/647.

⁶⁷⁸ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/132.

bir neticenin taahhüt edilmesi şeklindedir. Bu durum Mecelle şarihi Muhammed Kadri Paşa'nın (ö. 1306/1888) eşya ve borçlar hukukuna dair eseri olan *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân fi'l-mu'âmelâti's-şer'iyye âlâ mezhebi'l-Îmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân* adlı eserinin 586. maddesinin açıklamasında “*Süre açıklanması veya yapılacak işin miktarının ve keyfiyetinin tayin edilmesi şartıyla belli bir hizmeti ifa veya herhangi bir iş ya da sanatı icra gayesi ile insanları belli bir bedel karşılığında çalıştırmaktır.*” şeklinde İcâre-i âdeminin tanımlanmasına yol açmıştır.⁶⁷⁹

İş akdinde ücret konusunda Mecelle'de 563. maddede “*Ücret sözleşmesi yapılmadan kişi bir başkasının isteği üzerine bir kimseye hizmet ettiği takdirde, o kişi ücretle hizmet eden bir şahıs ise ecr-i misil almaya hak kazanır, ücretle hizmet eden bir şahıs değilse herhangi bir ücret alamaz.*” denilmektedir. Kişi bir başkasının isteği üzerine ücret sözleşmesi yapılmadan veya süre belirlenmeden bir kimseye hizmet ettiği takdirde, o kişi ücretle hizmet eden bir şahıs ise ücret belirli ise o ücreti değilse de ecr-i misil almaya hak kazanır. Bu konu ile ilgili 565. Maddede ileride açıklama yapılacaktır. Eğer kişi ücretle hizmet eden bir şahıs değilse yani teberru' cinsinden karşılıksız çalışıyorsa ve daha öncede ücretli olarak çalışmamışsa bu durumda herhangi bir ücret alamaz.⁶⁸⁰

Ücret karşılığı olduğu belirtilerek fakat ücretin miktarı belirtilmeden kurulan bir akitte işçi ecr-i misil almaya hak kazanır. Mecelle'de bu konuda 564. maddede “*Kişi bir kimseye miktar belirtmeksizin şu işi yap sana ikram edeyim deyip te o da belirtilen hizmeti yaparsa ecr-i misil almayı hak eder.*” denilerek konu hükme bağlanmıştır. İşçinin çalıştığı iş koluna ait bir ücret tarifesi mevcut ise işçiye ücreti bu tarife üzerinden ödenir. Yani miktar tam olarak belirlenmemişse ücretin belirli olmadığı söylenemez. Geçerli, genel bir tarife mevcut ise onun üzerinden, yoksa ecr-i misil üzerinden ücret ödenir.⁶⁸¹

Ücretin bilinmemesi akdi fesada uğratan durumlardandır. Bir kimse ücret beyan etmeyerek fakat ücret vereceğini belirten ifadeler kullandığında örneğin “*bana*

⁶⁷⁹ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 586. maddesinin açıklaması.

⁶⁸⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/648.

⁶⁸¹ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 58.

şu işi yap sana ikram edeyim” derse, işçi işçiliği meslek edinsin veya edinmesin ecr-i misil almaya hak kazanır. Hükümde işçiliği meslek edinenler ile bunun dışında iş yapanlar arasında bir ayrıma gidilmiştir. İşçinin günlük ücreti belirli ise bu ücreti almaya hak kazanır, belirli değilse ecr-i misil alır. İşverenin vefatı halinde işçi ücretini vefat eden işverenin terekesinden alır. Eğer işveren kendi rızasıyla ecr-i misilden fazla ücret öderse bu fazlalığı işçinin geri ödemesine gerek yoktur.⁶⁸²

Hammal, berber, komisyoncu vs. meslek gruplarında işçiler ücret belirlenmeden çalıştırıldığı zaman eğer o meslekte gündelik belli ise belli olan ücret, gündelik belli değil ise ecr-i misil ödenir. Mecelle’nin 565. maddesinde *“Ücret belirlenmeden işçi çalıştırıldığı zaman gündeliği belli ise belli olan ücret, gündeliği belli değil ise ecri misil ödenir. Aynı kural esnafın buna benzer işleri içinde uygulanır.”*sözleriyle bu hüküm ifade edilmiştir.⁶⁸³

İslam Hukukunda ücret ödemesinden işveren sorumludur. İşveren ödemeyi işçinin şahsına yapmalıdır. Ancak tarafların karşılıklı anlaştıkları farklı kararlar var ise bunları uygulamaları da mümkündür. Ödenecek ücret için rehin vermek veya kefil göstermek caizdir.⁶⁸⁴

İcâre akdi’nde işçinin ücretinin kıymetli bir maldan verilmesi mevzusunda Mecelle’de 566. maddede *“Az bulunan kıymetli eşyadan (kıyemiyat) rastgele bir şey verilmek üzere bir çalışan ile İcâre akdi yapılır ise ecr-i misil verilmesi gerekir.”* hükmü beyan edilmektedir. Maddenin devamında *“Mesela bir kişi birisine gel bana şu kadar gün hizmet et sana bir çift öküz alayım dese öküzün verilmesi gerekmeyip, ecr-i misil ödenmesi gerekmektedir. Fakat âdet olduğu üzere ona ücret yerine bir elbise yapılmak üzere sütanne kiralanması caizdir ve elbisenin özellikleri belirtilmediği takdirde bu durumda orta dereceli olanı verilir.”* cümleleri ile konu örneklenmektedir. Maddede geçen “kıyemiyat” kelimesi *“az bulunan kıymetli şeyler”* olarak açıklanmıştır.⁶⁸⁵

⁶⁸² Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/649-650.

⁶⁸³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/ 650; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/134.

⁶⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 165, 198, 216.

⁶⁸⁵ Berki, *Açıklamalı Mecelle*, 104;

Kıymet kelimesine nisbet eki getirilerek türetilen kıymî veya kıymî mal tabiri “*yerini aynı cinsten bir diğeri alamayacak kadar farklı olan ve bundan dolayı da alışverişlerde ferden tayin edilmesi gereken eşya, misli olmayan eşya*” olarak tanımlanmaktadır. Kıymîyat kelimesi ise kıymî kavramının çoğuludur.⁶⁸⁶

Akid, işverenin işçiye ücret mukabilinde kıymîyattan belirsiz birşeyler vermek üzere akdedildiğinde işçiye ecr-i misil ödenmesi gerekir. Örneğin belirsiz bir çift öküz alınmak karşılığında bir akit yapıldığında öküz ile ilgili nitelikler tayin edilmediğinden onun yerine ecr-i misil ödenir.⁶⁸⁷

Bu maddeyi dayanak gösteren kimi araştırmacılar Mecelle’nin bu madde ile ücretin nakden verilmesi gerektiğini ve aynı ödemeyi yasaklandığını ileri sürmüştür.⁶⁸⁸ Ancak söz konusu maddeden ücretin nakden ödenmesine ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır. Az bulunan kıymetli bir malın nitelikleri belirlenmeden ücret olarak kararlaştırılması durumunda, ecr-i misil ödenmesi gerekeceği maddede düzenlenmiştir. Maddeye ilişkin örnekte öküz yerine ecr-i misil ödeneceğinin ifade edilmesi, öküzün özellikleri belirlenmediği, nitelikleri hakkında belirsizlikler bulunduğu içindir. Zira ücretteki belirsizlik İcâreyi fasid kılar.⁶⁸⁹

Mecelle’nin daha önce geçen 463. maddesinde bey’de semen olmaya yarayan şeylerin İcâre akdinde ücret olmaya uygun oldukları ifade edilmiştir. Bu çerçevede ücret para, paradan başka her türlü misli mal, muayyen ve taraflarca bilinebilen gayri misli mal, akit konusu ile aynı olmamak şartıyla menfaat ve diğer bir kısım gelirler içerisinden belirlenebilir. Ayrıca 465. maddede de, ücretin para dışında bir şeyle ödenmesi durumunda nasıl belirli hale getirileceğine ilişkin bir hüküm ortaya konmuş ve kira bedelinin taşınır eşyalardan veya kile ölçüsü ile ölçülebilen veya tartılabilen veya taneleri arasında fark bulunmayan şeylerden olduğu takdirde miktarı

⁶⁸⁶ İbn Fâris, *Mu‘cemü Mekayisü’l-luğa*, “kvm” md.; İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, “kvm” md.

⁶⁸⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/652.

⁶⁸⁸ Bu konuda bkz. Ferit Hakkı Saymen, *Türk İş Hukuku*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 49; Cahit Talas, *Türkiye’nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1992), 40.

⁶⁸⁹ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/134-135.

ile birlikte vasfının da belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda Mecelle ücretin aynı olarak ödenmesini serbest bırakmıştır.⁶⁹⁰

Ücreti belirlenmeden yapılan işlerde belirli ise günlük belirli emsal bir ücret yoksa ecr-i misil ödenir. Ayrıca gayri misli bir mal kesin olarak belirlenmeden veya vasıfları belli edilmeden yani tayin ve tavsif edilmeden ücret olarak kararlaştırılmışsa yine ecr-i misil ödenmesi gerekmektedir. Bu maddede bir de bir istisnaya yer verilmiştir. Oda yemek, elbise gibi tam olarak belirlenmemiş bir ücret karşılığında sütanne istihdam edilmesine cevaz verilmesidir. Ücretin ecr-i misil ile değil vasat bir yemek veya elbise ile ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Ebû Yûsuf ve Muhammede göre sûtannenin elbise veya yemek karşılığı kiralınması ücret belirsiz olduğundan caiz değildir. Fakat Ebû Hanîfe'ye göre buradaki belirsizlik tartışma, niza' sebebi olabilecek bir belirsizlik olmadığından caizdir. Zira babanın çocuğuna şefkat duyması sebebiyle sûtanneye karşı da cömert davranacağı düşünülmüş ve adet gereği bu istisna yapılmıştır.⁶⁹¹

Yine Mecelle'de işçiye verilen bahşış mevzusu ele alınmakta ve 567. maddede “*Hademeye ücret harici verilen bahşış ücretten kabul edilemez.*” Denilerek işçiye ücret dışında herhangi bir şahıs tarafından verilen bahşışın ücretten kabul edilmeyip hibe hükmünde olacağı ifade edilmektedir. Hibe edilen mal kabz edildikten sonra artık hibe edilen şahsa aittir. Yani artık işçinin, hademenin malıdır. Bayram vb. günlerde de bazı kimselerin işçiye verdikleri paralar yine hibe hükmündedir. İşverenin bunları da ücretten hesap etme hakkı yoktur.⁶⁹²

İslam Hukukuna göre verilen bahşışlar hibe hükmündedir. Verildikleri andan itibaren işçinin mülkiyetine geçmektedirler. Günümüzde müşterilerin hesabına direk yüzde olarak eklenen ve garsoniye olarak adlandırılan bahşışların ise ücret olarak kararlaştırılması mümkün görülmüştür.⁶⁹³

⁶⁹⁰ Bkz. Mecelle 463 ve 465. maddelerin açıklaması; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6/209.

⁶⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/653.

⁶⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/653; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/135.

⁶⁹³ Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 113.

Mecellede bahşış konusu dahi ele alındığı halde işçinin ücretinden kesinti yapılmayacak tatil günlerine değinilmemiştir. İşçi/memur statüsünde bulunanların iş akdinde aksi bir şart bulunmadığı sürece örf'e göre hafta tatili yapabileceği ve bu çalışmadığı günlerde de ücret alabileceği fıkıh eserlerinde ifade edilmiştir. Ayrıca ramazan ve kurban bayramı tatillerinde de aynı durum söz konusudur.⁶⁹⁴

Mecelleye göre çalışmak üzere kiralanan bir işte, o kişi işi kendi yerine başkasına yaptıramaz. 571. maddede “*Şahsen yapmak, yani kendisi çalışmak üzere kiralanan işte, o kişi işi kendi yerine başkasına yaptıramaz. Mesela, bir cübbeyi terzinin kendi eliyle dikmesi şartıyla şu kadar kuruşa pazarlığını yapsa, terzinin o cübbeyi kendi eliyle dikip başkasına diktirmemesi dikmesi gerekir ve başkasına diktirip te cübbe telef olursa o terzi karşılığını tazmin etmelidir.*” sözleriyle bu hüküm ifade edilmektedir. Yani kendisi çalıştırılmak üzere istihdam edilen işçinin, yerine başkasını çalıştırması mümkün değildir. İster vekil olsun, isterse başkasını çalıştırmayacağına dair bir şart konulmasın yine de durum aynıdır. Özellikle işçinin şahsının önemli olduğu işlerde bu hüküm geçerlidir. İşçi işi çırak, kalfa gibi yardımcılara da yaptıramaz. Çünkü işi iş kendisine verilen şahsın değil ikinci bir şahsın yapması işin niteliğine etki eden bir durumdur.⁶⁹⁵

Fakat 572. maddede “*Mutlak (şartsız) bir sözleşme yapılmışsa kiraya veren kendi yerine bir başkasını kullanabilir.*” hükmü yer almakta ve işçinin bizzat kendisinin çalışacağına dair bir şart sözleşmede belirtilmemişse başkasını kendi yerine vekili gibi çalıştırabileceği ifade edilmektedir. Bu maddede başkası olarak ifade edilen işin yaptırılacağı üçüncü kişi vekili yerindeki kalfa, çırak gibi işçinin yardımcıları olabilir. Akdin mutlak, şartsız olarak yapılması İşverenin başka bir işçinin çalışmasına da rıza gösterdiğinin alametidir.⁶⁹⁶

Maddenin devamında 573. maddede mutlak tanımlamanın ne olduğu “*Kiracının, işçiye “bu işi yap” demesi mutlak tanımlamadır (ıtlâk'tır).*” İfade edilmekte ve maddenin devamında “*Örneğin, kişi bir terziye “bizzat kendi elinle” veya “kendi elinle” diye sınırlandırmadan “şu kadar kuruşa bu cübbeyi dik” deyip*

⁶⁹⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 5/61.

⁶⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkam şerhi mecelleti'l-Ahkâm*, 1/657.

⁶⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkam şerhi mecelleti'l-Ahkâm*, 1/658; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/139.

sözleşme yapsa ve terzi onu kalfasına veya diğer bir terziye diktirse sözleşmede belirtilen ücreti hak etmiş olur. Bu durumda cübbe özel bir kusuru olmadan telef olursa bedelini tazmin etmek zorunda değildir.” denilerek yapılan tanım örneklendirilmektedir.

Kiracının, işçiye “*bu işi yap*” demesi mutlak tanımlama olur takyid yani belirleme olmaz. Ancak “*bizzat kendi elinle*” veya “*kendi elinle*” diye sınırlandırma konulması takyid olur. Mecelle’nin bu maddesinde yer alan “*müste’cirin ecire bu işi yap demesi ıtlaktır*” şeklindeki hükmü ve devamında verilen örnekğe göre işveren işçinin işi şahsen yapmasını istiyorsa bunu açıkça ortaya belirtmelidir. İş kimin yapacağı tam olarak ifade edilmediği sürece akit kişi üzerine yapılmamış kabul edilecektir.⁶⁹⁷

Kişi bir terziye “*bizzat kendi elinle*” veya “*kendi elinle*” diye sınırlandırmadan “*şu kadar kuruşa bu cübbeyi dik*” deyip sözleşme yapsa ve terzi onu kalfasına veya diğer bir terziye diktirse yinede sözleşmede belirtilen ücreti hak etmiş olur. İşçinin şahsen ifa borcunun olmadığı bunun gibi bir akitte, mal işi yapması için verdiği kişinin yanında telef olsa, yalnız bu sebepten dolayı işçinin tazmin etmesi gerekmez. Çünkü cevazı şer’i damana munafidir yani hukukun kabul ettiği bir özür, bir izin sözkonusu olduğunda tazmin gerekmemektedir. Fakat şahsen ifa borcu olan bir işçinin, işi yapması için verdiği kişinin yanında malın telef olması halinde işçinin malı tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.⁶⁹⁸

2.9.3. İş Akdinde İş ile Bağlantılı Bazı Hükümler

İş akdinde iş ile bağlantılı bazı hükümler ile ilgili olarak Mecelle’de 574. maddede “*İşçinin yapması şart kılınmadığı halde yapılacak iş ile bağlantılı olan her ne durum olursa olsun, bu durumlarda o beldenin örf ve âdetine göre hareket edilmesi gerekir.*” hükmü yer almaktadır. Maddenin devamında “*İplik temininin terziye ait olması bu duruma örnektir.*” cümlesiyle de bu hüküm örneklenmektedir.

⁶⁹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/659; Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 79.

⁶⁹⁸ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/140; Aykanat, *Mecelle’de İş Akdi*, 100.

İslam Hukukunda akit yapıldığı zaman taraflara yüklenen hak ve sorumluluklara akdin muktezası yani akdin getirdiği hak, borç ve sorumluluklar denilmektedir. İslam hukukçuları her akdin taraflara yüklemiş olduğu sorumlulukları belirlemişlerdir. Akdin gerektirdiği bu sorumlulukları taraflar şart koşmasa da bunlar yine de bağlayıcıdır. Taraflar bir akit üzerinde anlaştıkları zaman o işle ilgili olan her şey akitte belirtilmemişse de akdin kapsamına dâhildir. Mecelle'nin bu maddesine göre bu durumlarda o beldenin örf ve âdetine göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin dikiş için iplik temini terziye aittir. Zira örfte de bu böyledir. Fakat akit sırasında bir şart üzere anlaşmışlarsa anlaştıkları şart geçerlidir.⁶⁹⁹

Daha önce hayvan İcâresi ile ilgili olarak geçen 554. madde ile bundan sonra gelen 575. maddeler ele aldığımız bu maddenin örnekleridir.⁷⁰⁰

Konu ile ilgili bir diğer örnekte 575. maddede “*Yükü evin içine taşımak hamalın işidir ama yükü yerine yerleştirmek hamala ait değildir. Mesela, yükü üst kata çıkarmak veya tahılı (zahire) ambarın içine dökmek hamalın yapması gereken bir sorumluluk değildir.*” denilerek beyan edilen misaldir.

Bundan önceki maddede belirtildiği gibi taraflar bir akit yaptıklarında o işle ilgili olan her şey akitte belirtilmemişse de akdin kapsamı dâhilindedir. Bu maddede de buna örnek teşkil eden bir durum belirtilmiş ve yükü evin içine taşımanın hamala ait bir iş olduğu ifade edilmiştir.

Konuya 576. maddede “*O beldedeki örf bunu gerektirmiyorsa, kiracı işçiye yemek vermek zorunda değildir.*” sözleriyle biraz daha açıklık getirilmekte ve o beldedeki örf bunu gerektirmiyorsa, kiracı işçiye yemek vermek zorunda değildir denilmektedir. İşverenin, aksine bir gelenek veya akid sırasında koşulmuş bir şart bulunmadıkça işçiye yemek verme yükümlülüğü yoktur. Örneğin günümüzde sütanne emzirdiği çocuğu çocuğun ailesinin evinde emziriyorsa gelenek orada ona

⁶⁹⁹ Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 9/496; Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/140; Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 90.

