



**İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA
AKİT HÜRRİYETİ**

Hüseyin KARAYAKA

Doktora Tezi

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2019

Her Hakkı Saklıdır

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

Hüseyin KARAYAKA

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA AKİT HÜRRİYETİ

DOKTORA TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. Ali İhsan PALA

ERZURUM – 2019



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



15/11/2019

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

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

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

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezimin/Raporumun makale için **altı ay**, patent için **iki yıl** süreyle erişiminin ertelenmesini istiyorum.

15/11/2019

Hüseyin KARAYAKA

*** LİSANSÜSTÜ TEZLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TOPLANMASI, DÜZENLENMESİ VE ERİŞİME AÇILMASINA İLİŞKİN YÖNERGE**

.....

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Lisansüstü tezlerin erişime açılmasının ertelenmesi MADDE 6– (1) Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

Gizlilik dereceli tezler MADDE 7– (1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

F-83/00/22.12.2016



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



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Ali İhsan PALA danışmanlığında, Hüseyin KARAYAKA tarafından hazırlanan bu çalışma 15/11/2019 tarihinde aşağıda isimleri yazılı jüri tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Ali İhsan PALA

İmza:

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Davut YAYLALI

İmza:

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Şamil DAĞCI

İmza:

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Abdullah ÇOLAK

İmza:

Jüri Üyesi : Doç. Dr. H. Murat KUMBASAR

İmza:

Prof. Dr. Sait UYLAŞ

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
KISALTMALAR DİZİNİ	IX
ÖNSÖZ.....	X
GİRİŞ	1
I. ÇALIŞMANIN ÖNEMİ VE AMACI	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
III. ÇALIŞMADANIN PLANI, ÇALIŞMADA İZLENEN YÖNTEM VE KAYNAKLAR	5

BİRİNCİ BÖLÜM

KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

1.1. BORÇ	7
1.1.1. Mûceb.....	9
1.1.2. İltizâm.....	11
1.1.3. Daman	12
1.1.4. Vâcib	13
1.1.5. Hukuku'l-akd	14
1.1.6. Ayn-Deyn	15
1.2. AKİT	17
1.2.1. Akdin Tanımı	17
1.2.2. Akdin Unsurları/ Rükün ve İn'ikad/Kuruluş Şartları	22
1.2.3. Akdin Sıhhat/Geçerlilik Şartları	24
1.2.4. I-II- 4- Akdin Nefaz/Yürürlük Şartları	25
1.2.5. Akdin Lüzum/Bağlayıcılık Şartları	26
1.2.6. Akitlerde Muhayyerlik	27
1.2.5.1. Şart Muhayyerliği.....	27
1.2.5.2. Görme Muhayyerliği	28
1.2.5.3. Ayıp Muhayyerliği	29
1.2.5.4. Tayin Muhayyerliği	30
1.2.5.5. Vasıf Muhayyerliği.....	30

1.2.5.6. Meclis Muhayyerliği.....	31
1.2.7. Akdin Hükümü	32
1.2.8. Akdi Sona Erdiren Durumlar	33
1.2.9. Akitlerin Tasnifi	34
1.2.9.1. Hüküm Açısından Akdin Türleri.....	35
1.2.9.2. Mahalli/ Konusu Açısından Akdin Türleri.....	35
1.2.9.3. Gayesi Açısından Akdin Türleri.....	35
1.2.9.4. Ayna Bağlılık/ Teslim Açısından Akdin Türleri	36
1.2.9.5. Şekil Açısında Akdin Türleri.....	36
1.2.9.6. Tazmîn/ Ödeme Sorumluluğu Açısından Akdin Türleri	37
1.2.9.7. İstiklaliyet Açısından Akdin Türleri.....	37
1.2.9.8. İsim Açısından Akdin Türleri.....	37
1.3. İRADE	39
1.3.1. Tanımı	39
1.3.2. İrade- Rıza ve İhtiyar İlişkisi.....	41
1.3.3. İrade Beyanı	41
1.3.4. İrade Hürriyeti	42
1.3.5. İrade – Ehliyet İlişkisi	43
1.4. KAVRAM OLARAK AKİT HÜRRİYETİ	45
1.5. HAK VE HÜRRİYET	48
1.5.1. Hak	48
1.5.2. Hürriyet	52
1.6. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER AÇISINDAN AKİT HÜRRİYETİ.....	55

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA AKİT HÜRRİYETİ

2.1. İSLAM HUKUKUNDA HÜKÜM YETKİSİ VE MÂLÎ - AKDÎ KONULARDA GÖZETİLEN TEMEL ANLAYIŞ	59
2.1.1. İslam Hukukunda Hüküm Yetkisi.....	62
2.1.2. Mâlî - Akdî Konularda Gözetilen Temel Anlayış	64
2.2. İSLAM HUKUKUNUN KAYNAKLARINDA AKİT HÜRRİYETİ	71
2.2.1. Akit Hürriyetinin Kur'anî Dayanakları	71

2.2.2. Akit Hürriyetinin Sünnet'teki Dayanakları	92
2.2.3. Akit Hürriyetinin İcma'daki Dayanakları	105
2.2.4. Akit Hürriyetinin Kıyas'daki Dayanakları.....	107
2.2.5. Akit Hürriyetinin Tali Kaynaklardaki Dayanakları.....	108
2.2.5.1. Sahabi Görüşü	109
2.2.5.2. Şer‘u men Kablena/ Önceki Milletlerin Hukuku.....	111
2.2.5.3. Örf.....	113
2.2.5.4. İstihsan.....	115
2.2.5.5. İstislah/ Maslahat-ı Mürsele	117
2.2.5.6. Sedd-i Zera‘	119
2.2.5.7. İstışab.....	120
2.2.6. Akit Hürriyetine İşaret Eden Külli Kaideler	123
2.3. İSLAM HUKUKÇULARININ AKİT HÜRRİYETİ VE AKDİ ŞARTLAR	
HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ.....	138
2.3.1. Şart kavramı	141
2.3.2. Zahirilerin Görüşü	144
2.3.3. Hanefilerin Görüşü.....	149
2.3.3.1. Sahih Şart.....	150
2.3.3.1.1. Akdin Gereği/Muktezası Olan Şartlar	150
2.3.3.1.2. Akdin Gereğini Kuvvetlendiren/Akde Mülâyim Şartlar	151
2.3.3.1.3. Naslarda Cevaz Verilen Şartlar.....	151
2.3.3.1.4. Örf Haline Gelen Şartlar	153
2.3.3.1.5. Akitten Sonra Va’d Niteliğinde Olan Şartlar.....	155
2.3.3.2. Fasit Şart.....	156
2.3.3.2.1. Taraflara Menfaat Sağlayan Şartlar	156
2.3.3.2.2. Garar ve Bilinmezliğe Sebep Olan Şartlar.....	158
2.3.3.2.3. Haram/Yasak Unsur İçeren Şartlar	158
2.3.3.3. Batıl/ Hükümsüz Şart	160
2.3.4. Şafiilerin Görüşü	161
2.3.5. Hanbelilerin Görüşü	165
2.3.6. Malikilerin Görüşü	173
2.3.7. Mezheplerin Görüşlerinin Değerlendirmesi.....	178

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AKİT HÜRRİYETİNİN KISIMLARI VE ONU SINIRLAYAN DURUMLAR

3.1. AKİT YAPMA VE AKDİN DİĞER TARAFINI SEÇME HÜRRİYETİ VE BUNU SINIRLAYAN DURUMLAR	184
3.1.1. Ortak Malda Tasarruf	190
3.1.1.1. Yararlanma	192
3.1.1.2. Hukuki İşlem	192
3.1.1.3. Taksim/ İzale- i Şuyu.....	194
3.1.2. Tekel.....	204
3.1.3. İhtikar/ Karaborsa.....	211
3.1.4. Narh/ Fiyatlara Devletin Müdahalesi	218
3.1.5. İltihaki Akitler ve Kamuya Mal ve Hizmet Sunma.....	221
3.1.6. Mütemerrit Borçlu ve Müflis	226
3.1.7. Ölümçül Hastanın Tasarrufları.....	234
3.1.8. Rehin	238
3.1.9. Şüf'a	241
3.1.10. İstimlak ve İstimval.....	244
3.1.11. Zaruret Hali	247
3.1.12. Mecbûrî Sigorta.....	255
3.1.13. Müzayede ve İhale.....	260
3.1.14. Üreticinin Şehir Girişinde Karşılansması ve Şehirlinin Köylü Adına Satış Yapması.....	266
3.2. AKDİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ HÜRRİYETİ.....	267
3.2.1. Akdın Şekli.....	268
3.2.2. Akdın Sigası	269
3.2.2.1. Akdın Sözle Olması.....	271
3.2.2.2. Akdın Sözden Başka Diğer Vasıtalarla Olması.....	273
3.2.3. Şekil Hürriyetini Sınırlayan Durumlar	277
3.3. AKDİ TANZİM/ DÜZENLEME HÜRRİYETİ.....	279
3.3.1. Akdın Konusunu/Türünü Seçme Hürriyeti	280
3.3.1.1. Akdın Konusunun Kısımları.....	281
3.3.1.1.1. Mal ve Menfaat.....	281

3.3.1.1.2. Mal ve Milk	283
3.3.1.1.3. Mal ve Haklar	286
3.3.1.1.4. Malın Kısımları.....	289
3.3.1.1.4.1. Mütakavvim – Gayr-i Mütakavvim	290
3.3.1.1.4.2. Menkul – Gayr-i Menkul	290
3.3.1.1.4.3. Misli – Kıyemi	291
3.3.1.1.4.4. Tüketilen – Kullanılan	291
3.3.1.1.4.5. Memluk – Mubah – Mahcur	292
3.3.1.1.4.6. Bölünebilen – Bölünemeyen.....	292
3.3.1.1.4.7. Hususi – Umumi	293
3.3.1.1.4.8. Maddi - Manevi.....	294
3.3.1.1.5. İş/ Emek	295
3.3.1.2. Akdin Konusunun Özellikleri.....	298
3.3.1.2.1. İmkansız Olmaması	298
3.3.1.2.1.1. Mevcut Olması.....	299
3.3.1.2.1.2. Mümkün/Makturu't-Teslim Olması.....	307
3.3.1.2.1.3. Muayyen/ Malum Olması	309
3.3.1.2.2. Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması.....	316
3.3.1.3. Akdin Konusunu/Türünü Seçme Hürriyeti/ Tip Serbestisi	321
3.3.2. Akdin Konusunu Düzenleme/Değiştirme Hürriyeti.....	325
3.3.2.1. Akdi Şartların Kısımları	327
3.3.2.2. Akitle İlgili Şartlar Açısından Akit Hürriyetinin Sınırı.....	330
3.3.3. Akdin Konusunu Ortadan Kaldırma Hürriyeti.....	333
3.3.3.1. İki Tarafı da Bağlayıcı Olan Akitler.....	337
3.3.3.1.1. İkâle	339
3.3.3.1.2. Fesih.....	343
3.3.3.1.2.1. Akdin Bağlayıcı Olmaması.....	344
3.3.3.1.2.1.1. Muhayyerlik Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi	345
3.3.3.1.2.1.2. Fesat Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi.....	348
3.3.3.1.2.1.3. Yetkisizlik Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi.....	352
3.3.3.1.2.1. 4. Mazeret Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi	354
3.3.3.1.2.2. Borcun İfa Edilmemesi	356

3.3.3.2. Tek Tarafı Bağlayıcı Olan Akitler.....	360
3.3.3.2.1. Rehin.....	361
3.3.3.2.2. Kefâlet.....	362
3.3.3.2.3. Vekâlet.....	363
3.3.3.2.4. Tahkim.....	363
3.3.3.2.5. Vasiyet	363
3.3.3.2.6. Hibe.....	364
3.3.3.3. İki Tarafı da Bağlayıcı Olmayan Akitler.....	366
3.3.3.3.1. Vedia.....	366
3.3.3.3.2. Ariyet	367
3.3.3.3.3. Şirket.....	368
3.3.3.3.4. Mudarebe	369
SONUÇ.....	371
KAYNAKÇA	374
ÖZGEÇMİŞ.....	387

ÖZET

DOKTORA TEZİ

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA AKİT HÜRRİYETİ

Hüseyin KARAYAKA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2019, 387 Sayfa

Jüri: Prof. Dr. Ali İhsan PALA
Prof. Dr. Davut YAYLALI
Prof. Dr. Şamil DAĞCI
Prof. Dr. Abdullah ÇOLAK
Doç. Dr. Hacı Murat KUMBASAR

Bu tezin amacı İslam borçlar hukukunda akit hürriyetinin var olup olmadığını ve sınırlarının ne olduğunu ortaya koymaktır. Zira insanlık tarihi boyunca insanların ihtiyacına binaen var olan ve gelişerek zenginleşen borçlar hukuku alanına giren akitler, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da önemli bir yer işgal etmektedir. Bu sebeple biz de bu çalışmamızla İslam hukukunun, bu akitlere bakışının ne olduğunu ortaya koymayı hedefledik.