⁷⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/660.

yemek verilmesidir. Ama kendi evinde emziriyorsa ona yemek tedarik etmek gelenekte yoktur. Öyleyse bu konuda cari olan kural örf ve gelenektir.⁷⁰¹

Bir tellâl bir malı gezdirip de satamaz ve mal sahibi daha sonra bu malı satarsa bu durumda o tellâl, tellâllık ücreti talep edemez. Mal diğer bir tellâl tarafından satılır ise tellâllık ücretinin tamamı ikinci tellâla ait olur çünkü menfaatin sağlanması ücretin ödenmesini gerekli kılar⁷⁰², birinci tellâl bir ücret talep edemez. Zira örfe göre tellâl malı sadece gezdirmek ve bağlamak ile yükümlüdeğildir ve ücret bunlar için değildir. Tellâlin sorumluluğu malın satışındır. Tellâllık ecr-i müşterek hükmünde olup Mecelle'nin 424. maddesi çerçevesinde ecr-i müşterekin ücrete hak kazanması fiilen çalışmasıyla mümkündür. Bu durum Mecelle'de 577. maddede “*Bir tellâl bir malı gezdirip de satamaz ve mal sahibi daha sonra bu malı satarsa bu durumda o tellâl, tellâllık ücreti talep edemez. Mal diğer bir tellâl tarafından satılır ise tellâllık ücretinin tamamı ikinci tellâla ait olur, birinci tellâl bir ücret almaz.*” sözleriyle ifade edilmiştir.⁷⁰³

Kişi malını bir tellâla verip “*şu kadar kuruşa sat*” dese, tellâl verilen malı söylenenden daha yüksek fiyata satsa bile var olan o fazlalık mal sahibine ait olur. 578. maddede “*Kişi malını tellâla verip te “şu kadar kuruşa sat” dese, tellâl verilen malı söylenenden daha yüksek fiyata satsa oluşan o fazlalık mal sahibine ait olur, tellâl, tellâllık ücreti dışında başka bir şey alamaz.*” sözleriyle bu hüküm ifade edilmektedir. Zira semen mebi'in mukabilindedir. Yani ücret satışa karşılıktır. Verilen fazla ücret malın karşılığıdır. Tellâl, tellâllık ücreti dışında başka bir şey talep edemez.⁷⁰⁴

Mecelle'de 579. maddede “*Satış sırasında tellâl, tellâllık ücretini aldıktan sonra bir hak sahibi çıkar malı geri alsa veya bir kusur nedeniyle malın geri verilirse, bu durumlarda tellâllık ücreti geri iade edilmez.*” hükmü satış sırasında tellâl, tellâllık ücretini aldıktan sonra bir hak sahibi çıkar malı geri alırsa veya bir kusur nedeniyle malı geri verilirse, bu durumlarda tellâllık ücretinin geri iade edilmeyeceği ifade edilmiştir. Çünkü tellâllık ücreti tellâlin malı satmasıyla ilgilidir

⁷⁰¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/72; Ali Haydar, *Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/661.

⁷⁰² Bkz. Mecelle 469. madde

⁷⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/661.

⁷⁰⁴ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/142.

ki o işini yapmış ve malı satmıştır. Daha sonra gerçekleşen durumlar tellâlin yükümlülüğünde değildir.⁷⁰⁵

Mecelle’de konuya dair bir diğer örnekte 580. maddede “*Bir kimse tarlasındaki ekini biçmek için şu kadar kuruş karşılığında ekin biçici işçi kiralasa, bu işçiler ekinin bir miktarını biçtikleri halde dolu vurması veya başka bir kaza sebebiyle ekinin geri kalanı telef olsa, biçtikleri miktar belirlenen ücretten pay edilerek hesaplanarak ödenir, geriye kalan ücreti alamaz.*” cümlesiyle ifade edilen tarlada çalışan işçiye dairdir.

Bir işçi akitte hüküm altına alınan işin bir kısmını yaptıktan sonra kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple işi tamamlama imkânı kalmazsa, işin tamamladığı kısmı oranında ücrete hak kazanır. İslam Hukukçuları kısmi ifa halinde yapılan işin ücretnin nasıl hesaplanacağına dair ihtilaf halindedir. Bazı Hanefi hukukçular kısmi ifa halinde, işverenin ifadan yarar sağlaması durumunda, ücretin ifa edilen kısımla orantılı olarak ödenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. İmam Ebû Hanîfe ve İmam Züfer işin tamamı ifa edilmeden işçinin ücret elde edilemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Ebû Hanîfe daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve kısmi ifa halinde işin görülen kısmıyla orantılı olarak ücrete hak kazanılacağını ifade etmiştir.⁷⁰⁶

Mecelle’nin bu maddesinde bu çerçevede kaleme alınmıştır. Bir kimse tarlasındaki ekini biçmek için şu kadar kuruş karşılığında ekin biçici bir işçi kiralasa, bu işçi ekinin bir miktarını biçtiği halde hukukun kabul ettiği bir eksiklik veya kaza sebebiyle ekinin geri kalanı telef olsa, biçtikleri miktar belirlenen ücretten pay edilerek hesaplanır ve ücreti ödenir, geriye kalan kısmın ücreti ödenmez.⁷⁰⁷

Ele aldığımız 6. Bâb’ın 4. Faslı olan İcâre-i âdemî yani insanın ücret karşılığı kiralanması konusuna ek olarak Mecelle Ta’dil Komisyonu dört adet ekleme yapmıştır.⁷⁰⁸ Bu maddeler incelendiğinde görüleceği gibi yapılan bu ek maddelerde daha önce Mecellede bazı maddeler içerisinde parça parça belirtilmiş olan kimi

⁷⁰⁵ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/143.

⁷⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/157; Merginânî, *el-Hidâye*, 3/402.

⁷⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/663.

⁷⁰⁸ *Ceride-i Adliyye*, 1340 (1924. Yıl), 25. sayı, 910 vd.

hükümler derli toplu bir hale getirilmiş veya kimi konular ile ilgili örneklemeye gidilmiştir. Yapılan bu eklemeler özet halinde şunlardır:

Eklenen 1. madde şöyledir: “*Müste’cir amel-i muayyen ile müddet-i muayyeni akd-i vahidde cem’ ettiği ve amelin az müddet zarfında ifası mümkün olmadığı halde İcâre zamana muzaf olarak münakit olur. Ve ecir nefsinin teslim ile ecrine kesb-i istihkak eder.*”

Kiracı belli bir iş ile belirli bir süreyi aynı akidte birlikte ifade ettiğinde iş kısa bir sürede gerçekleştirilemeyecek bir iş ise İcâre akdi geleceğe nisbet edilerek kurulabilir. İşçi işe hazır hale geldiğinde ücreti hak eder. Bu madde Hanefî mezhebi çerçevesinde düzenlenmiş ve Mecelle’ye eklenmiştir.

Eklenen 2. madde şöyledir: “*Bir kimse kendi mülkünde umkunu ve vüs’atini beyan ederek bir kuyu hafri için birini isticar edüb ecir dahî bir mikdar hafr ettikten sonra kırılması meşakkat-ı zâideye muhtaç kayaya tesadüf etse nazar olunur; kayanın kuyu hafrine mahsus alât ile kırılması mümkün ise ecir ikmal-i hafr için cebr olunur, değilse cebr olunmaz.*”

Kişinin kendi mülkünde derinlik ve genişliğini belirterek kuyu kazılması için bir işçiyi tutmuş olması durumunda işçi kuyunun bir kısmını kazar ve önüne kırılması güç bir kaya gelirse kaya eğer kazmaya has aletler ile kırılıbiliyorsa işçi kazmaya devam etmeye zorlanır, aksi halde kazmaya devam etmeye zorlanamaz. Bu maddede bey’ akdindeki vasıf muhayyerliğine benzer bir durum söz konusudur. Bey’ akdinde müşteri için olan vasıf muhayyerliği, İcâre akdinde müste’cir için sabittir. Bu maddede eklenen hüküm de, bu çerçevede kaleme alınmıştır.

Eklenen 3. madde şöyledir: “*İcâre-i zimmetde yani amel üzerine varid olan İcârede vefat eden ecirin terekesi vâfi ise zimmeti terikesinden istifa olunur, değil ise veresesi muhayyerdir, dilerse ecirin zimmetini ifâ ve ecrine kesb-i istihkak eder, etmedikleri takdirde müste’cir İcâreyi fesh edebilir. Amma mucirin vefatıyla münfesiha olmayan İcâre-i aynda mecur bihüküm İcâre müste’cirin veya vârisinin yedinde kalır.*”

Ebû Hanîfe gibi hukukçular borçların hukuk açısından düştüğünü ve buna kefil olunmasının kefil için bir borç doğurmayacağını söylemiştir. İmâmeyn ile diğer mezheplerin görüşü borçların hukukî açıdan düşmediği ve bunlara kefil olmanın kefil açısından borç doğuracağı şeklindedir. Yine Hanefiler kabul etmemekle birlikte Mâlikîler'e göre kişinin ölümünden sonra lehine vasiyette bulunmak mümkün görülerek istisna çerçevesi genişletilmiştir. Ölen kişinin zimmeti borçların mahalli ve bir alacak hakkı davasına muhatap olma özelliğini de kural olarak yitirmiştir. Bu sebeple ölen kişinin bir borcu varsa o hayatta iken zimmetinde sabit olan bu borçlar zimmetin çökmesiyle artık varlıklarını zimmette devam ettiremedikleri gibi doğrudan vârislerin zimmetine de geçmez, varlıklarını tereke üzerinde ve terekeye ilîşerek sürdürürler.⁷⁰⁹

Eklenen 4. madde şöyledir: “İnşaat akitleri esnaf tarafından vaz’ olunacak lüzum veya yapılacak bina mani-i münazaa olur suretde tavsif olunduğu halde sahih ve bedeli ceste ceste verilür ise bey’ ile İcârenin ictimaından ibaret olur.”

Bu iki maddenin düzenlenmesinde de, mezhebdeki alışılmış olan ilkeler ve fikhî esaslar, ta’dil sırasındaki alışkanlıkla kullanılmış ve ilkelerin işletilme sahası ihtiyaca binaen genişletilmiştir. Bu genişletilme yapılırken de, örneklendirme usulü benimsenmiştir.

⁷⁰⁹ Eyyüp Said Kaya, Hasan Hacak, “Zimmet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/424.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMA BAKIMINDAN İCÂRE AKDİ

3.1.MECELLEDE UYGULANMASI

Elli yedi yıl boyunca Osmanlı topraklarında yürürlükte kalmış olan Mecelle, Türk Medeni Kanunu'na ek olarak çıkartılan 864 sayılı Tatbikat Kanunu'nun 43. Maddesinin yürürlüğe girmesiyle beraber 4 Ekim 1926'da yürürlükten kaldırılmıştır. Osmanlı topraklarında yürürlükten kaldırıldıktan sonra Arnavutluk, Yemen, Endonezya, Malezya, Filistin gibi birçok İslam ülkesinde uygulanmaya devam eden Mecelle, Bulgaristan, Kıbrıs ve İsrail gibi İslam toprakları dışındaki ülkelerde de yıllarca uygulanmaya devam etmiştir.⁷¹⁰

Mecelle'nin ilk kitabının yürürlüğe giriş tarihinden itibaren o tarihlerde Osmanlı Devleti'ne bağlı olan Bosna-Hersek, Arnavutluk, Hicaz, Yemen, Suriye, Lübnan, Ürdün, Kıbrıs ve Filistin'de tatbik olunmaya başladı. Mecelle yayınlandığı Osmanlıca dili ile beraber aynı zamanda Osmanlı içerisindeki milletlerin konuşma dilleri olan Arapça, Bulgarca, Rumca ve Ermenice dillerinde de basılırdı. Daha sonrasında İngilizce ve Fransızca'ya da tercüme edildi.⁷¹¹

Yemen'de 1918'e Arnavutluk'ta 1928'e ve Kıbrıs'ta 1946'ya kadar Mecelle'nin hükümleri tümüyle veya kısmi olarak uygulamaya konuldu. Mecelle maddeleri 1949'a kadar Suriye'de, 1951'e kadar Irak'ta ve 1976'a kadar Ürdün'de uygulanmaya devam edildi.⁷¹²

Filistin topraklarında Mecelle'nin uygulanması buraların Osmanlı hâkimiyetinde olduğu dönemde başlamış ve 1922 yılına kadar Mecelle'nin uygulanmasına devam edilmiştir. Daha sonraları İngilizlerin Filistin topraklarını işgal

⁷¹⁰ Mecellenin tatbik olunduğu ülkeler için bkz. *Osmanlı Ansiklopedisi 6. Cilt (Teşkilat)* 515 vs.; ayrıca Yugoslavya, Bulgaristan ve Batı Trakya'da Mecelle uygulamaları için bkz. Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi, Bursa 2017. 1-25.

⁷¹¹ Şimşirgil, İkinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, 59; Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Bursa, 2017, 3; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/233.

⁷¹² İkinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, 286; İkinci, *Osmanlı Hukuku*, 557.

etmelerine karşın Mecelle'yi yürürlükten kaldırmayarak kendi hukukî yasaları ile karışık şekilde uygulamaya devam edegelmişlerdir. Bu uygulama İsrail 1948 sonrasında bu toprakları işgal ettikten sonra da devam etmiş ve İsrail işgal ettiği bu topraklarda, şer'î mahkemelerde Müslümanlara yönelik olarak Mecelle'ye dayalı kanunları uygulamıştır. Mecelle'nin izlerine daha sonraları İsrail ve Ürdün'de yürürlükte olan aynî haklar ile ilgili hükümlerde rastlanmaktadır.⁷¹³

Mecelle ile Karadağ medenî kanunu arasında mukayeseler yapan Bosna-Hersekli İslâm hukukçusu Mehmed Begovic, Mecelle'nin kaldırılmasından sonra Bosna ve Hersek'te de yalnız şuf'a müessesesinin muhafaza edildiğini belirtmektedir. Begovic Bosna'da Mecelle'nin kaldırılmasından sonra hazırlanan Sırbistan ve Karadağ medenî kanunlarına önemli etkilerinin bulunduğunu ifade eder. Begovic özellikle vedia, rehin, şuf'a ve muhayyerliklerle ilgili hükümlerin tümüyle Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den alındığını belirtir.⁷¹⁴

Bulgaristan devleti oluşurken Mecelle'yi Bulgarcaya tercüme ederek yeni oluşan kanunlarına esas kabul etmişlerdir. Aynı şekilde Lübnan devletide 1934 yılında Mecelle kaldırıldıktan sonra hâkimlerin mevzuatta çözüm bulamadıkları olaylar ile ilgili Mecelle'ye başvurmaları şart kılınmıştır.⁷¹⁵

Güneydoğu Asya devletlerinde Mecelle'nin etkisinden söz edileceği zaman bugünkü Malezya'yı oluşturan eyaletlerden biri olan Johore'da da Mecelle'nin bir süre uygulandığı karşımıza çıkar. Yine Kuzey Afrika'da Tunus'ta yürürlüğe girmeyen "Santianna Kanunu" kanun tasarısının 300'den fazla maddesinde Mecelle'den istifade edilerek tasarı hazırlanmıştır. 15 Aralık 1906 tarihli "Tunus Akidler ve Borçlar Kanunu" ise Mecellede mukaddimesinde yer alan kavaid-i külliye ile ilgili ilk 100 maddenin önemli bir kısmını içinde barındırmıştır. Ayrıca Fas'ta "*Fas Borçlar Kanunu*"nda Mecelle'nin etkisine rastlanmaktadır.⁷¹⁶

⁷¹³ Ayrıca bkz. Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", 28/233-234.

⁷¹⁴ Konu ile ilgili bkz. Mehmed Begovic, *Similarities Between the Mecelle and the General Proprietary Code of Montenegro*, (Saraybosna: Bülten (Revue), 1987), 36/133-135.

⁷¹⁵ Bkz. Ekrem Buğra Ekinci: *İslâm Hukuku Tarihi*, 256 vd.

⁷¹⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", 28/234.

3.2.OSMANLI'DA MECELLE'NİN UYGULANDIĞI MAHKEMELER

Osmanlı tarihi klasik devir ve Tanzimat devri olmak üzere iki ana bölüme ayrıştırılarak incelenir. Tanzimat'ın *derin bir kırılma devri* olarak kabulü böyle bir ayırımı gerekli kılmıştır. Zira tanzimat ile beraber birçok alanda köklü değişiklikler yaşanmış ve Osmanlı toplumu yeni bir modernleşme ve yenileşme dönemi yaşamıştır.⁷¹⁷

Tanzimata kadar geçen dönemde Osmanlı Devletinde kişiler arasındaki hukukî uyuşmazlıkların çözümünde şer'iyeye mahkemeleri asıl çözüm mercii olarak görev yapmaktaydı. Bu dönemde zimmîlerin (İslâm ülkelerinde yaşayan gayri müslim tebaa) ahvâl-i şahsiye denilen şahıs, aile ve miras hukuku ile ilgili kendi aralarındaki anlaşmazlıkları cemaat mahkemelerinde; müste'men denilen İslâm ülkesine emanla giren yabancı gayri müslimlerin davaları da konsolosluk mahkemelerinde ele alınmaktaydı. Tanzimat ile beraber yeni çıkarılan kanunları uygulama görevi nizâmiye mahkemelerine verilmişti.⁷¹⁸

1286/1870 tarihli bir nizamname ile Nizamiye Mahkemeleri kuruldu. Böylece Osmanlı adli teşkilatında iki adli mahkeme ortaya çıkmış oldu. 1287/1876 tarihinde yayımlanan nizamnameler ile havale ve icra cemiyetleri kuruldu. Bu cemiyetlerde kendi alanlarında yetkileri şer'iyeye mahkemelerinin elinden alarak havale ve cira konularında kendileri uyguladılar.⁷¹⁹

Şer'iyeye ve nizâmiye mahkemeleri arasında bu dönemde sık sık yetki ve görev uyuşmazlıkları ortaya çıkmıştır. Nizamiye Mahkemelerindeki hâkim ile Şer'iyeye Mahkemelerindeki kadı, uyguladıkları esaslar bakımından farklı olmakla beraber, hangi kanunların hangi mahkemelerde uygulanması gerektiği konusunda yüksek yargı tarafından karar alınmak zorunda kalınmıştı.⁷²⁰

⁷¹⁷ İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması", 271-299.

⁷¹⁸ Ali Akyıldız, "Tanzîmât", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 40/1-10; M. Macit Kenanoğlu, "Nizâmiye Mahkemeleri", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33/185-187.

⁷¹⁹ 1284 tarihli *Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi*, Düstur, I. Tertib, 1/325 vd., md. 2; 1284 tarihli *Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesi*, Düstur, I. Tertib, 1/703 vd.

⁷²⁰ Nuri Tarhan, *Ahmet Cevdet Paşa, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, 4.

Bu konuda İstanbul Şer'iyye sicillerinde *Şer'îye ve Nizamiye mahkemeleri görevlerinin ayrılması* başlığı altında *talâk, nikâh, nafaka, hıdâne, hürriyet, rıkkıyet, kısas, diyet, erş, gurre, hükûmet-i adl, kasâme, gâib, mefkûd, vasiyyet ve miras da'vâlarının mehâkim-i şer'îyede görüleceği* ifade edilmiş *ticâret ve cezâ ve bilâ-devr güzeste ve nizâmen lâzım gelen zarar ve ziyân ve iltizâm bedelâtıyla konturato da'vâlarının dahi mehâkim-i nizâmiyede görüleceği* belirtilmiştir.⁷²¹

Mecelle hem şer'îyye hem de nizâmiye mahkemelerinde uygulanmak üzere çıkarılmış bir kanundur. Mecelle'nin ikinci kitabı olan *İcâre kitabının (Kitâbü'l-İcârât)* mazbatasında bu durum açıkça "...birinci kitapta olduğu gibi bu ikincikitap da bütün Şer'îyye ve Nizamiye Mahkemeleri'nde mer'i olmak üzere tab' edilmesi için..."⁷²² sözleriyle ifade edilmiştir.

Tanzimat'tan sonra nizâmiye mahkemelerinin kurulmasıyla, şer'îyye mahkemelerinin görev alanı oldukça daralmıştır. Bu doğrultuda şer'îyye mahkemelerinin yetkisi genel olarak ahvâl-i şahsiye denilen, yani sadece kişi, aile ve miras hukuku davaları ile sınırlı kalmıştır.⁷²³

Mecelle şer'îyye mahkemelerinin görev alanına dâhil olan hususlarda uygulanabilir olsa da, Kanun'un esas uygulama alanı nizâmiye mahkemeleridir. Nitekim Mecelle'nin çıkarılmasıyla ilk olarak nizâmiye mahkemelerinin ihtiyaçlarını karşılamak amaçlanmıştır.⁷²⁴

Şer'îyye mahkemeleri ile nizâmiye mahkemelerinin görev alanlarının netleşmemesinden kaynaklanan karışıklıklar 17 Mart 1304 (29 Mart 1888) tarihinde Dersaadet ve Vilâyet İstînâf Müdde-i Umûmîliği'ne yazılan genel yazıda ifade edilmiştir. Bu yazıda davaların, her iki tarafın razısı halinde şer'îyye mahkemelerinde görülmesi gerektiği ifade edilmekle beraber hürriyet, kısas, kasâme, diyet, kölelik, hıdâne, vasiyet, miras, talâk, nikâh, nafaka, hükûmet-i adl, erş, gurre,

⁷²¹ *İstanbul Kadı Sicili- İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil* (h. 1280-1329 / m. 1863-1911) Proje Yönetmeni: M. Âkif Aydın Editör: Coşkun Yılmaz, (İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, 2019), 270.