Birinci bölümde konuyla ilgili kavramlar olan borç, akit, irade, hak, hürriyet ve akit hürriyeti kavramlarını ele aldık. İkinci bölümde konunun hukuki dayanaklarını, İslam hukukunun kaynaklar silsilesini dikkate alarak sırası ile ifade ettikten sonra hukukçuların bu hususta vardıkları kanaatlerini detaylı bir şekilde zikrettik. Üçüncü bölümde ise akit hürriyetinin kısımları olan akit yapma ve karşı tarafı seçme, akdin şeklini belirleme ve akdi düzenleme ve bu bağlamda akdin konusunu seçme, değiştirme ve sonlandırma hususundaki hürriyeti ve sınırlamalarını ele alıp inceledik.

Yaptığımız bütün bu incelemeler neticesinde vardığımız sonuca göre İslam hukukunda akitlerde asıl olan akitlerin gönül rızasına dayalı olması ve mubah olmasıdır. Zira akitler, insanların ihtiyaçlarını gidermek için ihdas edilmiştir. Bunu tamamen yok saymak veya belli akitlerle sınırlı tutmak insanları ciddi anlamda sıkıntıya sokar. İslam hukuku insanların hayatında çok önemli bir yeri olan bu akitlerde, tarafların bir birlerini aldatmaması ve tarafları nizaya sevk etmemesi için akdin her yönü ile şeffaf olmasını istemiştir. Bu akitlerden sadece taraflardan birinin haksız kazanç elde ederek diğer tarafa zarar verecek mahiyette olanlarını yasaklamıştır.

Anahtar Kelimeler: Borçlar hukuku, akit, akit hürriyeti, irade, hak, hürriyet, mubah.

ABSTRACT

PhD THESIS

FREEDOM OF CONTRACT IN THE ISLAMIC LAW OF LIABILITIES

Hüseyin KARAYAKA

Advisor: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2019, 387 pages

Jury: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Prof. Dr. Davut YAYLALI

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Prof. Dr. Abdullah ÇOLAK

Doç. Dr. Hacı Murat KUMBASAR

The purpose of this thesis is to reveal whether there is the freedom of contract in the Islamic law of liabilities and what its boundaries are. Because the contracts entering in the scope of law of liabilities which has existed owing to needs of human beings and has become richer by progressing throughout human history occupy a significant place in the Islamic law as it is in the other judicial systems. Therefore, by this study, we have aimed to put forth the view of the Islamic law to these contracts.

In the First Part, we took up the concepts of debt, contract, willpower, right, and freedom of contract related to our subject. In the Second Part, after expressing the legal bases of the subject in order by taking the succession of the sources of the Islamic law into consideration, we mentioned the opinions of the jurists which they reached in this matter in detail. In the Third Part, we took up and examined the freedom and limits with respect to making contracts and choosing the counter side, determining the form of contracts and arranging them which are the sections of the freedom of contract, and in this context choosing the theme of contracts, changing and terminating it.

According to the results we have reached through our studies, what is essential in contracts in the Islamic law is that contracts must be based on the consent of heart and be permissible because contracts have been created to satisfy human needs. Ignoring this case entirely or limiting it by certain contracts gives rise to serious difficulties and troubles. The Islamic law have wanted contracts to be clear in every aspect for the sides not to deceive each other and not to cause conflicts and fight between them while making contracts that occupy an important place in the lives of human beings. It has prohibited only the contracts that one of the sides can make harm to the other side by gaining unfair profit through them.

Keywords: Law of liabilities, contract, freedom of contract, willpower, right, freedom, permissible

KISALTMALAR DİZİNİ

A.	: Ayet
An. Ü.	: Ankara Üniversitesi
Ar.	: Arapça
Ata. Ü.	: Atatürk Üniversitesi
B.	: Bin
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CÜİFD	: Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
Ed.	: Editör
H.	: Hicri
İFAV	: İlahiyat Fakültesi Vakfı
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Md.	: Madde
Haz.	: Hazırlayan
Hız.	: Hazreti
Muh.	: Muhakkik
MÜİFY	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları
R.A.	: Radiyallahü Anh
S.	: Sayfa
S.A.	: Sallallahü Aleyhi Ve Selem
Sos. Bil. Ens.	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Sy.	: Sayı
Thk.	: Tahkik Eden
Trc.	: Tercüme Eden

ÖNSÖZ

İnsanları ihtiyaçları ile var eden ve bu ihtiyaçlarını giderebilmek için insanlara meşru yolları gösteren, bu bağlamda her türlü akdi yapmayı insana öğreten ve bu akitleri meşru kılan ve insanı her türlü haksız tasarruftan alıkoyarak insanı koruyan ve yücelten Allah’a hamd olsun. İnsanlara, Allah’tan aldıkları ilahi öğretiyi aktararak ve örnek yaşantıları ile dini, hukuku ve hayatı öğreten önderlerimiz olan peygamberlere, onların ehl-i beytine, ashabına ve ihsan ile onların yolunu takip eden din büyüklerine salat ü selam olsun.

İnsanlar var olduğu günden beri ihtiyaçları ile var olmuştur. Bu ihtiyaçlarının bir kısmını bizzat kendisi el emeği ile ve tek başına gidermiş ise de birçoğunu giderebilmek için diğer insanlar ile irtibat kurmaya ve onların desteğini almaya ihtiyaç duymuştur. Zira insanlar yaratılış itibarı ile farklı kabiliyet ve imkanlar içerisinde ve bir çok şeye muhtaç yaratılmışlardır. Hiçbir insan bütün ihtiyaçlarının tamamını kendisi tek başına giderebilecek imkana sahip değildir. Böyle bir zorunluluk insanları birbirleri ile akit denilen bir vasıta ile ilişki içerisine girmeye sevk etmiştir. Daha net bir ifade ile söyleyecek olursak akitler, insanların ihtiyaçlarının bir neticesidir. İnsanların ihtiyacına binaen ihdas olunan bu akitler, zaman içerisinde çeşitlenerek ve artarak devam etmiştir ve insanların hayatında önemli bir yer işgal etmiştir.

Hukuk sistemleri insanların hayatını belli bir düzene sokarak, insanların kargaşadan ve belirsizlikten arınmış ve korunmuş olarak ve bir birlerinin haklarına riayet ederek bir hayat sürmelerini gaye edinir. Hukukun bu düzenlemeleri hayatın her alanında olduğu gibi insanların hayatında önemli bir yer tutan akitler alanında da geçerlidir.

İslam hukukunun akitlerle ilgili düzenlemeleri, İslam hukukunun asli kaynakları olan Kur’an ve sünnet ile tali kaynaklardaki verilerden hareketle İslam hukukçularının bunlara getirdikleri yorumlarla birlikte fıkıh kitaplarının muamelat bölümlerinde yer almaktadır. Biz “**İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti**” adını verdiğimiz bu tezimizde bütün bu verileri dikkate alarak İslam hukukunun, borçlar hukukundaki akitlerde gözetmiş olduğu ana gaye nedir ve bu konudaki çizmiş olduğu sınırlar nelerdir bunları ortaya koymayı hedefledik.

İslam hukuku, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak ilahi menşe’li olması hasebi ile insan fıtratına uygun ve tüm insanların maslahatı için olan şeyleri meşru ve mubah saymış, insanların birbirlerine zarar verecek her türlü tasarrufu ise yasaklamıştır. Bu anlayış gereği de akitlerde de insanlar için faydalı olanı meşru ve mubah kılmış ve akitlerde her türlü haksızlığı ve zorbalığı yasaklayarak akitlerin temeline rızayı koymuştur. Rızaya dayanmayan, taraflardan sadece birine haksız menfaat sağlayan diğer tarafa zarar veren aynı zamanda tarafları nizaya sevk edecek olan her türlü etkiyi akitlerden uzaklaştırarak akitleri asli gayesi olan tarafların adil ve karşılıklı olarak maslahatlarını temin etmeye hasretmiştir.

Bu vesileyle çalışmalarımda yol gösteren değerli danışman hocam Prof. Dr. Ali İhsan PALA’ya ve tezimin jürisinde yer alarak önemli katkılar sağlayan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Davut YAYLALI, Prof. Dr. Şamil DAĞCI, Prof. Dr. Abdullah ÇOLAK ve Doç. Dr. Hacı Murat KUMBASAR beylere, ayrıca önerileriyle tezimin şekillenmesinde katkıda bulunan, kaynak temini hususunda yardımcı olan bütün değerli hocalarıma, arkadaşlarıma ve çalışma süreci boyunca dualarıyla ve destekleri ile yanımda olan saygıdeğer aileme teşekkürlerimi sunuyorum.

Erzurum – 2019

Hüseyin KARAYAKA

GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN ÖNEMİ VE AMACI

İslam'ın değerler sistemine göre insanlar doğuştan hür oldukları için İslam hukukuna göre cenin de dâhil canlı doğan her insan, “kişinin dînî/hukûkî hak ve yükümlülüklerine elverişli olması” anlamındaki “vücup ehliyetine” sahiptir. Kelâmî açıdan bakıldığında da insanlar “mutlak cebir” altında olmayıp eylemlerini kendi tercihleri ile seçer - o eylem Allah'ın kudreti ile vuku bulmasına rağmen kişinin tercihi o yönde olduğu için- bu sebeple sorumluluk altına girmiş olur. Bu ilkeden hareketle insanlar genel olarak tüm hal ve hareketlerinde hürdürler. Bu hürriyet gereği olarak da insan, her türlü eyleminde hür iradesi ile hareket eder. İnsanlar sahip oldukları hür irade ile sosyal hayatı devam ettirebilmek için bir takım akit ve hukuki işlemler yaparlar. Borç ilişkilerine kaynak teşkil etmesi açısından akit ve diğer hukuki işlemler sosyal hayatın en temel hukuki kavramları arasındadır.

Akitlerin temelinde insanın ihtiyacı vardır ve insanlar bu ihtiyaçlarının bir kısmını bizzat kendileri çalışarak kendi el emekleri ile karşılarken büyük bir kısmını karşılamak için ise ancak diğer insanlarla ilişki kurmak zorundadır. Buna göre insanların, ihtiyaçlarını gidermek ve elde etmek istedikleri bir menfaati temin etmek için en az iki iradenin karşılıklı olarak ve anlaşarak bir konuda ittîfâk etmeleri gerekir ki işte bu da akittir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre eşyada asıl olan ibahadır. Zira İslam hukukunun ana kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te bir şey yasak edilmemişse o konuda asıl olan mubah olmaktır. Bu ilke akit hürriyetinin temel dayanağıdır.

Hukuk sistemlerinin dinamizmi ve evrenselliği açısından “akit hürriyeti” anlayışı motor rol oynamaktadır. Akit hürriyeti, hukuk düzeninin sınırları içinde fertlerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları ortaya getirebilme özgürlüğüdür. Akit hürriyeti ilkesi gereği, hukuk düzeninin sınırları içinde olmak ve genel âdab ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla insanlar istedikleri kişilerle istedikleri akitleri, istedikleri şartlar altında yapabilmektedirler. Diğer bir ifade ile hayatın değişen şartları içerisinde sonradan insanların ihtiyaç duyup oluşturdukları tüm akitler dini naslara/temel ilkelere, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak ve başkasının haklarını da ihlal

etmemek şartları ile geçerlidir. Esasen özel hukukun bir dalı olan borçlar hukukuna dair hükümlerin önemli bir kısmının yedek kural niteliğinde olması da bu ilke gereğidir. Bir hukuk sisteminde akit hürriyetinin kapsamı ne kadar genişse, emredici hukuk kurallarının kapsamı o ölçüde dar, yedek hukuk kurallarının kapsamı da o ölçüde geniş demektir.