⁷²² Düstur, I. Tertib, 1/20 vd.; Kaşıkçı, *Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle*, 97 vd.

⁷²³ Nuran Koyuncu, *Mecelle Üzerine Etütler I (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Hukuki Değeri, Yürürlüğü ve Uygulanması ile İlgili Bazı Değerlendirmeler)*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2020), 63-65.

⁷²⁴ Aydın, "Mecelle", 233.

gâib ve mefkûd konularındaki davalarının şer‘iyye mahkemelerinde; ticaret, ceza, zarar, ziyan, iltizâm bedelleri ve konturato davalarının ise nizâmiye mahkemelerinde görüleceği ifade edilmiştir.⁷²⁵

3.2.1.Temyiz mahkemesi

Osmanlı devletinde hukuk ve ceza davalarını temyizen inceleyen ilk mahkeme *Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye*’dir. 13 Zilkade 1286 (14 Şubat 1870) tarihinde Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye reisliği nezârete dönüştürüldü. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye başkanı olan Cevdet Paşa da bu tarihten itibaren nâzır görevine devam etti. Mecelle’nin uygulamasına asıl yön veren mahkeme mahkeme-i temyizdir. Mahkeme-i Temyiz, birinci derece mahkemelerin veya istinaf mahkemelerinin temyiz edilen ilamlarını, usûl ve esas yönüyle kanuna uygunluğunu inceleyen en üst mahkemedir.⁷²⁶

Temyiz mahkemesinde bir ilama yapılan itirazlar bozma kararı için yeterli görülme dahi 22.06.1879 tarihli *Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati*’de yer alan 241. maddede “*Bir ilamın nakzı için dermeyan olunan itirâzât nakza kâfi olmasa bile ol ilam sarahaten kanun ve usûl-ı muhâkemeye mugâyir görünür ise nakz olunur.*” sözleriyle ifade edildiği üzere ilam açıkça kanun ve yargılama usûlüne aykırı ise o ilam bozulur.⁷²⁷

1879 tarihli *Teşkilat ve Hukuk Usulleri Kanunu*’nun 40. maddesine göre Mahkeme-i Temyiz, hukuk ve ceza daireleri olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Ceza dairesinde on, hukuk dairesinde ise altı üye yer almaktaydı.⁷²⁸

3.2.2.Şer'iyye Mahkemeleri

Şer‘iyye Mahkemeleri, Osmanlı Devleti’nin başlangıcından Tanzimat’a kadar geçen zamanda karşılaşılan her türlü hukuki uyuşmazlığın çözümü için var olan mahkemeleridir. Tanzimat döneminde şer‘iyye mahkemeleri, başında Şeyhulislâm’ın bulunduğu *Bâb-ı Vâlâ-yı Fetvâ* adlı kuruma bağlanmıştır. Bu kurum *Fetvâhâne*,

⁷²⁵ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 440, 2 Şaban 1305, 4861.

⁷²⁶ <https://www.yargitay.gov.tr/tarihce>, Erişim Tarihi: 07.03.2023.

⁷²⁷ *Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati, Düstur*, I. Tertip, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1293, 4/257.

⁷²⁸ <https://www.yargitay.gov.tr/tarihce>, Erişim Tarihi: 07.03.2023.

Meclis-i Tetkikât-ı Şer‘iyye ve Meclis-i İntihâb-ı Hükâm-ı Şer‘î adlı bölümlerden oluşmaktaydı. Fetvâhâne ve Meclis-i Tetkikât-ı Şer‘iyye, şer‘î mahkemeler tarafından verilen kararların temyiz makamıolarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme kararının şer‘î hükümlere ve var olan yasalardaki usûle uygun olup olmadığını Fetvâhâne denetlemektedir. Mahkeme kararının reel şartlara uygun olup olmadığını ise Meclis-i Tetkikât-ı Şer‘iyye denetlemektedir.⁷²⁹

3.2.3. Nizâmiye Mahkemeleri

Nizâmiye mahkemelerinin resmî ilk oluşumu 7 Kasım 1864 tarihli *Vilâyet Nizamnâmesi* ile başlamaktadır. Daha sonra 1868 tarihli *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Esâsîsi*, 1870 tarihli *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Dâhilîsi*, 1872 tarihli *Mehâkim-i Nizâmiye Hakkında Nizamnâme* ve 1879 tarihli *Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati*’ kanunname ve nizamnâmeleri, Nizâmiye mahkemelerinin kuruluş ve gelişim sürecinde etkili olmuştur.⁷³⁰

Ali Haydar Efendi 1909 yılında *Ceride-i Adliye* dergisinin 1. sayısında kaleme aldığı “*Mehâkim-i Nizâmiye Vezâifinin Takyîdi*” başlıklı yazıda, nizâmiye mahkemelerinin yetki ve görev bakımından sınırlarını ele almıştır.⁷³¹

Ceride-i Mehâkim ve *Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye* adlı dergilerde yer alan nizâmiye mahkemeleri kararları Mecelle’nin uygulanışı yönünden önemli bir kaynak niteliğindedir. *Ceride-i Mehâkim*’de Mecelle’nin nizâmiye mahkemelerindeki uygulanışını temyiz düzeyindeki kararlarına örneklerle karşılaştırılır. Söz konusu kararlar aynı zamanda bidâyet (ilk derece) ve istinaf mahkemesi kararlarını da özetlemesi bakımından önem ifade etmektedir.⁷³²

⁷²⁹ Ahmet Akman, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler”, Sayı: 1, MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019, 8/446.

⁷³⁰ Kenanoğlu, “Nizâmiye Mahkemeleri”, 33/185.

⁷³¹ Ali Haydar Efendi, *Mehâkim-i Nizâmiye Vezâifinin Takyîdi*, *Ceride-i Adliye*, Sayı: 1, 5 Kânunuevvel 1325, (Mehâkim), 25-27.

⁷³² Muhammed Ceyhan, “Tanzimat Dönemi Sonrası Şer‘iyye Sicil Defterlerinin Muhteva ve Diplomatik Açıdan Tahlili”, OTAM, Sayı: 29, Bahar 2011, 65

3.3.MECELLE'NİN İCÂRE AKDİ HÜKÜMLERİNİN MAHKEMELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Mecellenin icâre akdi ile ilgili hükümleri 1873-1915 yılları arasında Şer'îyye ve Nizâmiye Mahkemeleride uygulanmıştır. Mecelle'nin bu mahkemelerde uygulanması ile ilgili bazı karar örneklerinin ele alınması Mecelle'nin uygulanmasını ortaya koyması açısından önemlidir.

Bu konuda vereceğimiz ilk örnek Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye'de geçen ve Mecelle'nin 429. maddesi gereği ortak mülkiyet hissesinin ortaklar dışında birine kiraya verilememesini ifade eden, bundan dolayı da fâsid bir kira sözleşmesi haline gelmiş Ali Efendi, Sabri Bey ve Tayyibe Hanım arasında cereyan eden vakıadır.⁷³³

Zira Mecelle'nin 214 ve 215. maddelerine göre⁷³⁴ bir kimse malını ifraz, etmeden önce hisseli olan malını hisse ortağından izin almadan üçüncü bir şahsa satabildiği halde, 429. maddesine göre ortaklı malındaki hissesini ortağı dışındaki üçüncü bir şahsa kiralayamaz. Kiralarsa bu durumda icâre fasit olur, müste'cirden ancak ecr-i misil talep edebilir. Fakat malda sıra ile kullanma hakkı yani muhâyee varsa, muhâyee'den sonra nöbet sırasını kiraya verebilir.⁷³⁵ Fakat 429. maddeye daha sonra yapılan ek maddeye göre “*Şüyû-u aslî icâreyi ifsâd etmez. Binaenaleyh gerek kâbil-i taksim olsun ve gerek olmasın, bir kimse hisse-i malume-i şâyiasını şerîkine icâr edebileceği gibi ahere de icâr edebilir.*”. Bu çerçevede ortaklı malın hisselerinin üçüncü bir şahsa da kiralanabileceği hükme bağlanmıştır.⁷³⁶

Sabri Bey, Şerafeddin ve Tayyibe Hanım'ın ortak bir bağı vardır. Ali Efendi dava konusu olan bu bağı Tayyibe Hanım'dan kiralamış ve içine Şerafeddinden izin alarak bir kulübe inşa etmiştir. Sabri Bey ise Ali Efendi'nin bu bağdan tahliye edilmesini istemektedir. Söz konusu uyuşmazlık üzerine Ali Efendi Üsküdar Bidâyet Mahkemesi'ne başvurarak, bağdaki ekinler olgunlaşana kadar kiralananın kullanımının engellenmemesini; sözleşmenin tarafı olan Tayyibe Hanım'a kira bedeli

⁷³³ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 5, 1330, 4/142.

⁷³⁴ Mecelle'nin 214. maddesinde “*Bir mülk sahibi hisseleri ifraz edilmeden önce miktarı belli olan hisselerinin mesela yarısı veya üçte biri veyahut onda birini satabilir.*” ve 215. maddesinde “*Bir kimse kendisine ait olan hissesini ortağından izin almadan üçüncü bir şahsa satabilir.*”denilmektedir.

⁷³⁵ Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/25; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, (Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, 1954), 166.

⁷³⁶ *Ceride-i Adliye*, 1340, Sy. 25, s. 904-905.

olarak verdiği miktarın geri alınmasını ve diğer ortak Şerefeddin'in emri ile yaptırdığı kulübenin kendisine teslimini talep etmiştir. Bu talebe dair dava dilekçesinde “mezruâtın vakt-i idrâkine kadar me'cûrdan ref'-i yed ettirilmemesini ve âkid sıfatıyla Tayyibe Hanım'ın kendisinden makbûz olan yedi yüz sekiz kuruş bedel-i icârın Tayyibe Hanım'dan istirdâden tahsilini ve hissedârândan Şerefeddin Efendi'nin emrine binâen inşa etmiş olduğu kulübenin dahi tarafına teslimini talep ve dava eylediği” ifade edilmektedir.⁷³⁷

Bidâyet Mahkemesi tarafları dinledikten sonra “...mahall-i mezkûrun keşfi icra kılındıktan sonra davet-i vâkıya icâbet etmeyen Sabri Bey ve müvekkillerinin gıyâbında ve Tayyibe Hanım'ın vicâhında müddeî-i umûmi huzuruyla icra kılınan muhâkeme ve tetkikât neticesinde mezkûr kulübe müddeî tarafından inşa edildiği keşfen icra kılınan tahkikâtla anlaşılmış olduğundan mezkûr kulübeyi başka yere nakledebileceği gibi mezruât-ı mezkûreyi dahi taht-ı istîcârında bulunduğu zamanda zu'm-ı şer'îye binâen zira' ettiği inde'l-muhâkeme tahakkuk etmiş olmakla mezruât-ı mezkûre kıymetinin hissedârândan hisse-i musîbelerine göre ber-mûceb-i rapor müddeîaleyhimâdan bi't-tahsil müddeîye i'tâsına ve mezruâtın dahi müddeîaleyhime terkine ve Tayyibe Hanım'ın fuzûlen makbûzu olan sâlif-üz zikr yedi yüz sekiz kuruş bedel-i icârenin de müddeîye def' ve teslimine dair sâdır olan ilamın inde'l-itiraz tasdikine hüküm ve karar verildiği” şeklinde karar vermiştir. Yani kulübenin başka bir yere nakli mümkün olduğundan başka yere nakline hükmetmiştir. Ayrıca ekinlerin kira zamanında za'nn-ı şer'î ile yani hukuka uygunluk zannı ile ekildiğini tespit etmiş ve bu ekinlerin değerlerinin ortaklardan hisseleri oranında tahsil edilerek davacıya verilmesine hükmetmiştir. Mahkeme Tayyibe Hanım tarafından kira bedeli olarak alınan 708 kuruşun davacıya teslim edilmesine ve ekinlerin davalılara terkine karar vermiştir.⁷³⁸

Sabri Bey, “Müsted'î-i temyiz Sabri Bey tarafından i'tâ kılınan lâyiha-yı temyiziyyede hissedârândan Tayyibe Hanım tarafından fuzûlen vukubulan akd-i icâra binâen me'cûrun mümeyyizaleyh tarafından ziraatinde zu'm-ı şer'î vücudunun kabul olunması kendileri hakkında gayr-ı câiz iken mahkemece ber-minvâl-i muharrer karar verilmesi yolsuz ve mugâyir-i usûl ve kanun olduğundan bahisle ilamın nakzı talep ve istid'â olunmuştur.” cümleleriyle itiraz ettiği mahkemenimn kararını doğru

⁷³⁷ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 5, 1330, 4/142.

⁷³⁸ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 5, 1330, 4/142-143.

görmediğini ifade ederek Bidâyet Mahkemesi kararını temyize göndermiştir. Sabri Bey Tayyibe Hanım hakkında mahkemenin ifade ettiği yetkisiz yapılan kira sözleşmesinde hukuka uygunluk zannının kabul edilmesini doğru görmemiştir.⁷³⁹

Temyiz Mahkemesi, “*Îcâbı müzâkere olundukta keyfiyet her ne kadar ber-vech-i bâlâ bi’r-rü’ye taht-ı hükme alınmış ise de mezkûr bağ dâhilindeki mezruâtın zaman-ı idrâki hulûl edinceye değin ecr-i mislinin i’tâsıyla bulundukları mahalde kalması muktezi bulunduğu hâlde mahkemece bu cihet nazar-ı dikkate alınmayarak mezruât-ı mezkûrenin kıymeti şürekâdan ahz olunarak kendilerine temlikine karar verilmesi yolsuz ve muhâlif-i usûl ve kanun olduğundan Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu’nun iki yüz kırk birinci maddesi mücebince ilam-ı mezkûrun nakziyla...*” şeklinde kararını beyan ederek ekinlerin olgunlaşma zamanına kadar kira bedeli olarak ecr-i misil ödenerek bulundukları yerde bırakılmaları gerektiğini ifade etmiş ve mahkemenin kararını yanlış görerek bozmuştur.⁷⁴⁰

Temyiz Mahkemesi’nin verdiği bu karar aynı zamanda Mecelle’nin 526. maddesine de uygunluk gösterir. Bu maddede “*Kira süresi mahsulün olgunlaşmasından önce tamamlanırsa, mahsul olgunlaşana kadar kiracı ecr-i mislini ödeyerek ürününün tarlada kalmasını sağlayabilir.*”⁷⁴¹ hükmü yer almaktadır. Mal sahibi dilerse kiracıdan tarladaki ürünü hemen kaldırmasını talep edebilir. Çünkü Mecelle’nin 1192. maddesinde belirtildiği gibi “*herkes mülkünde keyf-e mayeşa’ tasarruf eder.*” Yani kişi mülkünde tasarruf sahibidir. Bu durumda kiracı arazi sahibinin rızasını alarak mahsul olgunlaşana kadar ecr-i mislini de ödeyerek ürününün tarlada kalmasını sağlayabilir.⁷⁴²

Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye’de geçen ve Mecelle’nin uygulamasına dair bir diğer örneğimiz de Mecelle’nin 470. maddesinin uygulamasına yöneliktir. Bu maddede “*sahih) bir kira sözleşmesinde menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekir.*”⁷⁴³ hükmü yer almaktadır. Söz konusu maddede kullanılan “*menfaatten faydalanmaya muktedir olmak*” cümlesi önemlidir. Zira menfaatten faydalanmaya muktedir olmak hali henüz menfaat

⁷³⁹ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 5, 1330, 4/143.

⁷⁴⁰ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 5, 1330, 4/143.

⁷⁴¹ Mecelle, 526. madde

⁷⁴² Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/604; Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 3/106.

⁷⁴³ Mecelle, 470. madde

gerçekleşmediğinde de mevcuttur. Burdan kasıt menfaat elde etmeye gücü olmak, güç yetirebilme kabiliyetidir. Sahih olan bir İcârede menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekir. Kiracının kiralanan malı kullanıp kullanmamasına bakılmaksızın kiraya verenin, kira ücretini talep edilebilmesi için malın teslim edilmesi şarttır.⁷⁴⁴

Konumuza örneklik teşkil eden vakıada kira ücretinin ödenmemesi nedeniyle Orman, Maden ve Ziraat Nezâreti ile bu Nezâret'e ait olan bir lokantayı kiralayan Ali Efendi arasında anlaşmazlık söz konusu olmuş ve Nezâret konunun hallolması için konuyu Dersaadet Bidâyet Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi'ne taşımıştır. Mekteb-i Sanâyi dairesi içinde yer alan lokanta, 1316 yılı kanun-ı sâni ayından itibaren aylık iki liraya üç yıllığına Ali Efendi'ye kiraya verilmiştir. Fakat Ali Efendi Mart 1317 tarihinden itibaren kirayıödemeyerek dükkânı kapatıp gitmiştir. Nezâret vekili ödenmeyen 7 aylık kiranın faiziyle beraber ödenmesini ve kira sözleşmesinin feshedilerek lokantanın icra yoluyla tahliye edilmesini talep etmiştir. Konuya dair “...Orman ve Maden ve Ziraat Nezâreti vekili Dersaadet Bidâyet Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi'ne bâ-arzuhâl müracaatla mezbur Ali Efendi Mekteb-i Sanayi' dairesi dâhilindeki lokanta mahalini üç yüz on altı senesi kanun-ı sânisinden itibaren şehri iki Osmanlı lirası ücret ve üç sene müddetle istîcâr ettiği hâlde üç yüz on yedi senesi mart gâyesinden sonra bedel-i îcâr vermemiş ve lokantayı dahi sed ile gitmiş olduğundan on yedi senesi nisan ibtidasından itibaren müterâkim yedi aylık on dört Osmanlı lirasının mea-fâiz tahsilini ve akd-i vâki'in feshiyle me'cûrun mea-icra-yı muvakkat tahliyesini talep ve dava ve bir kıt'a konturato ibraz ve i'tâ...” malumatları Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye'de geçmektedir.⁷⁴⁵

Davalı olan Ali Efendi mahkemede kira sözleşmesi sırasında Nezâret dairesine dışarıdan satıcıların girmesine izin verilmeyeceği konusunda anlaştıklarını fakat Nezâret'in bu şartı yerine getirmediğini ifade etmiştir. Ali Efendi bunun üzerine dışarıdan satıcıların girişlerinin önlenmesi için başvuru yaptığını fakat başvurusunun rededildiğini ve lokantadaki eşyalarının zabt edildiğini belirtmiş, bundan dolayıda lokantayı terk ettiğini belirtmiştir. Konu Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye'de “...müddeâleyh Ali Efendi dahi işbu mukâvelenâme mücebince me'cûrda üç yüz on yedi senesi nisan ibtidasına kadar ikamet etmiş ise de hîn-i akitte

⁷⁴⁴ Reşid Paşa, a.g.e., 3/64.

⁷⁴⁵ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 9, 1330, 4/296.

Nezâret dairesine hariçten satıcı duhûlüne müsaade olunmayacağı mukâvele olunduğu hâlde satıcılara müsaade olunmuş ve men 'i hakkında vukubulan müracaatı dahi reddedilip me 'cûrdaki eşyası zabt edilmiş ve kendisi de me 'cûru terk ile çıkmış olduğunu müdafaaten beyan ve inbâ etmesi üzerine..." cümleleriyle beyan edilmiştir.⁷⁴⁶

Bidâyet Mahkemesi "...icra kılınan muhâkeme ve tetkikât neticesinde mezkûr lokantanın üç yüz on yedi senesi ibtidâsında terk olunduğu tasâduk-ı tarafeynle sâbit olduğuna ve mukâvelenâmenin yedinci bendinde bedel-i îcârı beher şehr-i rûminin onuncu gününe kadar te'diye olunmadığı hâlde mü 'cirin me 'cûru âhara îcâra hakkı olacağı ve bu sûretle fesh-i îcârdan dolayı müste 'cirin zarar iddiasına salâhiyeti olamayacağı meşruh bulunmasına mebnî işbu bend mûcebince nisanın onuncu günü gerek re'sen ve gerek mahkemeye müracaat etmek sûretiyle resmen fesh-i akitte Nezâret-i müşârünileyhanın salâhiyeti derkâr olduğu cihetle sükût ettikleri müddet bedel-i îcârını müste 'cirden talebe hakkı olamayıp ancak mezkûr nisan ibtidâsından on günlük altmış altı kuruş yirmi altı para bedel-i îcârın müddeâleyhden tahsiline.."⁷⁴⁷ şeklinde hükmünü beyan etmiştir. Bu çerçevede yapılan inceleme ve mahkeme sonucunda her iki tarafın da tasdik etmesiyle belirtilen lokantanın 1317 yılının başında terk edildiği, taraflar arasında yapılan mukavelenin yedinci bendine göre her Rumi ayın onuncu gününe kadar kira ücretinin ödenmesi gerektiği, ödemediği takdirde kiraya verenin kiralanan lokantayı başkasına kiralayabileceği ve bu durumda kiracının zarar iddiasında bulunamayacağı ortaya çıkmıştır. Nezâret ise ayın onuna kadar kira ödenmediği halde mahkemeye başvurarak akdi feshedebilme imkânı varken bunu yapmadığından, mahkeme sükût edilen sürenin kira ücretinin talep edemeyeceğine, ancak Nisan ayının başlangıcından itibaren 10 günlük 66 kuruş paranın kira ücreti olarak ödenmesine karar vermiştir.