Akit yapma hürriyetinin kapsamının belirlenmesi, İslam hukuku açısından oldukça önemli bir konudur. Özellikle faizsiz finansman yöntemlerinin geliştirilmesi ve bu bağlamda da faiz/riba yasağının kapsamının belirlenmesi, İslam'daki akit yapma hürriyetinin kapsamıyla doğrudan bağlantılıdır. Geçmişten günümüze geliştirilen faizsiz finansman yöntemlerinin, hile-i şer'iyye ve bu mahiyetteki hukuki çarelerle iç içeliği dikkate alındığında, akit hürriyetinin kapsamı ve borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerin emredici mahiyette olup olmadığının belirlenmesi konusunun önemi daha net olarak ortaya çıkmaktadır. Zira akit hürriyeti anlayışının hakim olduğu hukuk sistemlerinde de, kanunun yasakladığı bir akit tipinin doğurduğu sonuca kanunda öngörülmemiş olan bir sözleşme veya sözleşmeler aracılığıyla ulaşmaya cevaz verilmemektedir.

Kur'an ve Sünnet referanslı olarak çalışmayı planladığımız bu tezimizde; akit hürriyetinin varlığını ve sınırlarının ne olduğunu açıklarken hukukun gayesi olan insanın maslahatını gözeterek bir sonuca ulaşmayı hedeflemekteyiz.

İslam hukukunda akit hürriyetinin varlığını ve sınırlarını bu minval üzere açıklamaya çalıştığımız bu tezimizdeki amacımız insanların hayatının her safhasında yer alan akitlerin hangi ilkeler muvacehesinde cereyan ettiğini ve İslam hukukunun her zaman ve zeminde canlılığını nasıl sürdürdüğünü ortaya koymaktır. Buradaki temel ilke İslam borçlar hukukunda akitlerde asıl olanın hürriyet olduğu ve getirilen sınırlamaların ise istisnai olmasıdır. Bu ilkeyi ayrıntılı ve net bir şekilde ortaya koyarak İslam borçlar hukukunun insanların akitlerle ilgili hayatına yön vermede her zaman ve zeminde nasıl aktif bir şekilde yer aldığını ifade etmiş olacağız. Bu akit hürriyeti anlayışı kişiyi iktisadi alanda özgür kılacağı için kişinin mali teşebbüs anlayışını geliştirir ve faizsiz finansman yöntemlerinin geliştirilmesi sayesinde ekonomik canlanmaya ve kalkınmaya sebep olur ki bu da İslam borçlar hukukunun iktisadi hayata en büyük katkısıdır.

Ayrıca İslam hukukunun benimsemiş olduğu akit hürriyeti sayesinde insanların, yapmak istedikleri bir akit türünü hukukun sınırları içerisinde kalarak yapmış olmaları onlara hem hukuki güvence verir hem de vicdani rahatlık sağlar. Bu durum ise insanların İslam hukukuna olan bağlılıklarını güçlendirir. Böylece İslam hukuku her zaman ve her yerde canlılığını ve evrenselliğini korumuş olur.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın ana başlığı olan “İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti” aynı zamanda çalışmamızın sınırlarını da belirlemiş olmaktadır. Buna göre İslam hukuku dışındaki diğer hukuk sistemlerindeki “akit hürriyeti prensibi” bizim çalışmamızın dışında kalmaktadır. İslam hukukunun alt dalları içerisinde ise sadece “Borçlar Hukuku” alanına giren akitler incelenecek olup diğer sahalardaki akitler konumuzun dışındadır. Ancak zaman zaman konunun daha iyi anlaşılabilmesi için onlara atıflar yapılacaktır.

İslam hukukuna dair meselelerin ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı fur‘u-ı fıkıh kitaplarında genelde önce namaz, oruç, hac ve zekat gibi temel ibadetler ele alınır. Sonra hem ibadet hem de muamelat yönü olduğu kabul edilen nikah ve buna bağlı olarak talak, nafaka ve miras konuları ele alınır ki bugün bunlar ahval-i şahsîye, aile ve miras hukuku adı altında ele alınır. Sonra insanların birbirleri ile kurmuş oldukları mali ilişkiler demek olan akitler ele alınır. Bir önceki konu olan ahval-i şahsîyye ve miras hukuku ile muamelat konuları bugün medeni hukuk üst başlığı altında ele alınmaktadır.¹

Borçlar hukukunun konusu olan akitler; fur‘u-ı fıkha dair eserlerde bu eserlerin sistematigi gereği genelde ibadat bölümlerinden sonra “muamelat” üst başlığı altında “kitap-bab- fasıl” alt başlıkları ile verilmektedir.

Fıkıh kitaplarının bu bölümleri çağlara, mezheplere ve fakihlere göre isimleri ve sıralanışları itibari ile bazı farklılıklar arz etse de bu bölümlerde genel olarak şu akitlerin incelendiğini görmekteyiz.² İslam Hukukunun ilk kanunlaştırılma çalışmalarından biri olan Mecelle’nin muhteva ve sıralamasına göre akitler; bey‘/alım-satım, icare/kira-iş

¹ Mustafa Ahmed Zerka, *el-Medhalü’l Fıkhiyyü’l Amm, (el Fıkhu’l İslami fi Sevbihî’l Cedid, I-IV)* I, 66, 2. Baskı, Daru’l Kalem, Dımeşk 2004; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 78, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

² Mezheplere göre yazılmış bazı eser karşılaştırmaları için bkz; Bilal Aybakan, “Fur‘u-ı Fıkıh Sistematigi Üzerine Mkl.” *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31 (2006/2), 5-32.

akdi, kefâlet, havale, rehin, bey‘u‘l-vefa/geri alım şartı ile satım, ida‘/vedia, iare/ariyet, hibe, kismet/taksim, şirket, mudarebe, muzarea, musakat, Vekâlet, sulh ve tahkim şeklindedir.³ Mecelle’de zikredilmeyen; karz ve muharece/teharuc de mali akitlerdendir. Bunların dışında satım akdinin alt başlıklarından olan; sarf, selem, mukayada/trampa, istisna/sipariş akitleri bazı kitaplarda müstakil başlıklar altında incelenmiştir.