Karar Dersaadet İstinaf Hukuk Mahkemesi tarafından onaylanmış ve karar Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuş olsa da, İstinaf Mahkemesi kararında ısrar etmiştir. Aradaki anlaşmazlık Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu tarafından ele alınarak çözümlenmiştir. Mecelle'ye atıf yapılmadığı halde karardaki değerlendirmeleri Mecelle hükümleri ile paralellik gösteren karar çerçevesinde Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu, kiranın zamanında ödenmemesi durumunda

⁷⁴⁶ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 9, 1330, 4/296-297.

⁷⁴⁷ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 9, 1330, 4/297.

kiraya verenin akdi feshetme hakkının olduğu, kiracının kira konusu maldan yararlanma imkânı varken yararlanmaması sebebiyle kira ücretini ödeme sorumluluğundan kurtulamayacağını ifade edilmiştir.⁷⁴⁸

Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu, Bidâyet Mahkemesi'nin Nezâret'in akdi fesih hususunda beyanda bulunmamasını susma (sükût) olarak değerlendirmesi doğru kabul etmemiştir. Mecelle'nin 438. maddesine göre, kira sözleşmesinde sükût, rıza ve kabul anlamına gelmektedir. Yine Mecelle'nin 472. maddesinin üçüncü fıkrası bu maddenin açıklaması mahiyetinde olup *“Bir kimsenin, sözleşme yapmadan ve izin almadan başkasının malını kullanması durumunda, o mal kiraya verilebilir bir mal ise eciri misil ödemesi gerekir, kiraya verilebilir bir mal değilse ücret gerekmez. Ama mal sahibi ücret talep ettikten sonra da kullanması halinde o mal kiraya verilebilir bir mal değilse bile ücret ödenmesi gerekir. Zira bu durumda kullanmış olması ücrete razı olma anlamını ifade eder.”* şeklinde ifade edilmektedir. Bu maddede kişinin malı kullanmaya devam etmesinin rıza anlamına geldiği ifade edilmektedir.⁷⁴⁹ Bu maddelere rağmen Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu kişinin hakkını kullanmayı geciktirmesini sükût olarak kabul etmemiştir. Fakat kiracının kira konusu malı terk etmesiyle kira borcundan kurtulamayacağını beyan etmiştir.⁷⁵⁰

3.4.KADI SİCİLLERİNDE GEÇEN İCAREYLE İLGİLİ BAZI KARAR ÖRNEKLERİ

Osmanlıda mahkemelerde verilen kayıt ve kararların toplandığı defterler kaynaklarda sicillât-ı şer'îyye, şer'îyye sicilleri veya kadı sicilleri adıyla ifade edilir. 1455 tarihli olarak tutulan Bursa şer'îyye sicilleri Osmanlı Devleti'nde tutulan ilk şer'îyye sicilleri örnekleridir. Bu kayıtlar 20. Yüzyıl başlarına kadar tutulmaya devam edegelmiştir. Ahmet Akgündüz'ün *Şer'îye Sicilleri: Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler* adlı eserinde belirttiği kadarıyla 9883'ü İstanbul'a ve 6960'ı diğer şehirlere ait yaklaşık 17.000 adet defter kaydından söz edilmiştir. Bu

⁷⁴⁸ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 9, 4/297-298.

⁷⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/477.

⁷⁵⁰ Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, Cüz: 9, 1330, 4/298.

defterlerde Osmanlı toplum yapısı, iktisadi ve hukuki durum açısından önemli kayıtlar yer almaktadır.⁷⁵¹

Biz burada Mecelle'nin yayınlanmasından sonra kadı sicillerinde geçen icare akdi ilgili bazı karar örneklerini misal verdik.

İlk olarak İstanbul Kadı Sicillerinde 334 Numaralı Sicilde (h. 1280-1329 / m. 1863-1911) geçen İcareteyn akdine dair bir örnek ile başlayalım. Bu sicilde *İcâreteyn ile tasarruf edilen vakıf mallardan bölünmesi mümkün olmayan veya bölünmesinde vakfın zararı olduğunda Mecelle'nin ilgili hükmüne uyulması*⁷⁵² gerektiği ifade edilmiştir. İcareteyn sözlükte *çifte kiralama* veya *iki kira bedeli* anlamındadır. İstilahta ise *vakıf olan bir akarın gerçek kıymetine yakın veya eşit peşin kira bedeli (icâre-i muaccele) ve buna ilâve olarak her ay yahut yılsonunda ödenecek veresiye kira bedeli (icâre-i müeccele) karşılığında kiraya verilmesi* anlamında bir fıkıh terimidir. Yani icareteyn biri peşin, diğeri veresiye olmak üzere vakıf akarlarda uygulanan çift kira bedelli uzun süreli kira akdidir.⁷⁵³

İcareteyn aylığı yahut yıllığı şu kadar denilerek yapılmış olan bir akittir. Bu konuda Mecelle'nin 487. maddesindeki hükümler geçerli olmaktadır.⁷⁵⁴

İstanbul Kadı Sicillerinde 334 Numaralı Sicilde *Bi'l-icâreteyn tasarruf olunan müsakkafât-ı mevkûfeden taksîmi gayr-ı kabil veyâhûd taksîmi vakıf hakkında muzır olan müsakkafâtın şâyi'an mutasarrıfları beynlerinde tasarrufça münâza'a vuku'unda bi'l-cümle şürekânın rızâ ve muvâfakatlarına bakılmayarak hükkâm-ı şer'îye tarafından müheyyât icrâ kılınması husûsuna Mecelle Cem'iyeti'nden vuku' bulan ifâde üzerine Meclis-i Mahsûs-ı Vükelâ karârıyla bi'l-istizân irâde-i seniyye-i hazret-i pâdişâhî müte'allik ve şeref-sudûr buyrularak keyfiyet gazetelerle i'lân ettirildiği gibi icâb eden mahallere dahi bildirilmiş olmağla ba'de ezîn hükm-i celîl-i irâde-i seniyyeye tevfiķan ifâ-yı mu'âmeleye himmet buyurulması siyâkında tezkire-i senâverî terkım kılındı.*⁷⁵⁵ denilmektedir. Bu çerçevede arada oluşan anlaşmazlığın

⁷⁵¹ Ahmet Akgündüz, *Şer'îye Sicilleri: Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler*, (İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, 1988).

⁷⁵² İstanbul Kadı Sicilleri, 334 Numaralı Sicil, 184.

⁷⁵³ Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*, 1/757-758.

⁷⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/818.

⁷⁵⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, 334 Numaralı Sicil, 184.

Mecelle'nin ilgili maddesi çerçevesinde çözüme bağlandığı ve 16 Recep 1296 Hicri 24 Haziran 1295 Rumi takvim tarihinde Ahmed Esad ifade edilmektedir.

Kadı sicillerinde icare akdi ile ilgili bir diğer örneğimizde h. 1310-14 yılları arasında tutulmuş olan 156 nolu Ayntab Şer'îyye Sicilindeki örnektir. O tarihlerde Ayntep, Halep ayaletine bağlı bir sancaktır. 76 dava numarası ile belirtilmiş olan bu davada Medîne-i Ayntab'da Seng-i Tavîl Mahallesi ahalisinden Abacı İmam Hüseyin Ağa b. Lokman b. Ca'fer adlı şahsın birkısım vakıf mallarını müteveli olarak icare etmesinden söz edilmiştir. Muteveli olması hasebiyle bu mallardan elde edilecek olan gelirleri ne şekilde kullanacağı dava ilamında ifade edilmiştir. Bu mallar birkısım dükkânlar ve fıstık arazileridir. Bu arazilerden elde edilen gelirlerin kiralanmış olan bu mallarda yapılacak tamiratlarda kullanılmasından söz edilmiştir. Ayrıca elde edilen kira gelirlerinden *Tuz hanı civârında vaki' binâ ve ihdâs eylediğim Arslanlı nâm fıstıklık kanevatçı ücretiyle*⁷⁵⁶ fıstıklıklara suyollarının yapılması karşılığı ücret ödenmesinden söz edilmiştir. Bu konudaki hükümler Mecelle'de yer alan 595. maddede “*Kiralanan malın geri verilmesi ve iade edilmesi için yükleme ve me'ûnete (külfet, sıkıntı, diğer giderler) ihtiyaç var ise, bu durumda nakliye giderleri kiraya verene ait olur.*” cümleleriyle sorumluluk mal sahibine yüklenmiştir. Bu örnekte de vakıf malının mütevellisi mal sahibi hükmünde olup bu konulardaki giderlerin karşılanması ile sorumlu tutulmuştur.

Görüldüğü gibi kadı sicillerinde davanın seyriyle ilgili ayrıntılar belirtilmemiştir. Sadece dava konusuna değinilmiş ve verilen hükümden söz edilmiştir. Davanın mahkemede nasıl bir yargılamaya tabi olduğu, yargılamanın seyri ifade edilmemiş sadece ilam durumu yani nasıl bir hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

⁷⁵⁶ *Ayntab Şer'îyye Sicilleri*, 156 Numaralı 167-250, 1-93 ve 1-8 sahifelerden oluşan (dava başlangıç numarası 293'le başlayan) sicil, (Dava No: 76), Numero 367, 117.

3.5.CERÎDE-İ MEHÂKİMDE GEÇEN İCAREYLE İLGİLİ BAZI KARAR ÖRNEKLERİ

Adalet Bakanlığı tarafından günümüzde de yayımı devam eden Adalet Dergisi, ilk olarak 1873 yılında *Cerîde-i Mehâkim* adıyla yayınlanmıştır. Yayınlanmasına haftalık olarak başlanan dergi tarih sırasına göre günümüze kadar *Cerîde-i Mehâkim*, *Cerîde-i Mehâkim-i Adliye*, *Cerîde-i Adliye*, *Adliye Cerîdesi*, *Adliye Dergisi* ve son olarakta *Adalet Dergisi* isimleriyle yayım hayatına devam etmiştir.⁷⁵⁷

Cerîde-i Mehâkim Mahkemeler Gazetesi anlamına gelir ve ilk olarak 23 Safer 1290 (21 Nisan 1873) tarihinde yayınlanmaya başlamıştır. 22 Cemâziyelâhir 1319 (6 Ekim 1901) tarihine kadar yayınlanan dergi toplam 1154 sayı olarak yayınlanmıştır. Daha sonraki sayılar *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* (Adlî Mahkemeler Gazetesi) adıyla devam etmiş ve 4 Receb 1326 (2 Ağustos 1908) tarihli 698'inci sayıya kadar derginin yayını devam etmiştir. 23 Temmuz 1908'de İkinci Meşrutiyet'in ilânından sonra dergi *Ceride-i Adliye* (Adliye Gazetesi) adıyla yayın hayatına devam etmiştir. İlk sayısı 5 Kânunuevvel 1325 (18 Aralık 1909) tarihinde çıkarılan derginin sayfa sayısı artırılarak 15 günlük periotlar halinde yayınlanmasına karar verilmiştir.⁷⁵⁸

Ceride-i Adliye 1909-1919, 1922-1928 ve 1928-1929 şeklinde üç dönem hâlinde yayınlanmıştır. Daha sonra 1929-1943 arası *Adliye Ceridesi*, 1944'te *Adliye Dergisi*, 1945'de ise *Adalet Dergisi* isimleriyle günümüze kadar ulaşan dergi hukuki incelemeler, tercüme kanunlar ve karar örnekleri bakımından önemli bir kaynaktır.⁷⁵⁹

Ceride-i Mehâkimde Temyiz Mahkemesi'nin karar metinleri aynen yer almaktadır. Kira bedelinin ödenmesi, kiralandan malın sözleşme şartlarına uygun olarak kullanımı, kiraya verenin süre sonunda malı teslim alma sorumluluğu ve kira bedeli uyuşmazlıklarında yapılması gerekenler gibi Mecelle'de İcâre akdine ilişkin birçok konu yer almaktadır.

⁷⁵⁷ <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/index.html#portfolio>, (Erişim Tarihi: 03.04.2022).

⁷⁵⁸ Hulusi Yavuz, “*Cerîde-i Mehâkim*” ve “*Cerîde-i Adliyye*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/404-405, 408-409.

⁷⁵⁹ bkz. <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/index.html#portfolio>, (Erişim Tarihi: 03.05.2022).

İcâre akdi ile ilgili Ceride-i Mehâkim'nin 11 Şaban 1299 tarihli 155. sayısı ile 18 Şaban 1299 tarihli 156. sayılarında İsmail Paşa ile Şehremâneti arasındaki kira bedeli ile ilgili davadan söz edilmektedir. Eski sadrazam Hüsrev Paşa'nın eşi olan Huriye Hanım, İsmail Paşa'nın kızkardeşidir. İsmail paşaya bu kız kardeşinden Bahçekapısı Hamidiye türbesinin karşısında olan bir konak veraset ve intikal yoluyla miras olarak kalır. *“Hemşiresi sadr-ı esbak merhum Hüsrev Paşa halilesi müteveffât Huriye Hanım'dan irsen ve müntakilen mutasarrıf olduğu Bahçekapısı'nda Hamidiye türbe-i şerîfesi karşısında vâki' bir bâb konağın bedel-i icârından dolayı Şehremanet-i celilesiyle miyânelerinde mütekevvîn dava hakkında”* sözleriyle başlayan dava ilamı, aslında Huriye Hanım hayattayken açılmıştır. İsmail Paşa ise bu kız kardeşine mirasçı olduğundan ve konağın ilam zamanındaki kullanıcısı ve sahibi olduğundan sonradan davanın tarafı hâline gelmiştir.⁷⁶⁰

Dava ilamında konunun devamına dair var olan *“mûmâileyh İsmail Paşa'nın irsen tasarruf eylediği Hamidiye türbe-i şerîfesi karşısında vâki' bir bâb konak seksen altı senesi Ağustos'unun on beşinci gününden itibaren senevî yetmiş beş bin kuruş kira ve lira-yı yüz beş kuruş hesabıyla Emanet-i müşârünileyhaya icâr olunmuş ve doksan senesi Kânun-ı sânisî ibtidasına kadar mürûr eden müddet kirası ahz u istifâ edildiği gibi tarih-i mezburdan doksan iki senesi Teşrin-i sânisine kadar geçen yirmi üç ay müddetin bedel-i icâresi bulunan yüz kırk üç bin yedi yüz elli kuruşun kırk üç bin yedi yüz elli kuruşu dahi ahz u kabz olunup fakat küsuru olan yüz bin kuruşu Emanet-i müşârünileyha mezkûr konağın tahtındaki duvar güya kule-i zemin mahalli olduğundan bahisle tevkîf eylemiş ise de işbu duvarın kule-i zemin mahalli olmayıp konağın müştemilâtından bulunduğu ber-nehc-i şer'î tahakkuk eylediğini ve mezkûr konağın doksan iki senesi Kânun-ı evvelî ibtidasından doksan üç senesi Nisan gagesine değin mürûr eden beş aylık kirası lira farkı ileride tediye olunmak üzere kaime olarak verildiğini ve Emanet-i müşârün-ileyha işbu konağı bi't-tahliye miftâhını müvekkilesine teslim etmeksizin muhâcirin iskânına tahsis ederek doksan üç senesi Mayıs ibtidasından şimdiye değin geçen müddet kirasını vermedikten başka mezkûr konağın her tarafından ve hattâ tahtında vâki' dört bâb mağazanın harap olmasına ve bu mağazaların bir senedir boşa kalmasına sebep-i müstakil olmuş*

⁷⁶⁰ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 155, 11 Şaban 1299, 2/1239-1240; Ceride-i Mehâkim, Sayı: 156, 18 Şaban 1299, 2/1241-1242.

idiğini serd ve beyan ile mevkuf olan yüz bin kuruş ile kaime olarak verilen beş aylık kiranın lira farkının ve bir de doksan üç senesi Mayıs'ından şimdiye değin mezkûr konağın geçen müddet kiralariyle zikrolunan dört bâb mağazanın bir senelik bedel-i icâresinin mea-fâiz ve mesârif-i muhâkeme Emanet-i müşârünileyhadan tahsili ve mezkûr konağın heyet-i asliyesi derecede icra-yı tamiriyle teslimi hususlarının taht-ı hükme alınmasını talep ve dava etmiş” cümlelerinden anlaşıldığı kadarıyla konak 15 Ağustos 1286 tarihinden itibaren yıllık 70.000 kuruşa kiralanmıştır. Şehremânet, 1290 yılının Kânun-ı sâni ayı başına kadar kira bedelini ödemiştir. Bu tarihten 1292 yılı Teşrin-i sâni ayına kadar geçen 23 aylık sürenin kira bedeli olan 143.750 kuruşun sadece 43.750 kuruşunu ödeyip, 100.000 kuruşu ise, konağın altındaki duvarın kule-i zemin⁷⁶¹ mahalli olduğunu iddia ederek vermemiştir. Çünkü bu durumda bu bölümün kirasının Şehremanetine verilmesi gerekecektir. Fakat mahkeme bu duvarın kule-i zeminden olmadığı, konağın müstemilâtından olduğunu şer'an tahakkuk etmiştir. Daha sonra davacı vekili, 1292 yılının Kânun-ı evvel ayı başından, 1293 yılı Nisan ayı sonuna kadar geçen 5 aylık sürenin kirasının, lira farkı ileride ödenmek üzere verildiğini ifade ediyor. 1293 yılı Mayıs başından o zamana kadar geçen sürenin kirasının ödenmediğini konağın anahtarının teslim edilmeyip muhâcir iskânına tahsis edildiğini, konağın altında bulunan 4 mağazanın harap olduğunu ve bundan dolayı da bir yıldır kullanılmayıp boş olduklarını beyan etmiştir. Tüm bu gerekçelerle davacı taraf, alıkonulan 100.000 kuruş ile kaime olarak verilen 5 aylık kiranın ve 1293 yılı Mayıs ayından o zamana kadar geçen sürenin kira bedellerinin ödenmesini talep etmiştir. Bu ödeme ile beraber 4 adet kullanılmayan mağazanın bir senelik kira bedelinin faiz ve muhâkeme masraflarıyla Emânet'ten tahsil edilmesini ve söz konusu konağın tamir edilerek aslî hâli ile teslim edilmesini talep ederek dava etmiştir.⁷⁶²

⁷⁶¹ Kule-i zemin İstanbul ve Galata surları boyunca sur duvarından itibaren 3 metrelik alanın boş bırakılması, buralara bina yapılmaması kuralı çerçevesinde yer alan arazilerdir. Zamanla sur duvarına yapışık bodrumlar ve kulelerin içinde yapılan dükkân, mahzen ve anbar gibi yapılar yapılarak kullanılmıştır. Bu amaçla bu tür izinli yapıların kiralarnın toplanması, duvara zararı olan izinsiz yapıların yıkılması gibi sur duvarı ve arsalarının yönetimi ile ilgili durumlarda Şehremini yetkili hale gelmiştir.- Ayhan Han, “İstanbul ve Galata Hendeklerinde Kentsel Toprak Kullanımı”, , Sayı: 64 (2016/2), (İstanbul: Tarih Dergisi, 2016), 32-33-

⁷⁶² Ceride-i Mehâkim, Sayı: 155, 11 Şaban 1299, 2/1239-1240; Ceride-i Mehâkim, Sayı: 156, 18 Şaban 1299, 2/1241-1242.