İslam Hukukunun ilk oluşum dönemi olan Peygamberimiz devrinden sonra peyder pey ihtiyaca binaen oluşan ve zaman içerisinde belli bir şekle girip ismi ve hükümleri belirlenen bazı akit türleri de vardır. İcareteyn, ihkar/tahkir, bey‘u‘l-vefa, bey‘u‘l-îne, isticrar⁴ akitleri gibi. Yine yakın zamanda oluşan bazı akit türleri vardır ki bunlar, mürekkep/karma akit –içerisinde birden fazla akdi barındıran akitler; otellerde kalma akdi, teahhüt akdi, yayın vasıtalarında ilan akdi, petrol ve maden arama ruhsatı akdi gibi. Türk borçlar hukukunda yer alan bazı yeni akit türleri ki bunlar; neşir mukavelesi, Vekâleti olmadan başkası adına tasarrufta bulunma, komisyonculuk, nakliye mukavelesi, ticari mümessillik, kumar ve bahis ve kaydı hayat ile irad ve ölünceye kadar bakma akitleri gibi akitler de bu tiplerin örnekleridir.⁵

Bu örnekler göstermektedir ki öteden beri var olup kendilerine bir isim verilen ve bütün özellikleri ilgili bölümlerde anlatılan bu isimli akitler İslam hukukuna göre bağlayıcı ve sınırlayıcı değildir. Bu sebeple hayatın değişen şartları içerisinde sonradan insanların ihtiyaç duyup oluşturdukları tüm akitler de dini naslara/temel ilkelere, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak ve başkasının haklarını da ihlal etmemek şartları ile geçerlidir. Dolayısıyla biz konumuzu belirlerken ve sınırlandırırken sadece isimleri ve hükümleri belirlenmiş akitleri değil sonradan ortaya çıkıp yeni isimlendirilen veya henüz kendisine bir isim verilmemiş ve hükümleri ayrıntılı olarak ortaya konmamış akitleri de içine alacak şekilde belirledik ve borçlar hukukundaki bütün akitlerin tamamını göz önünde bulundurduk.

³Ali Haydar Hoca Emin Efendizade, *Dürrü‘l-Hukkam Şerh-u Mecellet‘i-Ahkam*, I-IV, 3. Baskı, Matbaa-i Ebu‘z Ziya, Kostantiniyye 1330. h.

⁴Temel Kacır, “Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticrâr Akdi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2017, sayı: 30, 273-297.

⁵Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 537, 682, 747, 833-850, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

III. ÇALIŞMADANIN PLANI, ÇALIŞMADA İZLENEN YÖNTEM VE KAYNAKLAR

Giriş, üç bölüm ve sonuç olarak planladığımız çalışmamızın birinci bölümünde konuyla ilgili temel kavramları ele aldık. Bu bağlamda borç, akit, irade, hak ve hürriyet ve kavramsal olarak akit hürriyeti konularını ele alıp ayrıntılarına girmeden sadece asıl çalışmamıza ışık tutacak mahiyette inceledik.

İkinci bölümde İslam hukukunda akit hürriyeti üst başlığı altında önce İslam hukukunda hüküm ve karar verme yetkisinin kime ait olduğu ve mali akdi konularda İslam hukukunun genel anlayışının ne olduğunu ifade ettik. Sonra sırası ile akit hürriyetinin, İslam hukukunun ilk ve asıl kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'teki dayanaklarını ayrıntılı olarak inceledik. Sonra diğer iki asli kaynak olan İcma ve Kıyas'da akit hürriyeti örneklerini verdik. Daha sonra ise hukukun tali kaynaklarının akit hürriyetine etkisinin ne olduğunu ifade ettikten sonra da hukukun temel ilkeleri mahiyetinde olan külli kaideleri de bu bağlamda ele aldık. Son olarak mezhepler ekseninde hukukçuların akit hürriyeti ve akitlerde şart ileri sürme hürriyeti konusundaki görüşlerini delilleri ile ayrıntılı olarak ele alıp inceledik.

Üçüncü bölümde akit hürriyetinin kısımları üst başlığı altında akit yapma ve akdin diğer tarafını seçme hürriyeti ve bunu sınırlayan durumlar, akdin şeklinin belirlenmesi hürriyeti ve akdi tanzim/ düzenleme hürriyeti alt başlıklarında konuyu detaylandırarak ele aldık.

Çalışmamızın asıl merkez noktası ikinci bölümde işlediğimiz konunun asli ve tali kaynaklardaki delilleri ve o delillerden hareketle hukukçuların görüşleridir. Fakat konunun daha da vuzuha kavuşması ancak üçüncü bölümde işlediğimiz akit hürriyetinin kısımları ile olmaktadır. Yani konumuzun netliğe kavuşması için ikinci ve üçüncü bölüm bir birini destekler mahiyettedir.

Çalışmamızda yöntem olarak, sosyal bilimlere ilişkin araştırma yöntemlerinden tümevarım, tümdengelim, tespit, karşılaştırma, tahlil, tenkit ve literatür tarama gibi yöntemleri kullandık. Öncelikle çalışmamızda başta fıkıh olmak üzere günümüz iktisat-maliye ve borçlar hukuku alanlarıyla ilgili temel kaynakların kullanılmasına özen gösterdik. Modern iktisat ve hukuk kaynaklarındaki kavram veya olguların fikhî açıdan karşılıklarının tespiti için erken fıkıh kaynaklarından başlayarak fikhin kendi kavram ve

olgularını araştırıp bu çerçevede kaynaklardan toplanan verileri İslam hukukunun temel esasları, konuyla ilgili tafsili deliller ve fukahanın içtihatları çerçevesinde analiz ettik. Konumuzla alakalı bir meselenin fikhî boyutunun tespiti için İslam'ın temel kaynaklarının hiyerarşik sıralamasına ve klasik fıkıh kaynaklarının kronolojik sıralamasına riayet ettik.

Çalışmamızda kullanacağımız birinci el kaynakları tespit etmiş bulunmaktayız. Bunlar; konuyla ilgili ayetlerin tesbiti ve anlaşılması bağlamında birçok rivayet ve dirayet usulü ile yazılmış tefsir kitapları ile konunun sünnet boyutu bakımından “Kütüb-ü Sitte” diye maruf olan temel hadis kitapları, İmam Malik'in el-Muvatta'ı, İmam Ahmed ibn Hanbel'in el-Müsned'i ve diğer ana kaynak mahiyetindeki hadis kitaplarıdır.

Kur'an ve Sünnet referanslı bu çalışmamızda bu iki icmali delilin yanında, bu delillerden bilimsel yöntemlerle hüküm çıkartma esaslarını öğrendiğimiz fıkıh usulü eserlerinden de faydalandık.

Çalışma konumuz İslam borçlar hukuku alanına girdiği için kaynaklarımız daha çok mezheplerin temel/klasik fıkıh kitaplarının borçlar hukukuna dair akit bölümleri ile usul kitaplarının hüküm bahisleri ve tabii ki İslam borçlar hukuku sahasında yazılmış müstakil kitaplar ile borç ve akit nazariyelerini ele alan hukukun genel prensiplerini işleyen hukuka giriş mahiyetindeki eserler olacaktır. Ayrıca günümüz iktisat- maliye ve borçlar hukukuna dair eserlerden de istifade ettik.

Çalışmamızda sadece rivayete dayalı anlayış değil, olayların arkasındaki gerçeği görmemizi ve olaylar arasındaki sebep-sonuç bağlantısını kurmamızı kolaylaştıracak hukuk felsefesi yaklaşımını esas alacağız. Sadece bu ana kaynaklardaki konuyla ilgili bilgileri aktarmakla yetinmeyip onları harmanlayıp yorumlayarak kabul ettiğimiz anlayışı vurgulayacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Çalışmamızın ana muhtevası “akıt hürriyeti” olmakla birlikte giriş bölümünde de ifade edildiği gibi genel olarak değil de sadece borçlar hukuku sahasına giren akıtlar inceleneyeceğinden asıl konuya geçmeden ve asıl konunun daha iyi anlaşılabilmesi için konunun genel ve özel bazı kavramlarının açıklanması zaruret arz etmektedir. Zira bu kavramlar açıklanmadan konunun mahiyeti tam olarak anlaşılabilir. Bu kavramların başlıcaları şunlardır.

1.1. BORÇ

Bir hukuk terimi olan borç, “Kişileri birbirlerine karşı bir şey yapmak veya yapmaktan kaçınmak yahut bir şey vermekle yükümlü kılan hukukî ilişki veya bu ilişkinin doğurduğu yükümlülüktür”⁶

Bir hukuk terimi olan borç kavramı için Türkçede ve Arapçada kullanılan ve yerleşmiş tek bir kelime ve kullanım şekli yoktur.

Dilimizde borç sözcüğü, hakiki anlamında kullanıldığında, ödenmesi gerekli para ya da başka bir şey; mecaz olarak kullanıldığında ise birine karşı bir şeyi yerine getirme gerekliliği, yükümlülük ve vecibe anlamlarına gelir.⁷ Mecazi kullanımındaki “gereklilik, yükümlülük ve vecibe” şeklindeki ifadeler genel kavramlar olduğu için sadece hukuki gereklilik, yükümlülük ve vecibeyi değil aynı zamanda dini ve ahlaki olanları da içermiş olur. Kaldı ki bu ifadeler “hukuki” diye nitelenmiş olsalar dahi borçlar hukukundaki borç kavramını ifade etmez. Çünkü hukuki yükümlülük kavramı, borcun da içinde yer aldığı daha geniş bir kavramdır. Diğer bir ifade ile borç, hukuki yükümlülüğün özel bir türünü teşkil eder.⁸

Borç terimi Türk hukuk literatüründe birbirinden farklı ve git gide daralan üç anlamda kullanılmaktadır. En geniş anlamda borç veya borç ilişkisi, “alacaklı ve borçlu denenen iki veya daha fazla kişi arasında birini diğerine veya her ikisini birbirine karşı bir

⁶ Mehmet Âkif Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

⁷ D. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük* “borç”, 156, 11. Baskı, İz Yayıncılık 1996.

⁸ Bilal Aybakan, 17, İfav Yayınları, İstanbul 1998.

edimde (eda) bulunmakla yükümlü kılan ve çeşitli haklar ve yetkiler ihtiva edebilen hukukî bağdır.”⁹ Bu anlamda borç, borç ilişkisi anlamında olup o da, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki bağdan ibarettir.¹⁰ Sadece bir tarafın edimde bulunmakla yükümlü olduğu borç ilişkisine tek taraflı, her iki tarafın yükümlü olduğu borç ilişkisine de iki taraflı borç denir. Mecelle'nin 262. Maddesinde satım akdinde teslim ve tesellümün yani satılan şeyin ve onun bedelinin karşılıklı olarak alınıp verilmesi konu edinilen borç bu anlamda kullanılmıştır.¹¹ Bu anlamdaki borç kavramının karşılığı olarak Arapçada Mısır Medeni Kanununda “taahhüt” kelimesi kullanılmışsa da bu, kaynağı sadece akit olan borçları hatırlattığı için Zağlul ve Senhûrî gibi bazı alimler bunu pek isabetli bulmamış bunun yerine “iltizâm” kelimesini uygun bulmuşlardır. Çünkü iltizâm, kaynağı akit olmayan borçları da içine alan daha geniş bir kavramdır. Mahmasani ise bu anlamda “muceb-vecibe” kelimesinin kullanılmasını isabetli görmektedir.¹²

Dar manada borç, borç ilişkisinden ayrı olarak bu ilişkide yer alan taraflardan birinin diğerine karşı olan belli ve tek bir yükümlülüğüne ya da yükümlülüklerinden her birine veya onun yerine getirmekle yükümlü olduğu şeye denir. Yani taraflardan yalnız birisinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu “edimi” ifade eder. Türkçede “edim” denilen bu borca Arapçada “taahhüt-eda” denilir.¹³ Bu edim herhangi bir şeyi yapma veya verme şeklinde müsbet olabileceği gibi yapmaktan kaçınma şeklinde menfi de olabilir.¹⁴ Mecelle'nin 657. maddesindeki bir borca kefil olma ile alakalı olan borç terimi de bu anlamdadır.¹⁵

En dar manasıyla borç ise para borçlarını ifade etmektedir. Kelime Türkçede daha çok bu anlamda kullanılır. Arapçada bu, “deyn” kelimesi ile ifade edilir.¹⁶ Diğer bir anlayışa göre ise bu anlamda borç; borçlunun herhangi bir somut borç ilişkisindeki

⁹ Nomer, 14-15.