Ceride-i Mehâkim’de “...mezkûr konağın beyan olunduğu vechile seksen altı senesi Ağustos’unun on beşinci gününden itibaren şehrîsi altı bin iki yüz elli kuruş kira ile isticar olunduğu Emanet-i müşârünileyha vekili Cemal Bey’in ifadesinden ve bedel-i icârenin Osmanlı lirası yüz beş kuruş hesabıyla olduğu ve esas icârenin müşâharaten olmayıp senevî itibar edildiği Paşa-yı mûmâileyhin ibraz ve i’ta eylediği arzuhâl zahrine Emanet-i müşârünileyha muhasebesinden mahrec derkenar mealinden anlaşılmış olduğu misillü sene hitamı olmak icab eden doksan üç senesi Ağustos’unun on beşinci gününden evvel yani sene-i merkume Mayıs’ının ibtidasında mezkûr konağın bi’t-tahliye miftâhının teslim olunduğunu dahi Emanet vekili Cemal Bey ispat edemediğinden mezkûr Ağustos’unun on beşinci gününe değin mürûr eden müddetin bedel-i icâresini tanımam demeğe vekil-i mûmâileyhin hakkı olamayacağı gibi Emanet-i müşârünileyha heyetinin mezkûr Mayıs ibtidasında diğer mahale nakledilmesinden murisesi Huriye Hanım’ın malûmatı olduğu ve Mecelle’nin beş yüz doksan dördüncü maddesinde me’cûrun teslimi müste’cirin üzerine olmayıp icârenin inkızasında me’cûrun ahzı âcirin üzerinedir deyu muharrer bulunduğu hâlde Hanım-ı mûmâileyhanın zikrolunan doksan üç senesi Ağustos’unun on beşinci gününde tecdid-i icâr etmek veyahut konağı teslim eylemek iktiza eder iken etmemiş olduğundan onun dahi mezkûr Ağustos’un on beşinci gününden sonra mürûr eden müddet için bedel-i icâre talep eylediği ve bunun adem-i tesliminden bahisle tahtındaki mağazaların kirasını istemeye ve bâlâda muharrer beş aylık bedel-i icâre olup kâime olarak ahz ve kabul edildiği itiraf olunan otuz bir bin iki yüz elli kuruş vaktiyle kabul edilmiş olduğu cihetle bunun dahi lira farkını aramaya hakkı görülemeyip ancak mezkûr doksan üç senesi Mayıs ibtidasından sene-i merkume Ağustos’unun on beşinci gününe kadar zikrolunan konağın şehrî altı bin iki yüz elli kuruş nisbetiyle üç buçuk aylık bedel-i icâresi bulunan yirmi bir bin sekiz yüz yetmiş beş kuruşun Osmanlı lirası yüz kuruş hesabıyla Emanet-i müşârünileyhadan bi’t-tahsil Hanım-ı mûmâileyhaya i’tasına ve kule-i zemin münazaasından dolayı cânib-i Emanet’ten tevkif olunduğu iddia olunan yüz bin kuruş hakkında Hanım-ı mûmâileyhanın Daire’ye muhavvel arzuhâlde bir bahs olmadığı ve istid’â olunmayan mevaddın nizâmen rü’yeti gayr-ı câiz bulunduğu cihetle başka istid’â takdiminde icrasına bakılmasına Dersaadet Bidâyet Mahkemesi İkinci Hukuk

*Dairesi'nce karar verilmiş...*⁷⁶³ sözleriyle davanın devamıyla ilgili bilgi verilmiştir. Bu çerçevede davalı vekili konağın 15 Mayıs 1286 tarihinden itibaren aylık 6250 kuruşa kiralandığını ifade etmiş, fakat İsmail Paşa'nın verdiği dilekçenin arka yüzündeki Emânet muhasebesinden çıkan kenar bilgisinden kiranın yıllık olduğu ortaya çıkmıştır. İki tarafında savunmalarının dinleyen “*Dersaadet Bidâyet Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi*” ilk kararında Emânet vekilinin 15 Ağustos’a kadarki kirayı kabul etmeme hakkının olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme heyeti, Emânet heyetinin Mayıs başında başka bir mahalle nakledilmesinden mirası bırakan Huriye Hanım'ın bilgisi olduğunu ve Mecelle'nin 594'üncü maddesi “*Kiralanan malın ret ve iadesi ile ilgili işlemler kiracıya ait olmayıp, İcâre akdi sona erdiğinde mal sahibi malın teslim alınmasından sorumludur.*” hükmü gereği kira konusu malın tesliminin kiracıya ait olmayıp, sözleşmenin sona ermesiyle beraber malı alma sorumluluğunun kiraya veren kişiye ait olduğunu ifade etmiştir. Fakat Huriye Hanım 15 Ağustos sonrası sözleşmeyi yenilememiş veya konağı teslim alması gerektiği halde teslim almamıştır. Mahkeme, bundan dolayı konağın altındaki mağazaların kirasını istemeye Huriye Hanım'ın hakkının olmadığını ifade etmiştir. Yine mahkeme 1 Mayıs 1293 tarihinden 15 Ağustos 1293 tarihine kadarki sürenin ücretinin aylık 6250 kuruş olarak hesap edilerek Emânet'ten tahsiline karar vermiştir. Mahkeme kule-i zemin uyuşmazlığı nedeniyle alıkonulduğu iddia edilen 100.000 kuruş hakkında ise, Huriye Hanım'ın mahkemeye verdiği dilekçede bu konudan söz edilmediği ve talep olunmayan konuların nizâmen görülmesinin mümkün bulunmadığını gerekçe göstererek, konunun başka bir dilekçe sunulması hâlinde incelenmesine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Bidâyet Mahkemesi Mecelle'nin 594'. maddesini bazalarak malı teslim alma sorumluluğunu kiraya verene ait olduğunu ifade etmiş ve malın teslim alınmadığı süre için kira bedeli talep edilmesini uygun bulmamıştır.

Davacı taraf Bidâyet Mahkemesi'nin verdiği bu kararı temyiz etmiş ve karar bazı yönlerden eksik görülerek bozularak iade edilmiştir. Bidâyet Mahkemesi davayı

⁷⁶³ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 156, 18 Şaban 1299, 2/1242.

yeniden görerek İcâr-ı Akâr Nizamnâmesi çerçevesinde konuyu yeniden ele alarak hükme bağlamıştır.⁷⁶⁴

İcâre akdi ile ilgili geçen bir diğer örnekte muaddün-li'l-istiğlâl olan bir malın sahibinden izinsiz kullanılması meselesidir. Te'vil-i mülk ile kullanılan malda menfaatin tazmini meselesinin ele alındığı bu kararda ortak mülkiyette bulunan müskirât (içki) fabrikasının kullanımı hakkında ortaklar arasında uyuşmazlık meydana geldiği görülmektedir. İlyas Bisim Efendi içki fabrikasının hisselerinin yarısına sahiptir. Yura ve Salmon kardeşler ise fabrikanın diğer yarısının sahipleridir. Fabrika aslında Yura ve Salmon kardeşlerin babası Yasef'indir. Yasef'in ölümüyle fabrika dört hisseli olarak çocuklarına kalmıştır. Yura ve Salmon dışındaki iki hissedar kardeş, hisselerini İlyas Bisim Efendi'ye satmışlardır. Malın kullanımı sebebiyle ortakların kira bedeli talep edip edemeyeceği konusunda ortaklar arasında uyuşmazlık oluşmuş ve olay mahkemeye intikal etmiştir.⁷⁶⁵

Davacı İlyas Bisim Efendi'nin iddiasına göre, Yura ve Salmon ile kendisi, içki fabrikasının bir başkasına kiralanması hususunda anlaşmışlardır. İlyas Bisim Efendi davalı Yura ve Salmon'un kendisinin izni olmadan fabrikayı açarak kullandıklarını ve fabrika içerisindeki aletleri de kullandıkları halde herhangi bir kira ve kullanım bedeli ödemediklerini ifade etmiştir. Dava dilekçesinde İlyas Bisim Efendi, birikmiş kira bedelinin muhâkeme giderleriyle beraber davalı Yura ve Salmon'dan tahsil edilmesini ve söz konusu fabrikanın bölünebilir hisselerden oluşması sebebiyle ortaklığın sona erdirilmesini mahkemeden talep etmiştir. İlyas Bisim Efendi, dava konusu aletlerin “*arak/rakı kazanı ve buhar aleti ve edevât-ı sâiresiyle bir adet tulumbasını*” önceki kiracılardan 150 sim (gümüş) meciדיye karşılığında satın aldığını senet ile ispat etmiştir.⁷⁶⁶

Davalılardan Yura, fabrikanın tamamının kendileri tarafından kullanılmadığını üstelik kullanım zamanlarında fabrikanın kapalı olduğunu ifade etmiştir. İlyas Bisim Efendi'nin söz konusu aletlerin yarısını 75 meciדיye karşılığında kendisine bırakacağını vaad ettiğini, hattâ bunun için beş lira dahi

⁷⁶⁴ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 156, 18 Şaban 1299, 2/1243-1244.

⁷⁶⁵ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 184, 6 Rebiülevvel 1300, 3/1467-1468.

⁷⁶⁶ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 184, 6 Rebiülevvel 1300, 3/1468.

aldığını beyan etmiş ve bununla beraber ortaklığın giderilmesini de talep etmiştir. Buna karşı yine davalı olan diğer hissadar kardeş Salmon ise “*Salmon dahi mezkûr mağazanın hîn-i taksiminde kendi rub‘ hissesinin müddeî tarafında kalmasını dermeyan eylemiş*” yani hisselerinin İlyas Bisim Efendi’de kalmasını talep etmiştir. Daha sonra “*müddeî İlyas Bisim Efendi dahi işbu mağazanın kâbil-i taksim idiğini tasdik ile beraber mezkûr kazan ve tulumba ve edevât-ı sâiresinin nısfını müddeîaleyhimâdan Yura’ya satmayıp buna mahsûben beş lira dahi almadığını söylemiş*” malzemelerin yarısını Yura’ya satmadığını ve buna mukabil 5 lira da almadığını ifade etmiştir.⁷⁶⁷

İddia ve savunmaları değerlendiren Dersaadet Bidâyet Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi öncelikli olarak fabrikanın bölünebilir olup olmadığının tespiti için keşif yapılmasına karar vermiştir. Keşif raporu ile bölünebilir olduğu tespit edilen içki fabrikası üzerindeki ortaklığın giderilmesi ve fabrikanın tarafların hisseleri oranında paylaşılmasına karar vermiştir. Karar metninde mahkeme Yura’nın fabrikanın içindeki dava konusu aletlerin yarısını satın aldığını ve beş lira ödediğini ispatlayamaması ve İlyas Bisim Efendi’nin kendisine teklif edilen yemini yerine getirmesi sebebiyle Yura’nın aletler üzerindeki müdahalesinin engellenmesine karar vermiştir. Ayrıca mahkeme Mecelle’nin 597’nci maddesi gereği “*Mülkiyet iddiası ile (Te’vîl-i mülk, malik olduğunu sanarak) kullanılan mal, kiraya verilen mallardan olsa dahi tazminatının ödenmesi gerekmez.*” hükmünce İlyas Bisim Efendi’nin kira bedeli hakkındaki iddiasının reddine karar vermiştir.⁷⁶⁸

3.6.MECELLENİN İCÂRE AKDİ MADDELERİNİN MÜSLÜMAN DEVLETLERİN YASALARINA ETKİSİ

Mecelle’nin ilk kitabının yürürlüğe giriş tarihi olan 1869’dan itibaren o tarihte Osmanlı Devleti’ne bağlı Hicaz, Yemen, Suriye, Lübnan, Ürdün, Arnavutluk, Bosna, Kıbrıs ve Filistin’de tatbik olunmaya başladı. Mecelle yürürlüğe girmesiyle beraber, birçok Müslüman ülkede yıllarca uygulanmak ile beraber kendisinden sonra hazırlanan birçok medeni kanuna da kaynaklık etmiştir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 184, 6 Rebiülevvel 1300, 3/1468-1469.

⁷⁶⁸ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 184, 6 Rebiülevvel 1300, 3/1469-1470.

⁷⁶⁹ Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Bursa, 2017, 3; Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/233.

Mecelle, Güneydoğu Asya'da bugünkü Malezya'yı oluşturan eyaletlerden biri olan Johore'da da bir süre uygulanmıştır. Kuzey Afrika'da Tunus'ta Santianna Kanunu olarak bilinen, fakat yürürlüğe girmeyen kanun tasarının 300'den fazla maddesinde Mecelle' den istifade edilerek tasarı hazırlanmıştır. 15 Aralık 1906 tarihli Tunus Akidler ve Borçlar Kanunu ise Mecelle mukaddimesinde yer alan kavaid-i külliye ile ilgili ilk 100 maddenin önemli bir kısmını içinde barındırmıştır. Ayrıca Fas'ta Fas Borçlar Kanununda Mecelle'nin etkisine rastlanmaktadır.⁷⁷⁰

Yeni Mısır Medeni Kanunu, 1953 yılında yürürlüğe giren Irak Medeni Kanunu, Lübnan Medeni Kanunu ve Afganistan Medeni Kanunu bazı maddelerinde Mecelle bazen direk bazen de dolaylı izine rastlanmaktadır.

Yeni Mısır Medeni Kanunu özde üç kaynağa dayanmaktadır. Bu kanunlar Mısır mahkeme içtihatları, İslam hukuku ve Avrupa kanunları olarak ifade edilen karşılaştırmalı hukuktur. Kanun hazırlanırken Avrupa devletlerinden Latin, Cermen ve eklektik sistemi benimseyen yirmiden fazla kanun metni incelenerek Mısır coğrafyasına ve şartlarına en yakın formül tercih edilmeye çalışılmıştır.⁷⁷¹

Günümüzde yürürlükte olan Afganistan Medeni Kanunu'nun taslağı ise Muhammed Zahir Şah döneminde 1961 yılında, Afganistan'ın önde gelen hukukçusu Muhammed Musa Şefik'in Afganistan Adalet Bakanlığında kanunlaştırma başkanı olduğu sırada onun çabası ve başkanlığıyla Mısırlı hukukçulardan oluşan bir heyet tarafından hazırlanmış ve 1977 yılında Muhammed Davud Han döneminde yürürlüğe girmiştir. İcâre akdi ile ilgili maddeleri dört bölümden oluşan kanunun üçüncü bölümünde muayyen akitler adı altındaki bölümde 1035-1899 maddeleri arasında yer alır. Bu kanunda Mecelle maddelerinin birebir aynısı veya benzerlerinin çokça var olduğu gözlemlenmektedir.⁷⁷²

⁷⁷⁰ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", 28/234.

⁷⁷¹ Morcos, Soliman; Farag, Wadie, *Yeni Mısır Medeni Kanunu (Kaynakları, Vasıfları ve Gelecek İçin Vadettiği İmkânlar)*, (Tercüme: Coşkun Üçok), Cilt:10, Sayı:1, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1953), 742-754.

⁷⁷² Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora tezi, 2015), 90-91; Mehterhan Furkani, "Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği", *Eskiye* 47 (Eylül 2022), 753.

Afganistan Medeni Kanunu ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi mukayeseli bir şekilde incelediğimizde, Mecelle'de yer alan kitapların başında konuyla ilgili terimlere ve bunların tanımlarına yer verildiği görülecektir. Ancak Afganistan Medeni Kanununda bu yöntemin takip edilmediği, direkt asıl konuya girildiği görülmektedir. Diğer bir farklılık da, Mecelle maddelerinin bazısında asıl konu örneklerle açıklanmışken, Afganistan Medeni Kanununda bu yolun izlenmediği görülmektedir.⁷⁷³

Diğer devletlerde Mecelle sonrasında hazırlanan kanunlarda birçok konuda Mecelle'nin birebir aynı veya benzer maddelerinin yer aldığı görülmektedir. İcâre akdi ile ilgili maddelerde icâre akdinin rükünleri, çeşitleri, konusu, arazilerin icâresi, icâre akdinde ücret ve süre gibi birçok konuda benzer maddelere rastlanmaktadır. Bu çerçevede birçok örnek verilebilir.

Mecelle'nin 420. maddesinde “*Kira sözleşmesinin konusu menfaattir.*” buyurulmaktadır. 1977 tarihli Afganistan Medeni Kanununun 1338. maddesinin birinci bendinde yer alan “*Ücret nakit para, mal, menfaat veya meşru bir taahhüt olarak belirlenebilir.*”⁷⁷⁴ maddesi ile 29/07/1948 tarihli Yeni Mısır Medeni Kanununun 560. maddesinde “*“İcare menfaat hakkının içinde sadır olduğu işlemdir.”*”⁷⁷⁵ maddesi kuvvetle muhtemeldir ki bu maddeden yararlanılarak hazırlanmıştır.

Mecelle'nin 426. maddesinde “*Kira sözleşmesi ile belirli bir menfaate hak kazanan kimse o menfaatin benzerini veya aşağısını yapabilir, ama daha üstününe (ma fevkine) geçemez.*” denilmektedir. Afganistan Medeni Kanununun 1365. maddesinde de “*Akde dayanarak sabit olan bir menfaat hakkından daha fazlasını elde etmek caiz değildir.*”⁷⁷⁶ aynı doğrultuda bir hüküm beyan edilmiştir. Bu maddenin Mecelle'den ilham alınarak hazırlanmış olduğu kuvvetle muhtemeldir.

⁷⁷³ Mohammad Sarwar Danshjo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi (Kitâbü'l-İcârat örneği)* *The impact of Majalla Al-Ahkâm Al-Adliyya on Afghanistan's Civil law (Reference to Kitâb Al-Ijârat)* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 41.

⁷⁷⁴ Danshjo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 52.

⁷⁷⁵ <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDDetails?MasterID=384> (Erişim Tarihi: 25.03.2023)

⁷⁷⁶ Danshjo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 61.

Mecelle'nin 430. maddesinde “*Müşterek mülkiyet (şuyu’-ı târî) meydana gelmesi kira sözleşmesini bozmaz.*” hükmü yer almaktadır. Afganistan Medeni Kanununun 1332. maddesinde de bu hükme paralel olarak “*İsticâr edilen ayının akit sonrası müşteriye dönüşmesi (başkasının ortak olması) akdi fasit kılmaz.*”⁷⁷⁷ hükmü yer almaktadır.

Mecelle'nin 447. maddesinde “*İşlem yapma hakkı olmadan kiralama (Fuzulinin icâresi), işlem yapma hakkı bulunanın onayına, eğer küçük yaşta ise veya akıl zayıflığı varsa benzerlerine eş (ecri misliyle) kiralanmış olduğuna ilişkin olarak velisinin veya vasisinin muvafakatine bağlı olarak oluşturulmuş olur. Ne var ki onayın sağlıklı olabilmesi için dört şeyin olması gereklidir. Bunlar akit yapan iki tarafın ve sahibin ve kiralanın şeyin ve kira bedeli taşınmaz eşyadan olduğu takdirde bunun varlığı ve devamlılığı şart olup, birisinin eksikliği halinde onay (icazet) yasal (sahih) olmaz.*” şeklinde yer alan hüküm Afganistan Medeni Kanununun 1326. maddesinde “*Fuzuli'nin icâre akdini gerçekleştirebilmesi mülk sahibinin iznine bağlıdır. Ama mâlik akli kâsır veya âciz biri olduğunda, ücretin misil bir ücret belirlenmesi kaydıyla, akdin gerçekleşmesi, vasi, veli veya kayının iznine bağlı olacaktır.*”⁷⁷⁸ şeklinde ifade edilir.

Mecelle’de kira sözleşmesinin sahih olarak kurulmasının şartları arasında sayılan 449. maddedeki “*Kiralanın şeyin belirtilmiş olması gerekir.*”, 450. maddedeki “*Ücretin belli olması gerekir.*” ve 451. maddedeki “*kira konusu menfaatin karışıklıklara yer vermeyecek şekilde belli olması şarttır.*” hükümleri Afganistan Medeni Kanununun 1324. maddesinde “*İcârede, akdin geçerliliği için genel şartlara ek olarak icâre edilecek şeyin aynının belirlenmesi, menfaatinin ihtilafa yol açmayacak şekilde belirtilmesi, intifa müddeti ve ücretin belli olması lazımdır. Bunlar yapılmadığı takdirde, icâre akdi fasit olarak bilinir.*”⁷⁷⁹ şeklinde belirtilmiştir. Mecelle’nin sayılan maddelerinin Afganistan Medeni Kanununun bu maddesine kaynaklık ettiği bu şekilde belirlenmiş olur.

⁷⁷⁷ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 48.

⁷⁷⁸ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 46.

⁷⁷⁹ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 45.

Mecelle'nin 457. maddesinde “*Menfaatin yerine getirilebilir bir şey olması şarttır. Bu nedenle firar etmiş bir hayvanın kiralanması sahih olmaz.*” şeklindeki hüküm Afganistan Medeni Kanununun 1333. maddesinin üçüncü bendinde “*Hakikaten veya hükmen bir şeyden menfaat elde edilmesi mümkün değilse onun icâresi bâtıldır.*”⁷⁸⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlamda belirtilen maddenin Mecelle'den ilham alınarak hazırlandığı ifade edilebilir.

Mecelle'nin 454. maddesinde arazi kiralaması hakkında ifade edilen “*Arazi kiralanmasında kira süresi ile birlikte kiralamanın ne için yapıldığının, tarım içinse ne ekilecek olan şeyin belirtilmesi veya kiracının dilediğini ekmesi şeklinde genelleştirilmesi gerekir.*” hükmü Afganistan Medeni Kanununun 1398. maddesinde belirtilen “*Tarım arazisinin icâresi, içine ne ekilmesi gerektiğini belirtmek veya müstecîri ne ekeceğini seçmekte serbest bırakmak şartıyla caizdir.*”⁷⁸¹ hükmüyle aynen benzeşmektedir. Bu maddenin Mecelle kaynaklı olduğu aşîkârdır.

Mecelle'nin 468. maddesinde “*Ön ödeme şartı, ücretin ödenmesini gerektirir. Yani, kira bedelinin önceden peşin olarak ödenmesinin şart kılınması halinde kira sözleşmesi ister bir malın menfaatleri üzerine, ister ise bir iş üzerine yapılmış olsun kiracının her şeyden önce kira bedelini teslim etmesi gerekir. İlk durumda kiralayan kira bedelini tahsil edinceye kadar kiralananı teslim etmekten, ikinci durumda ise işçi ücreti alıncaya kadar işi yapmaktan kaçınabilir.*” şeklinde ifade edilen maddenin Afganistan Medeni Kanununun “*Ücretin ödenmesi ta'cîl şartına bağlı ise, müstecîr onu akit yapılırken ödemekle mükelleftir ve mûcîr ücreti teslim alana kadar icâre edilen aynı müstecîre vermekten imtina edebilir.*”⁷⁸² şeklinde ifade edilen 1342. maddesine kaynaklık ettiği aşîkardır.

Mecelle'nin 469. maddesinde “*Menfaatin sağlanması ücretin ödenmesini gerekli kılar. Örneğin, bir yere gitmek üzere kiralanan beygire binilerek oraya varıldığında, kiraya veren ücreti almaya hak kazanır.*” ve 470. maddesinde ifade edilen “*Geçerli/düzgün (sahih) bir kira sözleşmesinde menfaatten faydalanmaya muktedir olunması halinde ücretin ödenmesi gerekir.*” hükümleri Afganistan Medeni

⁷⁸⁰ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 48-49.

⁷⁸¹ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 72.

⁷⁸² Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 52.

Kanununun “*Menfaati elde etmekle veya menfaate yetkili olmakla ücret lazım olur.*”⁷⁸³ şeklindeki 1340. maddesine kaynaklık etmiştir.

Mecelle’nin 473. maddesinde ücretin ta’cil ve te’cili için belirtilen “*Ücretin önce ödenmesi (ta’cil) ve ertelenmesi (te’cil) hakkında sözleşme yapan iki tarafın kabul ettikleri şartlara uygun olarak davranılır.*” maddenin kaynaklık ettiği Afganistan Medeni Kanununun 1341. maddesinde “*Ücretin te’cıl veya ta’cili veya belli süreler içinde taksitle ödenmesi caizdir.*”⁷⁸⁴ denilmektedir. Bu maddenin Mecelle’nin mezkûr maddesinden istifade edilerek hazırlandığı her iki maddenin hüküm ve lafız olarak benzerliklerinden kuvvetle muhtemeldir.

Mecellenin bir sonraki maddesi olan 474. maddede “*Bedelin ertelenmesi şart kılınmış ise, önce kiralayanın kiralananı teslim ve işçinin işi yerine getirmesi, ücretin ödenmesinin ise sözleşmede belirtilen ödeme zamanının gelmesi ile yerine getirilmesi gerekir.*” şeklinde belirtilen hüküm kuvvetle muhtemeldir ki Afganistan Medeni Kanununun 1343. maddesine kaynaklık etmiştir. Bu maddede “*Ücrette te’cıl şart koşulmuşsa, akit de aynı eşyanın menfaati üzerine yapıldığı takdirde, mûcîr; o aynı, müstecîre teslim etmekle mükelleftir. Bu durumda, belirlenen vadeden önce ücret lazım değildir.*”⁷⁸⁵ Belirtilen hükümle Mecellenin mezkûr maddesi aynı doğrultudadır.

Mecelle’nin 479. maddesinde “*Bir kimse bir dükkân kiralayarak teslim aldıktan sonra alış-verişte durgunluk nedeniyle işinin yürümemesi ve dükkânı bir süre kapalı kalması nedeniyle o sürenin kirasını ödemekten kaçınamaz.*” şeklinde ifade edilen hüküm Afganistan Medeni Kanununun 1394. maddesinde “*Her ne zamanki bir şahıs dükkânı icâre eder ve ondan sonra alış ve satışında durgunluk olursa, icâre akdini feshedemez veya ücret ödemekten sakınamaz.*” şeklinde ifade edilen hükme kaynaklık ettmesi kuvvetle muhtemeldir.⁷⁸⁶

Mecelle’nin “*Kira süresinin başlangıcı, kira sözleşmesinde tesmiye edilen (belirlenen) tarihtir.*” şeklinde ifade edilen 485. maddesi, 1948 tarihli Yeni Mısır

⁷⁸³ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 52.

⁷⁸⁴ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 52.

⁷⁸⁵ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 52-53.

⁷⁸⁶ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 71.

Medeni kanununun “Kira sözleşmesinin belirli bir süre için kararlaştırılmadan yapılması veya sözleşmenin belirli bir süre için yapılması veya talep edilen sürenin kanıtlanması mümkün olmaması durumunda, kiranın ödenmesi için belirlenen süre boyunca kiralama yapılmış sayılır. Akit taraflardan birinin talebi üzerine diğer akit tarafa aşağıdaki tarihlerde tahliye bildiriminde bulunması halinde bu sürenin sona ermesiyle sona erer”⁷⁸⁷ şeklindeki 563. maddesi ile Afganistan Medeni Kanununun “Akitte icârenin müddeti zikredilmemişse, ücret ödenmesi için tayin edilen müddete kadar mevcut örf ve adete göre icâre geçerlilik kazanır ve bu süre sona ermesiyle ücret ödemede belirtilen müddetin yarısının bitiminden önce tahliye ihtarinin bildirilmiş olması şartıyla, icâre akdi sona erer.”⁷⁸⁸ şeklindeki 1346. maddesine kaynaklık teşkil etmiştir.

Mecelle’nin 486. maddesi “Kira sözleşmesinde kira süresinin başlangıcı bildirilmemiş ise başlangıç olarak sözleşme tarihi esas alınır.” şeklindedir. Bu madde 1977 tarihli Afganistan Medeni Kanununun “İcâre müddeti, akitte belirtilen tarihten itibaren başlar, olur da belirtilmediyse akdin gerçekleştiği tarihten itibaren dikkate alınır.”⁷⁸⁹ şeklindeki 1345. maddesine esin kaynağı olmuştur.

Mecelle’nin 497. ve 498. maddelerinde şart muhayyerliğinden söz edilmektedir. 497. maddede “Satım sözleşmesinde olduğu gibi kira sözleşmesinde de muhayyerlik şartı geçerli olmak üzere, sözleşmenin taraflarından birisi veya her ikisi birden, şu kadar gün muhayyer olarak yapılan kiraya verme ve kiralama işlemi caiz olur.” şeklinde İcâre akdinde şart muhayyerliğinin geçerli olduğundan söz edilmiş, 498. maddede de “Muhayyer (fesh hakkı sahibi) olan kimse muhayyerlik (seçim hakkı) süresinde dilerse sözleşmeyi fesheder, dilerse de sözleşmeye yürürlük kazandırır (müciz olur).” denilerek muhayyer olan kişinin anlaşmayı feshetme veya devam etme yetkisinin olduğundan söz edilmiştir. Afganistan Medeni Kanununda da bu doğrultuda 1329. madde düzenlenmiş ve “Her ne zamanki mûcîr ve müstecîr arasında muhayyerlik şart edilmişse, icâre akdi belirlenen müddet içinde her birinin feshiyle fesh olur ve izin vermesiyle izin verenin hakkı düşer. Diğerinin hakkı ise

⁷⁸⁷ <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=384> (Erişim Tarihi: 27.03.2023)

⁷⁸⁸ Danshjoo, Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi, 54.

⁷⁸⁹ Danshjoo, Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi, 53.

*müddeti sona erinceye kadar kendi hâlinde kalır.”*⁷⁹⁰ şeklinde aynı doğrultuda hüküm beyan edilmektedir.

Mecellede 501. maddede “*Seçme süresinin başlangıcı (müddet-i hıyâr) olarak, sözleşme tarihi (vakt-i akit) esas alınır.”* hükmü ile 502. maddede “*Kira sözleşmesinin başlangıcı, seçme süresinin bitme tarihidir.”* hükümleri yer almaktadır. Aynı konu ilçe ilgili olarak bu hükümlere paraler olarak Afganistan Medeni Kanununun 1330 maddesinde yer alan “*Başka türlü kararlaştırılmadıysa muhayyerliğin müddeti akdin yapıldığı anda, icârenin müddeti ise muhayyerliğin düştüğü zamandan başlar.”*⁷⁹¹ hükmü birbirinne paralerdir.

Yine Mecelle’nin 507. maddesinde “*Kiracının hıyâr-ı rü’yet (görme muhayyerliği) hakkı vardır.”* yer alan hüküm, Afganistan Medeni Kanununun 1328. maddesinde yer alan “*İcâreye verilecek olan aynda şart, rü’yet ve ayıp muhayyerliğine ilişkin hükümlere riayet edilmesi gerekir.”*⁷⁹² hükmü ile aynı doğrultudadır.

Muhayyerlik hakkı ile ilgili olarak Mecelle’de yer alan 509. maddedeki “*Bir taşınmazı görmeden kiralayan kişi, gördüğünde muhayyer hakkı olur.”* hükmünün bir benzeri Afganistan Medeni Kanununun 1335. maddesindeki “*Müstecîr kişi belirli bir süre içinde rü’yet muhayyerliği hakkına sahiptir; ama aynı görmeden icâreye veren kişi bu hakka sahip değildir.”*⁷⁹³ hükmünde mevcuttur.

Mecelle’de 525. maddede yer alan “*Bir kimse dilediğini ekmek üzere kiraladığı bir arazide yazlık ve kışlık olarak yıl içinde defalarca ziraat yapabilir.”* hükmü, Afganistan Medeni Kanununun 1403. maddesindeki “*Bir yıllığına kiraya verilen ve müstecîre ekin türü serbestliği verilen bir arazide, müstecîr iki mevsimde de ekebilir.”*⁷⁹⁴ hükmüne kaynaklık etmiştir.

Mecelle’de 526. maddede yer alan “*Kira süresi mahsulün olgunlaşmasından önce tamamlanırsa, mahsul olgunlaşana kadar kiracı ecr-i mislini ödeyerek*

⁷⁹⁰ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 47.

⁷⁹¹ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 47-48.

⁷⁹² Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 46.

⁷⁹³ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 49.

⁷⁹⁴ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 74.

ürününün tarlada kalmasını sağlayabilir.” hükmü, Afganistan Medeni Kanununun 1407. maddesindeki “Ne zamanki icâre müddeti sona ermişse müstecîrin iradesinin dışında bir sebepten dolayı henüz arazideki ekin hazır olmamışsa arazi ecr-i misil karşılığında mahsulü toplayana kadar müstecîrin tasarrufunda kalır.”⁷⁹⁵ hükmüne büyük olasılıkla kaynaklık etmiştir.

1977 tarihli Afganistan Medeni Kanunu 1336. maddesinde yer alan “*Bir kimse önceden gördüğü bir aynı icâre ederse ve icâre edilen aynı da eski hâlinde ise, muhayyerlik hakkı düşer.*”⁷⁹⁶ hükmü kuvvetle muhtemeldir ki Mecelle’nin 510. maddesindeki “*Daha önce görmüş olduğu bir binayı kiralayan kişinin görme muhayyerliği yoktur. Ancak daha önce sağlam olarak gördüğü bu binanın oturulması zararlı olacak derecede ve genel görünümünü (heyet-i ûlâ/ilk şekil) değiştirecek şekilde yıkılmış olması durumunda bu kişinin muhayyerlik hakkı vardır.*” hükmünden esinlenerek oluşturulmuştur.

Yine Afganistan Medeni Kanunu 1336. maddesinde yer alan “*Mûcîr, icâre edilen ayında gaye olan menfaate engel olacak şekilde çıkan noksanları düzeltmek ve onarmakla mükelleftir.*”⁷⁹⁷ hüküm, muhtemelen Mecellenin 529. maddesinde yer alan “*Yararlanma amacını (menfa’at-ı maksude) olumsuz etkileyen durumları gidermek kiraya verene aittir.*” hükmünden esinlenmiştir.

Mecellede kiralanan mülkteki onarımlarla ilgili olarak yer alan 530. maddedeki “*Kiralanan evin damının kiremidini onarmak gibi kiralanan şeyin ıslahı ve korunması ile ilgili olan ve ev sahibinin izni ile kiracı giderinin ev sahibinden alınmasına ilişkin bir şart sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, kiracı yaptığı tamirat onarımlarının masrafını ev sahibinden alır. Eğer evin fırını onarmak gibi sadece kiracının faydalanmasına yönelik giderlerde ise böyle bir şart sözleşmede belirtilmemişse, kiracı onarım ücretini ev sahibinden alamaz.*” hükmü, kuvvetle muhtemeldir ki aynı doğrultuda hazırlanmış olan Afganistan Medeni Kanununun 1370. maddesindeki “*Müstecîr, icâreye verilen aynıın bozulmasını önlemek için bazı ıslahatları yapabilir ve her ne kadar rücu etmek şart koşulmamışsa da masrafları*

⁷⁹⁵ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 75.

⁷⁹⁶ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 50.

⁷⁹⁷ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin etkisi*, 55.

*mûcîrden talep edebilir. Eğer ıslahatın faydası sadece müstecîrin menfaatine ise, aksi öngörülmedikçe rücu' hakkı yoktur.”*⁷⁹⁸ hükmüne kaynaklık etmiştir.

Mecelle'nin 583. maddesinde me'cur'un teslimi konusunda ifade edilen *“sürenin sona ermesi ve uzaklığın bitiş noktasına kadar kiracının elinde bulunabilmek üzere kiracıya teslim edilmesi gerekir.”* Hükmü yer alır. Bu maddenin bir benzeri Ürdün 'de 1994 tarihli ve 11 sayılı *Ev Sahipleri ve Kiracılar Kanunu*'nun kiralanan akarın teslimi hakkındaki 20. maddesinde *“Sürenin sona ermesi halinde mecurun teslim edilmesi konusunda kendisine tebliğat ulaştığı halde kiracı kiralanan malı teslim etmezse mal sahibi kadıdan malın kendisine teslim edilmesini talepebilir ”*⁷⁹⁹ sözleriyle ifade edilmiştir. Bu anlamda Mecelle'nin bu kanun maddesine kaynaklık ettiği ifade edilebilir.

Mecellede 600. maddede *“Kira sözleşmesi sahih olsun veya olmasın kiralanan mal (me'cûr) kiracının elinde emanettir.”* ve 601. maddede *“Kiraya verilen malın kiracı yanında telef olması durumunda kasıt (tecavüz, teaddî), kusur veya kullanım sınırlarını aşma (izin verme, me'zuniyet) söz konusu olmadıkça tazmin edilmesi gerekmez.”* şeklinde kiracının tazmin sorumluluğundan söz edilmiştir. 1977 tarihli Afganistan Medeni Kanununun 1371. sayılı *“İcâre edilen ayn, müstecîrin nezdinde emanettir. Onu korumakla mükellef olup, normal kullanımdan kaynaklanmayan her türlü kayıp veya kusurdan sorumludur.”*⁸⁰⁰ maddesindeki hükümde bu hükümlerle aynı doğrultuda hazırlanmıştır.

Mecellede yer alan 606. maddesindeki *“Kira süresi sona erdiğinde kiralanan eskiden olduğu gibi kiracının elinde vedia gibi emanet olarak kalır; bundan dolayı kira süresi sona erdikten sonra kiracı kiraladığı malı kullanıp ta mal telef olursa bedelini tazmin eder. Keza kira süresi sona erdiğinde kiralayanın malını istemesine rağmen kiracı malı elinde tutup, iade etmezse ve bu arada mal telef olursa bedelini tazmin etmesi gerekir.”* hüküm Afganistan Medeni Kanununun 1377. maddesindeki *“İcâre edilen aynın icâre süresi bittikten sonra da daha önce olduğu gibi bu ayn müstecîrin nezdinde emanettir. Müstecîr, mûcîrin talebine rağmen aynı elinde*

⁷⁹⁸ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 62.

⁷⁹⁹ <https://www.jc.jo/ar>, 1994 tarihli ve 11 sayılı *Ev Sahipleri ve Kiracılar Kanunu*, Ürdün.

⁸⁰⁰ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 62.

tutmayı sürdürürse damanla mükelleftir.”⁸⁰¹ hükme kuvvetle muhtemeldir ki kaynaklık etmiştir. Zira her iki maddedeki hüküm aynıdır.

3.7.TÜRK MEDENİ KANUNUNDA İCARE HÜKÜMLERİNDE MECELLE ETKİSİ

Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti medeni hukuk alanında da bir kısım değişikliklere gitmiştir. Önceleri 1923 ve 1924 yıllarında kurulan *Tadil-i Kavanin için Muktazi Layihaları İhzara Memur Komisyonları*, *Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu* ve *Vacibat Komisyonu* gibi komisyonlarla⁸⁰² Mecelle üzerinde ta’dil çalışmalarına girişilmiştir. Fakat daha sonra Atatürk Devrimlerinin “*Doğu Kültüründen Batı Kültürüne geçişi*”⁸⁰³ ifade eden yapısı gereği, İslam hukukuna dayalı kanunlar terkedilerek Batı’dan iktibas yoluyla kanunların alınması yolu tercih edilmiştir.

Medeni kanun alanında ilk olarak 1926 yılında İsviçre Medeni kanunundan bir bütün halinde iktibas edilen fakat küçük bazı değişikliklerle 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe konulan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisidir.⁸⁰⁴ 1 Ocak 2002 kabul tarihli Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle bu kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihler arasında 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde değişik tarihlerde birçok değişiklik yapılmıştır.⁸⁰⁵

1926 Medeni kanununda İsviçre Medeni Kanunundan iktibas edilerek kanunlar hazırlandığı için Mecelle’nin direk bir etkisinden söz edilemez. 2002 kabul tarihli 5 kitap ve toplamda 1030 maddeden oluşan Türk Medeni Kanunu ise özde yine batı kaynaklı bir kanundur. Bu kanunda Kişiler hukuku, Aile hukuku, Miras hukuku, Eşya hukuku ve Borçlar hukuku alanlarında kanun maddeleri ele

⁸⁰¹ Danshjoo, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi*, 64.

⁸⁰² Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları (Medeni Hukuk)*, 69.

⁸⁰³ Bedia Akarsu, *Atatürk Devrimi ve Yorumu*, (Ankara 1978), 37.

⁸⁰⁴ Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları (Medeni Hukuk)*, 181.

⁸⁰⁵ 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde 28/6/1938, 17/3/1954, 1/1/1957, 28/11/1960, 1/3/1968, 24/7/1967, 21/2/1973, 18/6/1983, 21/11/1984, 25/4/1986, 12/5/1988, 5/8/1988, 16/2/1990, 23/11/1990 ve 22/5/1997 tarihlerinde değişiklikler yapılmıştır.

alınmaktadır. Fakat açık bir Mecelle etkisinden söz edilemese de kimi kanun maddelerinde Mecellenin etkisi olduğu ifade edilebilir.⁸⁰⁶

İsviçre Borçlar Kanunu 257-a maddesinde yan giderler sözleşmede yazılı olmak şartıyla kiracıya ait olarak kabul edilmiştir. İlgili maddede “*Yan giderler, kiralayanın veya üçüncü bir kişinin kiralananın kullanımı ile bağlantılı edimleri ile ilgili ivazdır. Kiracı yan giderleri, ancak bu hususu kiralayanla açıkça kararlaştırmış olması halinde ödemek zorundadır.*” şeklinde hüküm beyan edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 303. maddesinde ise Mecelle ile paraler olarak “*Kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür.*” denilmiştir. Zira Mecelle’de yer alan 595. maddede “*Kiralanan malın geri verilmesi ve iade edilmesi için yükleme ve me’ûnete (kulfet, sıkıntı, diğer giderler) ihtiyaç var ise, bu durumda nakliye giderleri kiraya verene ait olur.*” hükmünce yan giderler kiraya verene ait kılınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 303. maddesine kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanununun kiracının borçlarını düzenleyen hükümlerinden biri olan 257-a maddesinde yan giderler sözleşmede yazılı olmak şartıyla kiracıya ait olarak kabul edildiği hâlde, bu maddede yan giderlere katlanma yükümlülüğü, kiraya verene ait bir borç olarak düzenlenmiştir. Zira kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257-a maddesinin ikinci fıkrasına göre de, yan giderlere katlanma borcunun kiracıya ait olması için, sözleşmede özel bir hükmün bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu’nun 303. Maddesinin Mecelle ile paraler olması yanında maddeye kaynak İsviçre Borçlar Kanununa da muhalif olmadığı kabul edilmiş olacaktır.⁸⁰⁷

Mecelle’de 484. maddede “*Bir kimse gerek gün gibi kısa süreli ve gerekse seneler gibi uzun süreli olsun ma’lum (belirli) bir süre ile mal ve mülkünü başkasına kiraya verebilir.*” şeklinde belirli süreli kira sözleşmesinden söz edildiği gibi 494. maddede “*Kaç ay olduğu belirtilmeksizin aylığı şu kadar kuruş olmak üzere bir taşınmazın kiraya verilmesi durumunda İcâre akdi geçerlidir.*” şeklinde belirsiz

⁸⁰⁶ 8/12/2001 tarih 24607 sayılı Resmi Gazete, 5. Tertip, 41. Cilt.

⁸⁰⁷ İlhan Helvacı, *Hukuki Mütalaalar*, II, Onikilevha Yayınları, 303. maddenin açıklaması; İlhan Helvacı, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011, 303. maddenin açıklaması.

sürelî kira sözleşmesinden de söz edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 300. maddesinin birinci fıkrasında “*Kira sözleşmesi, belirli ve belirli olmayan bir süre için yapılabilir.*” şeklinde ifade edilen kanun maddesinde kira sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olabileceği belirtilmiştir.⁸⁰⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 300. maddesinin Mecelle ile aynı doğrultuda hüküm ifade ettiği aşîkârdır.

Mecelle 476. maddesinde “*Ücret eğer aylık veya yıllık gibi belirli bir zaman ile belirlenmiş ise ücretin ödenmesi için belirtilen zaman tamamlanmış olmalıdır.*” şeklinde hüküm beyan edilmektedir. 11.01.2011 kabul tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “*İfa zamanı*” kenar başlıklı 314. maddesinde “*Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilen hüküm Mecelle’nin 476. maddesiyle aynı paralarda düzenlenmiştir. Bu çerçevede kiracının, aksine bir sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, kira bedelini her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada günümüz güncel borçlar hukuku uygulaması da Macelle ile paralerlik göstermektedir.⁸⁰⁹

Mecelle’nin ikinci kitabı olan *Kitâbü’l-İcarât*’ın altıncı babı kiralanan şeyin (me’cur) türleri ile ilgili bölümdür. Bu bölümde İcâre akdinin çeşitleri ele alınmış ve kiralanan şey (me’cur) dört kısma ayrıştırılarak incelenmiştir. Bu kısımlardan taşınmaz mal (akar), taşınır mallar (urûz), hayvan ve insandır. İlk üçü ayn icâresi ile ilgiliyken dördüncü kısım ise insan icâresi yani iş akdi ile ilgilidir.⁸¹⁰ 3 Mart 1935 tarihli Türk Ticaret Hukuku’nda⁸¹¹ mal icarı ve mesai icarı olmak üzere iki çeşit icareden söz edilmektedir. Mal icarı için at, araba, otomobil, bisiklet gibi şeylerin bir diğerine kiraya verilmesinden söz edilmiş, Mesaî icarı ise Hizmet akti (Madde: 313-354); istisna’ akti (madde: 355 379)⁸¹² şeklinde ayrıştırılarak kaleme alınmıştır.

⁸⁰⁸ 04/02/2011 Tarih, 27836 Sayı, Dustür 5. Tertip, 50. Cilt, Resmi Gazate 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 300. madde

⁸⁰⁹ 04/02/2011 Tarih, 27836 Sayı, Dustür 5. Tertip, 50. Cilt, Resmi Gazate 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 314. madde

⁸¹⁰ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/379 vd.

⁸¹¹ Cerîde-i Mehâkim, Sayı: 3, Mart 1935, 8/101.

⁸¹² Cerîde-i Mehâkim, Sayı: 3, Mart 1935, 8/154-155.

Mecelle'nin ayrıştırması ile 1935 tarihli Türk Ticaret Hukuku Kanununun konuya yaklaşım şekli aynı doğrultudadır.

SONUÇ

İnsanlar her zaman ekonomik faaliyetlerini mal üzerinde tam mülkiyet kurmak suretiyle gerçekleştirmemişlerdir. Çünkü bunun için herkesin ekonomik açıdan imkânı da bulunmamaktadır. Bu sebeple eşya üzerinde tasarruf yetkisini çeşitli şekillerde kurmaya çalışmışlardır. Bunlardan biri de malın kendisi üzerinde bir mülkiyet kurmadan menfaati üzerine mülkiyetin elde edildiği kira sözleşmesidir. Kira sözleşmesi, hukukçuların çoğunluğu tarafından arapça fıkıh eserlerinde icâre akdi adıyla ele alınmış ve üzerinde hükümler terettüp edilmiştir. İnsanlar arası mali muamelelerde satım akdinden sonra en çok başvurulanan yöntem malı kiralamak suretiyle kullanmak olmuştur. Haliyle bu durum İslam hukukunda icâre ile ilgili hükümlerin detaylı bir şekilde ele alınmasının yolunu açmıştır. Bu durum, geçen yüzyılın başında ortaya çıkan ve bir ilk kanun kitabı özelliğini taşıyan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de yerini bulmuştur.

Bu çalışma, ilgili teorik hükümlerinin uygulamada nasıl karşılık bulduğunu tespit etme amacını taşımaktadır. Dolayısıyla icâre akdi ile ilgili hükümlerin Mecelle’de nasıl karşılık bulduğunu tespit etmek çalışmaya değer görülmüştür.

İcâre ile ilgili hükümler, mezheplerin fıkıh kitaplarının muamelat bölümünde geniş bir şekilde yer almaktadır. Bu akdin meşruiyeti ve genel özellikleri konusunda mezhepler arasında herhangi bir farklılık olmamakla birlikte detay konularda bazı farklılıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Mecelle, Hanefi mezhebinin fıkıh hükümleri çerçevesinde oluşturulmuştur. Bu çalışmada yeri geldiğinde diğer mezheplerin de konuya bakış açıları değerlendirilmiş Mecelle’nin konuya bakış perspektifi bu çerçevede tahlil edilmiştir.

Çalışmamız, icâre ile ilgili teorik hükümlerin uygulamadaki en önemli örneği olan Mecelle ışığında açıklanmasını içermekte ise de son kısımda Mecelle dışındaki uygulamalarda da bazı örneklerle kısaca değinilmiştir. Böylece son yüzyılın tatbikatında icâre konusu bir nevi özetlenmiştir.

Yaptığımız araştırma sonucunda kiracının iflası veya ölümü, hâkimin icâre akdini feshi durumlarında gerekli olan tazminat ile ilgili hükümlerin Mecelle’nin ele

aldığımız maddelerinde mevcut olmadığını tespit ettik. Ayrıca icâre akdinin rükünlerinden olan işçi ile ilgili bütün bilgilerin ele alınmadığı görülmektedir. Mesela işçinin tazminatı bölümünde de işçinin sendikal haklarının gerektirdiği tazminatlar ile ilgili bir bilgi yer almamaktadır. Aslında Mecelle'nin kaleme alındığı 19. Yüzyılın ikinci yarısında Osmanlı'da sendikal haklarla ilgili tartışmalar mevcuttur. Fakat Mecelle bu konuları ele almamış ve bir eksiklik olarak bu durum var olmuştur. Mecelle'nin ta'dil çalışmalarında da konuya dair bir bilgi yer almamaktadır. Mecelle 1869-1876 yılları arasında yedi yıllık bir zaman süresi içerisinde hazırlanmıştır. Bu tarihlerde sendikacılık Avrupada başladığı halde Osmanlı Devleti'nde ilk sendikal hareketler 1908 yılına kadar gecikmiştir. Mecelle'de iş hareketleri, sendika ve sendikacılık ile ilgili hiçbir madde yoktur. Mecelle ta'dil çalışmalarının 1914'lere kadar uzandığı düşünüldüğünde bu konu ile ilgili düzenlemelerin eklenmesi dikkate şayan gözükmemektedir.

1847 yılında iki Galata bankerinin kurduğu İstanbul Bankası (Bank-ı Dersaadet-Banque de Constantinople) Osmanlı'da kurulan ilk bankadır. Bu bankanın 1852 yılında kapanması sonucu 1856'da Osmanlı Devleti'nde mevduat ve ticaret sistemine dayalı Osmanlı Bankası (Ottoman Bank) modern anlamda kurulan ilk banka olmuştur. 1863 yılında imece geleneğinden esinlenerek çiftçilerin oluşturduğu kaynakla, Mithat Paşa öncülüğünde günümüzde Güneydoğu Sırbistan'da yer alan Pirot Kasabası'nda devlet eliyle "*Memleket Sandıkları*" kurulmuştur. Bu organizasyon Osmanlı'da milli bankacılığın ilk örneğidir. Bankacılık sisteminin bu yıllarda Osmanlı topraklarında var olduğu görüldüğü halde icâre ile ilgili olan bankacılık ve leasing yoluyla kiralama hakkında bir maddenin Mecelle'de yer almadığı görülmektedir.

İcâre akdinde karşılaşılan önemli konulardan biri kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk mevzusudur. Mecelle'de uyuşmazlık halinde sadece mahkemeye uyuşmazlığın intikal ettirilmesi ile ilgili hükümler vardır. Mahkeme öncesi arabuluculuk yolu ile ilgili hüküm yoktur. Oysa İslam hukukunda sulh ve tahkim olarak adlandırılan ve ihtilaf ve uyuşmazlık halinde, tarafların çözüm için kendi rızaları ile üçüncü taraf veya tarafları hakem tayin etmelerini ifade eden arabuluculuk (ıslah, ıslah-ı zati'l-beyn) zaten mevcuttur. İslâm hukuk literatüründe arabuluculuk

muslih kavramıyla üçüncü kişi olarak ifade edilmektedir. Mecelle’de genel olarak özelde de icâre akdinde uyuşmazlık halinde arabuluculuk ile ilgili bir konuya temas edilmemiştir.

Malı kiralayan kişinin ve iş akdinde işverenin kusurlarına ilişkin açıklamalar Mecelle’nin ilgili maddelerinde yer almamaktadır. Kiralayan ve işverenin kusurlarından dolayı vermeleri gereken tazminatlara hiç temas edilmemiştir. Konunun hem kiralayan bu çerçevede işveren açısından da ele alınması faydalı olurdu. Tüm bunlara rağmen Mecelle İslam hukukunun kanunlaşma evresinin en önemli kilometre taşlarından biridir. Yıllarca İslam topraklarında uygulama alanı bulduğu gibi, bundan sonra da yapılabilecek hukuk çalışmalarında önemli bir klavuz hükmündedir.

Mecelle’de geçen konuların daha derinden tahlillere ihtiyacı olduğu kanaatindeyiz. Özellikle iş hayatını ilgilendiren icâre konusunun bu aşamada ayrı bir yeri olduğu ortadadır. Bir bu çalışmada olsa icâre konusunu bu perspektifte ele alırken diğer mezheplerden de atıfta bulunarak konunun daha geniş bir yelpazede ele alınmasını sağlamaya çalıştık. Çalışmamızın bundan sonra yapılacak Mecelle ve icare konularının anlaşılması noktasında katkıda bulunduğunu ümit etmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, H. İbrahim. “Özür”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 34/134-135. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Akarsu, Bedia. *Atatürk Devrimi ve Yorumu*, Ankara, 1978.
- Akgündüz, Ahmed. *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. No:6. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.
- *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017.
 - “Hizmet Akdinin Feshi ve Sonuçları”, *Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri*. İstanbul: İlmi Neşriyat, 1990.
- Akyıldız, Ali. “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/250. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Akyıldız. “Tanzîmât”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 15/1-10. İstanbul: TDV Yayınları, 2011.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-hükkam Şerhi Mecelleti'l-ahkâm*. Beyrût: Daru'l Alemu'l-Kutub, 1423.
- *el-Mecmûatu'l-cedide fi'l-Kütübi'l-erba'a*. İstanbul: Dersaâdet Hukuk Matbaası, 1332.
- Apaydın, H. Yunus. “İbrâ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 21/263-266. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Apaydın. “İrade Beyanı”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/388-389. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
 - Apaydın. “Muhayyerlik”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/25-30. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Atar, Fahrettin. “Sulh”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 37/481-485. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Aybakan, Bilal. “Muâvaza”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/330. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif. “Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aydın, Mehmet Akif. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
 - Aydın. “Batıllaşma”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 5/148-186. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
 - Aydın. “Haksız Fiil”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 15/210-211. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
 - Aydın. “Mahkeme”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/341-344. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

- Ayhan Han. “İstanbul ve Galata Hendeklerinde Kentsel Toprak Kullanımı”. Sayı: 64 (2016/2), İstanbul: Tarih Dergisi, 2016.
- Aykanat, Mehmet. *Mecelle’de İş Akdi*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Aynî, Ebû Muhammed (Ebû’s-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed (ö. 855/1451). *el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye*. I-X, Kahire 1980-1981.
- Baktır, Mustafa. “Kaide”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 24/205-210. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Bardakoğlu, Ali. “İslam Hukukunda İşçi İşveren Münasebeti”, *İslam’da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1986.
- Bardakoğlu, Ali. “İstihsân”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/339-347. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- BOA, Başbakanlık Osmanlı Arşivi. *Yıldız Esas Evrakı*. 14-1540, <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr>.
- Berki, Ali Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979.
- Beyhakî, Ahmed bin Huseyn bin Ali (ö. 458/1065). *es-Sünenü’l Kübrâ*. Dekkan: yy., 1352.
- Bilmen, Ömer Nasûhî. *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (ö. 256/870). *el-Câmiu’s-Sahîh*; thk. Muhammed Fuad Abdülbâki, Muhibuddîn el-Hatîb. Kahire: el-Matbaatü’s-Selefiyye, 1979.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn (ö. 1051/1641). *Keşşâfû’l-Kinâ’ ‘an (metn)i’l-İknâ*, thk. İbrahim Ahmed Abdülhamid. I-XV. Riyad: Vizaretü’l-Adl, 2000.
- *Deka’iku üli’n-nühâ li-Şerhi’l-Müntehâ*. thk. Abdülmelik b. Abdullah Düheyş. Mekke: Mektebetü’l-Esedî, 2005.
- *er-Ravdü’l-mürbi*. thk. Abdurrahman b. Nasır es-Sa’dî. İskenderiyye: ed-Darü’l-Alemiyye li’n-Neşri vet Tevzi, 2015.
- Burhânüddîn Buhârî, Burhânü’ş-Şerîa Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Merginânî (ö.616/1219). *el-Muhît (el-Muhîtü’l-kebîr, el-Muhîtü’l-Burhânî ve el-Muhîtü’l-Burhânî fî’l-fıkhi’n-Nu’mânî adlarıyla da bilinir.)*. (thk. Abdülkerim Sami Cündî), Beyrût: Darü’l-Kütübîl-İlmiyye, 2004.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*. Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2010.

Cevdet Paşa, Ahmed. *Tezâkir (Tezâkir-i Cevdet)*. IX. Tezkire. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1953.

Ceride-i Adliyye. <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/ceride-i-adliye.html>

Cevherî, Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd. *es-Sihâh*. (nşr. Ahmed Abdülgafûr Attâr) I-VI, Kahire 1376/1956.

Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed. *el-Fıkh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*. I-V, thk. Eymen Muhammed Nasurüddin, Abdurrahman Haşimi. Kahire: Darü'l-Afaki'l-Arabiyye, 2006.

Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler, (Akitler)*. İstanbul: Ahi Yayıncılık, 2006.
- *Fıkıh Dersleri I*, 6. Baskı, Konya: Ensar Yayıncılık, 2013.

Danshjoo, Mohammad Sarwar, *Afganistan Medeni Kanununa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin etkisi (Kitâbü'l-İcârat örneği) The impact of Majalla Al-Ahkâm Al-Adliyya on Afghanistan's Civil law (Reference to Kitâb Al-Ijârat)*, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Derdîr, Ebû'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Adevî. *Akrabü'l-mesalik li-mezhebi'l-imam Malik*. Nijerya: Mektebetü'l-Eyyub, 2000.
- *eş-Şerhu's-sağır 'alâ Akrebi'l-mesâlik*. Kahire 1972.

Desûki, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1815). *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-kebîr (Hâşiyetü'd Desûki)*. Beyrût: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2011.

Döndüren, Hamdi. *Ticâret ve İktisat İlmihali*. Erkam Yay., y.y., t.y.

Dönmez, İbrahim Kâfi. “Şüf'a”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 39/248-252. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.

Ebû Dâvûd, Süleyman b.el-Eş'as, *es-Sünen*, thk. Ebu Ubeyde Meşhur b. Hasen Alu Selman. Riyad: Mektebet'ul-Maarif, 1996.

Ebû Yusuf, Muhammed Ya'kûb b. İbrahîm. *er Reddu ala Siyeri'l-Evzaî*. nşr: Ebûl Vefa el-Afgani. Mısır 1357.

Ebû Zehre, Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ Ebû Zehre (1898-1974). *el-Milkiyye ve'n-Nazariyyetü'l-akd*. Kahire: Darü'l-Fikri'l-Arabi, 1997.

Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: Arı Sanat, 2015. 2. Baskı.

- *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat, 2017. 5. Baskı.

- “Mecelle Hakkında Değerlendirmeler”, Sayı 62-63, Ankara: Adalet Dergisi, 2019.

- Erdem, Sami. “Türkçede Mecelle Literatürü”. *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*. Sayı 5, Mayıs 2005.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.
- Esen, Âdem. *Sosyal Siyaset Açısından İslam’da Ücret*. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1995.
- Ezherî, Muhammed b. Ahmed. *Tehzîbü’l-luğa*. nşr. Abdüsselâm M. Hârûn – M. Ali en-Neccâr. Kahire 1384-87/1964-67.
- Fenari, Muhammed bin Hamza (v. 834/1430). *Fusûlu’l-Bedaî’fi Usûli-ş Şerâi’*. yy., İstanbul 1289.
- Firûzâbâdî, Ebû Tâhir Mecdüddin Muhammed b. Ya’kûb b. Muhammed eş-Şirazî (ö. 817/1414). *el-Kâmûsu’l-Muhît*. el-Hey’etü’l-Mısriyye el-Amme li’l-Kitab, 1980.
- Furkani, Mehterhan. “Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza Ve Medeni Kanunları Örneği”. *Eskiye* 47 (Eylül 2022), 743-763. Ankara: Anadolu İlahiyat Akademisi/ Anatolian Theological Academy. <https://doi.org/10.37697/eskiye.1050804>.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî. *el-Vasit fil-Mezheb*. nşr. Ali Muhyiddin Ali el-Karadâğî, Kahire 1983.
- Gözübenli, Beşir. “Âriyet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 3/379-380. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Gözübenli. “Fuzûlî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13/239. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Gümüş, Musa. “Osmanlı devletinde kanunlaştırma hareketleri, ideolojisi ve kurumları”. Malatya: Tarih Okulu Dergisi, 14 (İlkbahar-Yaz 2013), 163-200.
- Hacak, Hasan. “Urûz”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 42/182. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Hacak, Hasan; Kaya, Eyyüp Said. “Zimmet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 44/424. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Haccâvî, Ebû’n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî (ö. 968/1560). *el-İknâ’*. nşr. Hilâl Musaylihî Mustafa. Beyrût 1982.
- Hafif, Alî. *Ahkâmü’l-mu ‘âmelâti’ş-şer’iyye*. Kahire: Darü’l-Fikri’l-Arabi, 2008.
- Hafif. *ed-Damân fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, Darü’l-Fikri’l-Arabi, Kahire 2000.
- Halebî, İbrâhim b. Muhammed b. İbrâhîm (ö. 956/1549). *Mülteka’l-Ebhur*. Beyrût: Darü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1998.

- Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî el-Haraşî el-Mâlikî (ö. 1101/1690). *Şerhu Muhtasari Halîl*. Beyrût: Dâru Sâdır, ts.
- Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımaşki (ö. 1088/1677). *ed-Dürri'l-muhtâr*. İstanbul 1308.
- Hâşimî, Sultan b. İbrahim b. Sultan. *Ahkâm-u Tasarrüfâtî'l-Vekîl fî Ukûdi'l-Muavazati'l-Mâliye*, Dârü'l-Buhûs Li'd-Dirâse, 1. bsk., y.y., 2002.
- Hâşimî, Şerif Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ebu Musa. *Kitab'ul-İrşad ila Sebilul-reşad*. thk. Abdullah b. Abdülmuhisin Türkî, Beyrût: Müessesetü'r-Risale Naşirun, 1998.
- Hattâb, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed. *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtasari'l-Halîl*. thk. Muhammed Tamir ve Munammed Abdulazim. Kahire: Daru'l-Hadis, 1329.
- Helvacı, İlhan. *Hukuki Mütalaalar*. İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011.
- Heyet. *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1983–2006.
- Huceylan Abdülaziz b. Muhammed b. Abdullah. *Tasarrufâtü'l-emîn fî'l-ukûdi'l-mâliyye*. y.y., t.y.
- Hısnî, Takıyyüddîn Ebû Bekr b. Muhammed el-Huseynî eş-Şafi'î. *Kifâyetü'l-ahyâr fî halli Ğayeti'l-İhtisâr*. Cidde 2016.
- Hin, Mustafa - Boğa, Mustafa - Şerbeci, Ali. *el-Fıkhu'l-menheci*. I-VIII. Dımeşk: Darul Kalem, 1992.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836). *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*. thk. Heyet. Riyad: Dâru Alemi'l-Kütüb, 2003.
- *Neşru'l-Arf fî Binâi Ba'di'l-Ahkâmi ale'l-Urf*. (Mecmûatu Resâil'i İbn Âbidîn'in içinde, müellifin çeşitli konularla ilgili otuz iki risâlesini ihtiva etmektedir), Beyrût 1410/1990.
- *Şerhu Ukûdu resmi'l-müftî*. (Mecmûatu Resâili İbn Abidin içinde). Beyrût: Daru İhyaü't-Turasu'l-Arabi, ty..
- İbn Abdülber en-Nemerî, Ebû Ömer Cemâlüddin Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed b. Abdilberr en-Nemerî (ö. 463/1071). *Kitabü'l-Kâfî fî'l- Fıkhi Ehli'l-Medineti'l-Malikî (el-Kâfî fî fîrû' i'l-Mâlikiyye)*. I-II, Beyrût 1987.
- *et-Temhid limâ fî'l-Muvatta' mine'l-meânî ve'l-esânîd*. Riyad 1416/1996.

- İbn Akil, Ebü'l-Vefâ Alî b. Akil b. Muhammed b. Akil el-Bağdâdî (ö. 513/1119). *et-Tezkire*. Riyad: Daru'l İşbiliyya, 1422/2001.
- İbn Cüzey, Ebü'l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî el-Gırnâtî (ö. 741/1340). *el-Kavaninü'l Fıkhiyye*. nşr. Abdurrahman Hasan Mahmûd, Kahire 1405-1406/1985.
- İbn Fâris, Ebü'l-Hüseyn Ahmed. *Mu'cemü mekayîsi'l-luğa*, nşr. Abdüsselâm M. Hârûn, Beyrût 1991.
- İbn Hacer el-Heytemî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed el-Heytemî es-Sa'dî (ö. 974/1567). *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*. I-X, Kahire: Mektebetü't-Ticariyyet'il-Kübra, 1357.
- İbn Hacıb, Osman b. Ömer b. Ebû Bekir el-Malikî (v. 646/1248), *Muhtasarü'l-Müntehâ*, İstanbul: yy., 1307-1310.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî, (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*. I-XI, thk: Muhammed Münir ed-Dımeşkî, Mısır: İdâretu't-Tıbbâti'l-Münîriyye, 1350.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakir (Şerhu Fethi'l-Kadir ale'l-Hidaye Şerhi Bidayeti'l-Mübtedi)*. I-VIII, Beyrût: Daru'l-Fikr, t.y.
- İsfahânî, Ebü'l-Kasım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgıb el-İsfahânî. *el-Müfredât fî Ğaribi'l-Kur'ân*. nşr. Safvân Adnân Dâvûdî, Beyrût 1412/1992.
- İbn Kayyim, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Züraî ed-Dımaşki el-Hanbelî el-Cevziyye (ö. 751/1350). *İ'lamü'l-Muvakkûn 'an rabbi'l-'âlemîn*. nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'd, Beyrût 1968, I-IV.
- İbn Kudâme, Muvaffaküddîn Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, (ö.620/1223). *el-Muğnî*. thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî-Abdülfezzâh Muhammed el-Hulv, 3. Bsk, Riyad: Dâr-ü Alemi'l-Kütüb, 1997.
- *el-Umde fî'l-Fıkhi'l-Hanbelî*. nşr. Eşref b. Abdülmaksûd, Beyrût 1409/1988.
- İbn Manzûr, Ebu'l Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem (ö. 711/1311). *Lisânü'l-Arab*. nşr. Emîn M. Abdülvehhâb – M. Sâdık el-Ubeydî. I-XVIII. 2. bsk., Beyrût 1417/1997.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrahim el-Mısırî, (ö. 970/1563). *el-Eşbâh ve'n-Nezair*. nşr. Zekeriya Omayrat. Beyrût: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2019.
- İbn Receb, Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdurrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dımaşkî (ö. 795/1393). *el-Kavâ'id (Tahrîrü'l-kavâ'id ve tahrîrü'l-fevâ'id)*. nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'd, Kahire 1392/1972.

- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetul-müctehid ve nihâyetul-muktesid*. Beyrût: Darul-Fıkr, t.y.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî. *Mecmûu Fetâvâ*. Rabat: el-Mektebetü'l-Mearif, 1401/1981.
- İbnü's-Sââtî, Ebü'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî (ö. 694/1295). *Mecma'u'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 2087-2102.
- Kâdizâde, Ahmed Şemseddin (ö. 988/1580). *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr (Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadîr)*. Beyrût: Dâru lhyâit- türâsi'l-Arabî, 1986.
- Kadri Paşa, Muhammed. *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân fî'l-mu'âmelâti's-ser'iyye âlâ mezhebi'l-Îmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*. thk. Rami Selheb. Amman: Arvika Li'd-dirasat ve'n-neşr, 2020.
- Kahraman, Abdullah -Karademir, Rumeysa. "Sivas Mebusu Ahmed Şükrü Bey'in Tevşîh-i Kavâid-i Fıkhiyye Adlı Risalesi". Kocaeli: Kocaeli İlahiyat Dergisi, 2018.
- Karadâğî, Ali Muhyiddîn Ali, *Mebdeü'r-Ridâ fî'l-Ukûd, (Mebdeü'r-Ridâ)*, I-II, 1.Bsk., Lübnan: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1985.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku (Mukayeseli)*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1999.
- Karaman. *İş ve Ticaret İlmihali*. İstanbul: İz yayınları, 2012.
 - Karaman. "Akit". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/251-256. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, (ö. 587/1191), *Bedâ'î'u's-sanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.
- Kaşıkcı, Osman. "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle". Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Osmanlı Ansiklopedisi, 1-6, 6. Cilt (Teşkilat).
- Kefevî, Ebü'l-Bekâ'. *el-Külliyât (Külliyâtü Ebi'l-Bekâ')*. Beyrût 1413/1993.
- Kenanoğlu, M. Macit. "Nizâmiye Mahkemeleri". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 33/185-187. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Kermi, Zeynüddin Mer'i b. Yûsuf b. Ebi Bekr Kermi el-Makdisi el-Hanbeli. *Gayetu'l-Mühteha fî'l-Cem beyne'l-İkna' ve'l-Münteha*. thk. Yasir İbrahim el-Mezrui, Raid Yusuf er-Rumi. Kuveyt: Garas li'n-Neşr 2007.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslam Hukukunda Kanunlaştırmaya Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

- Koca, Ferhat. "Mesud Efendi". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 29/344-345. Ankara: TDV Yayınları, 2004.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh (ö. 671/1273). *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'ân*. Beyrût: yy., 1405/1985.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed. *el-Muhtasar*. (nşr. Kâmil Muhammed Muhammed Uveyza). Beyrût 1418/1997.
- Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler. çev. Seha L. Meray. Takım I, Cilt II, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971.
- Mahmesani, Subhi. *el-Evdu't-Teşriyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye Madiha ve Hadıruha*. (el-Evdau't-Teşriyye). Beyrût 1972.
- el-Malik, Malik Bin Enes. *Muvatta'*. nşr. Muhammed Fuad Abdülbâki. Beyrût: Daru'l İhyaut Turası'l-Arabî, 1370/1951.
- Mardin, Ebu'ula Mardin. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. Ankara: Türkiye Diyânet Vakfı Yayınları, 1996.
- el-Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib (ö. 450/1058). *el-Hâvi'l-Kebîr*, (el-Hâvi). thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz. 1. bsk.. Beyrût: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiye, 1994.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Tab' ve Nâşiri: Mehmed Şemseddin, İstanbul 1329.
- Mehtarkhan Khwajamir. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Merdâvî, Ebü'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Süleymân b. Ahmed (ö. 885/1480). *el-İnsaf fi Ma'rifetir-Racihi minel Hilaf 'alâ mezhebi'l-İmâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*. nşr. Muhammed Hâmid el-Fîki., I-XII, Kahire: Matbaat'ıl-Sünnet'il-Mahmudiyye, 1374-1378/1955-1958.
- Mergînânî, Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr (ö. 593/1197). *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l mübtedî*. nşr. M. Muhyiddin Abdülhamîd. I-IV. Kahire 1385/1966.
- Mes'ud Efendi. *Mir'ât-ı Mecelle*. İstanbul: Matbaa-i Osmâniye, 1302.
- Mevsilî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*. I-III, Kahire 1355; iki ciltte beş cilt, (nşr. Mahmûd Ebû Dakıka), Kahire 1370/1951, 1395/1975.
- *el-Muhtâr li'l-fetvâ*. (el-İhtiyâr ile birlikte). I-V. Kahire: Matbaatu'l-Halebi, 1356/1938.
- Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşki (ö. 1298/1881). *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*. (nşr. Muhammed Muhyiddin Abdülhamîd), I-IV, Kahire 1381/1961.

- Muhammed Fuâd Abdülbâkî. *Mu'cemu'l-mufehres li elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*. Kitâbu'ş-Şâ'b, Kahire 1958.
- Murati, Salih. "Yugoslavya Krallığı'nda Müslümanlar Açısından Şeriat Mahkemelerinin ve Mecelle'nin Yeri ve Önemi". *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021.
- Mütercim Asım Efendi, Seyyid Ahmed Âsım el-Antabî (ö. 1235/1819). *Kamusü'l-Mühit Tercemesi Okyanus*. İstanbul: yy., 1230.
- Molla Hüsrev, Mehmed (v. 885/1480). *Miratü'l-Usûl Şerhi Mirkatu'l-Vusûl*. Matbaa-i Amire, İstanbul 1217/1892.
- Morcos, Soliman; Farag, Wadie. *Yeni Mısır Medeni Kanunu (Kaynakları, Vasıfları ve Gelecek İçin Vadettiği İmkânlar)*. Tercüme: Coşkun Üçok, Cilt:10, Sayı:1, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1953.
- Nazım İrem, Celal. "Klasik Osmanlı Adalet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması". *Muhafazakâr Düşünce*, 15, Kış 2008, 149-174.
- Nesâî, *Sahih*, yy., İstanbul 1401/1982.
- Nesefî, Ebû'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (ö. 710/1310). *Kenzü'd-deka'ik*. (İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik* içinde, nşr. Zekeriyyâ Umeyrât), Beyrût 1418/1997.
- *Tilbetut Talebe fi Istilahatil Fıkhiyye*. Beyrût. Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, ty.
- Nevevî, Muhyiddîn Ebû Zekeriya Yahya b. Şeref (ö. 676/1277). *Minhâcü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müttakîn*. thk. Muhammed Tahir Şa'ban, 1. bsk., Beyrût 2005.
- *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakin*. nşr. Âdil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Muavvaz. I-VIII. Beyrût 1412/1992.
- Ocañoğlu, Ömer Faruk. *Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Değişmeler ve Toplumsal Etkileri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Onar, Sıddık Sami. "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Condification'u Mecelle". *Journal of Istanbul University Law Faculty*. 20/1-4 (Temmuz 2011).
- Ortaylı, İlber. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. İstanbul: Kronik Kitap, 1995.
- Özel, Ahmet. "Müste'men". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 32/140-143. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*. İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973.
- *Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*. Osmanlı Ansiklopedisi 6. Cilt (Teşkilat), İstanbul.

- Öztürk, Abdulvehab. “İslam’da İşçi İşveren Münasebetleri”, *İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1986.
- Râfîî, Ebü’l-Kasım Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfîî el-Kazvînî (ö. 623/1226). *Fethu’l-‘azîz fî Şerhi’l-Vecîz (eş-Şerhu’l-kebîr)*. I-XIII, Beyrût: Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1997.
- Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle. *Mecelle Mazbatası*. İstanbul: İstanbul Mahmut Bey Matbaası, 1305.
- Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza, (Ö. 1004/1595), *Nihâyetü’l-Muhtâc ilâ Şerhi’l-Minhâc*. I-VIII, 2.Bsk., Beyrût: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.
- Reşid Paşa. *Rûhu’l-Mecelle*. I-VIII, İstanbul h. 1326-28.
- Sa’dî Çelebi. *Fetâvâ-yı Sa’diyye (Mecmûa-i Fetâvâ)*. Süleymaniye Ktp.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî (ö. 240/854). *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*. I-VI, Beyrût: Dâru Sâdır, ts.
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (ö. 539/1144). nşr. M. Zekî Abdülber. I-III, Beyrût 1405/1984.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed (1895-1971). *Mesâdiru’l-hak fî’l-fıkhi’l-İslâmî*. I-VI, Kahire: Daru’l-İcad, 1954-1959.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090). *el-Mebsût*. Kahire 1324-1331.
- *el-Usûlü’s-Serahsî*, nşr. Ebu’l Vefa Afgani. I-II. Haydarâbâd: Cenneti İhyail Maarifil Osmaniyye, 1993.
- Sübkî, Ebû Nasr Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Alî b. Abdilkâfî es-Sübkî (ö. 771/1370). *el- Eşbah Ve’n-Nezair*. nşr. Adil Ahmed Abdülmevcud ve Ali Muhammed. Beyrût 1991.
- *Cemu’l cevâmi’ fî usûli’l-fıkh*, Kahire 1304.
- *Men’ul mevani la Cem’ul cevami’*. nşr. Saîd b. Ali Muhammed el-Humeyrî. Beyrût a1420/1999.
- *el-İbhâc fî Şerhi’l-Minhâc âlâ Minhâci’l-vüsûl ilâ ilmi’l-usûl*. nşr. Şaban Muhammed İsmail. Kahire: yy., 1981/1401.
- Şafak, Ali. “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, *İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri*. Ensar Neşriyat, İstanbul 1986.
- Şafak. “Akar”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/221-222. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Şafîî, Muhammed b. İdris eş-Şafîî. *er-Risâle*. Dârü’l-Kütübi’l-Mısriyye, Kahire 1368.
- *el-Ümm*. Beyrût: Dârü’l-Vefa’, 1403/1983.
- Şeref b. Ali Şerif. *İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku*. Ter: Mehmet Keskin. İstanbul: İhya Yayınları, 1986.

- Şerkavî, Abdullah b. Hicâzî b. İbrâhîm el-Ezherî. *Hâşiyetü's-Şerkavî alâ Şerhi't-Tahrîr*. I-IV, Beyrût 1418/1997.
- Şen, Yusuf. "Mâverâünnehir Fıkıh Kültürünün Etkileri". *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* [TAED]. 56, Erzurum. 2016.
- Şen, Murat. *İslam Hukuku'nda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1994.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805). *el-Câmiu's-Sağîr*. nşr. Muhammed Boynukalın, Beyrût: Darul İbni Hazm, 1432/2011.
- Şeybânî, Abdulkadir bin Ömer. *Kitâbü'l-Mu'temed fî fikhul-İmam Ahmed*. Beyrût: Daru'l-hayr, ty.
- Şeyh Nizâm, Burhânî. *Fetâvâyı Hindiyye*. Tercüme: Mustafa Efe. I-XVI. Ankara: Huzur Yayınevi, 1984-1988.
- Şeyhîzâde, Şeyhîzâde Gelibolulu Abdurrahman Muhammed b. Süleyman (ö. 1078/1667). *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*. Beyrût: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, h. 1316.
- Şirâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, (ö. 476/1083). *el-Mühezzebe fî Fıkhi'l-İmâmi's-Şâfî*. thk. Muhammed Zuhaylî. I-VI. 1.Bsk., Dimeşk: Darü'l-Kalem, 1996.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb (ö. 977/1570). *Muğni'l-muhtâc ilâ Ma'rifet-i meânî elfâzi'l-Minhâc*. thk., Muhammed Halil Ayntanî, Beyrût 1997.
- Şükrü Bey, Ahmed. *Tevşih-i Kavaid-i Külliye*. İstanbul: Necm-i İstikbal Matbaası, 1327/1909.
- Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr (ö. 310/923). *İhtilâfü'l-fukahâ' (İhtilâfü 'ulemâ'i'l-emsâr fî ahkâmi şerâ'i'l-İslâm)*. Beyrût: yy, ts.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed b. Eyyüb. *el-Mu'cemü'l-kebîr*. İstanbul, yy., 1995.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî (ö. 321/933). *Muhlasaru't-Tahâvî*. nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efganî. Hind: Cennetü'l İhyai'l Maarifi'n Nu'maniyye, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed bin Sevr (ö. 279/892). *Cami'u's Sahîh*. Kahire: yy., 1356/1937.

- Türcan, Talip. *İslam Hukuku El Kitabı*. haz. Yıldız Demir, Ahmet M. Peşe, Ankara: Grafiker Yayınları, 2015.
- Uğur, Seyit. “Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”. *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 22/1 (Haziran 2018), 233-257. <https://doi.org/10.18505/cuid.359818>.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları (Medeni Hukuk)*. İstanbul, 1951.
- Yavuz, Hulusi. “Cerîde-i Mehâkim” ve “Cerîde-i Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 7/404-405, 408-409. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Yıldız, Kemal - Nacar, Tayyip. “*Mirât-ı Mecelle’de Belirtilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Kaynakları*”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 87-105, Sayı: 20, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2012.
- Yurtseven, Yılmaz. “Bir Osmanlı Örfî Hukuk Düzenlemesi Olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye”. *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*. Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021.
- Zebîdî, Muhammed Murtazâ (ö.1205/1791). *Tâcü'l-'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, Thk. Abdülkerim el- Azbavî, 1.Baskı, Matbaat-ü Hükümeti'l- Küveyt, Kuveyt, 1987–2001.
- Zerkâ, Mustafa Ahmet. *el-Medhalu'l-fıkhiyyi'l-âmm* (el-Fıkhu'l-İslâmî fî sevbihî'l-cedîd). I-III, Dimeşk: Daru'l-Fikr, 1968.
- Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali (ö.743/1343). *Tebyinu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire 1310.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletüh*, (*el-Fıkhu'l-İslâmî*). 2.Bsk., Dimeşk: Dârü'l-Fikr, 1985.