¹⁰ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 15, I-III, 5. Baskı, Nesil Yayınları, İstanbul 1996; Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285-291; Aybakan, 18-19; Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 28, İfav Yayınları, İstanbul 1997; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 81, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

¹¹ Mecelle, md, 262; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 16; Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285.

¹² Subhi Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l Amme lil-Mucebat ve'l- Ukud*, I, 25-28, I-II, 3. Baskı, Daru'l İlmi lil-Melayin, Beyrut 1983; Abdurrezzak Ahmet Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 1, I-II, 2. Baskı, Menşuratü'l Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 1998; Aynı yazar, *Masadiru'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslami*, I, 13, I-VI, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 1998; Aybakan, 20.

¹³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 15; Aybakan, 21.

¹⁴ Nomer, 15.

¹⁵ Mecelle, md, 657; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 15-16; Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285-291; Aybakan, 18-19; Yaran, 28.

¹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 15-16; Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285-291.

borcunu ifade eder. Mesela satılan bir eşyanın teslim edilmesi, bir evin boyanması, belli bir miktar paranın ödenmesinde olduğu gibi tek bir yükümlülüğü ifade etmek için kullanılır. Yani bu, borcun en dar anlamdaki karşılığıdır ve bir önceki kullanımı olan “edimin” bir alt türünü oluşturmaktadır. Buna göre, borç kelimesinin en dar anlamda kullanılan şekli, ikinci anlamda kullanılan sadece bir türünü, ikinci anlamdaki şekli ise birincisinin sadece bir yönünü yansıtmaktadır.¹⁷

İslam hukuk literatüründeki kullanımına gelince; en geniş manasını da içine almak üzere Arapçada borç ve borç ilişkisi kavramlarını ifade eden yerleşmiş bir terim yoktur. Esasen menşe itibari ile Roma hukukuna dayanan bu kavramların karşılığının, müstakil bir hukuk sistemi olan İslam hukukunda olmaması doğaldır. Çünkü Roma hukuku ve buna dayalı batı hukuk sistemlerinin –ki günümüz Türk hukuk sistemi de menşe itibari ile bunlara dayanmaktadır.- soyut bir yöntem izlediği bilinen bir gerçektir. Meseleci bir yöntem izleyen İslam hukuku ise gerek terminolojisi gerekse sistematigi ile tamamen kendine has bir yapıya sahiptir. Bu yapısal farklılıklar nedeniyle iki sistem arasında kavramlar bazında tam bir uyum aramak doğru değildir. Fakat yine de her iki sistemde yer alan ilgili bazı kavramlar arasında paralellik bulmak mümkündür.¹⁸

Ondokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren Batı hukuku ile tanışan ve bazı ülkelerin kanunlarını Arapçaya tercüme eden ve bu hukukun terimlerini kullanan çağdaş İslam hukukçuları borç ve borç ilişkisi anlamında; mûceb, iltizâm, teklîf, taahhüd, vâcib, daman, hukuku'l-akd, veya ayn-deyn kelimelerini kullanmaktadırlar.¹⁹

1.1.1. Mûceb

Mûceb, vucûb ve îcâb kavramları İslam hukuk literatüründe önemli yer işgal eden kavramlardır. Sözlükte, “vecebe” kök fiilinin if’al babına nakledilmesi ile oluşan “evcebe” kalıbının mastarı “îcâb”, ismi fâili “mûcib”, ismi mef’ulu ise “mûceb” şeklindedir. Zorunlu, mecbûrî, sonuç ve tamam olma manalarına gelir.²⁰

¹⁷ Aybakan, 22.

¹⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 15-16; Aybakan, 22; Yaran, 28.

¹⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 16; Aydın, “borç”, *DİA*, VI, 285-291; Aybakan, 22-30; Yaran, 28-31.

²⁰ Muhammed b. Mûkerrem İbn Manzûr, *Lisanü'l Arap*, “vcb”, I, 793, I-XV, 3. Baskı, Daru Sadır, Beyrut 1414; Serdar Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük*, “vcb”, s. 962, Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995.

Terim olarak “vucûb” şer’i hükmün bir çeşididir. Lügat bakımından aynı anlama gelen “ilzâm ve “îcab” kavramları gibi “vucûb” da normatif bir değer taşır ve bağlayıcıdır.²¹ ;

İsmi fâil kalıbındaki “mûcib” iki anlamda kullanılmaktadır. Birinci olarak, “Sözleşme yapmak için ilk adımı atıp îcâbda bulunan kişi anlamındadır.” Mecelle madde 101’de “işlemi îcâb ve isbat eden/ortaya koyan” şeklindeki ifade de bu anlamda kullanılmıştır.²²

İkincisi “zimmeti tazmîn ile yükümlü kılan şey” anlamındadır. Mesela bu anlamda olmak üzere “itlaf tazmînî mûcibtir” denir ki itlaf ve benzeri işlemlerden doğan tazmîn borcunun kaynağı demektir.²³

İsmi mef’ul kalıbında “mûceb” şeklindeki kullanımı ise “hüküm ve hukuki sonuç” anlamlarına gelmektedir.²⁴ Mesela sahih bir satım akdinin mucebi/ hükmü, neticesi satılan şeyin satıcıdan alıcıya, bedelin de alıcıdan satıcıya intikalidir denir.²⁵

Subhi Mahmasani bu üç anlamı verdikten sonra dördüncü bir anlamının daha olduğunu söyler ki O’nun ifadesi ile bu, daha önce başka yerde kullanılmayıp ilk defa Lübnan Mucebat/Borçlar ve Akitler kanununda kullanılmıştır. O, kelimenin bu yeni anlamını şöyle tarif eder: “iki veya daha fazla şahsı hukuki bir bağla birbirine bağlayan ve bunlardan birini (borçluyu) diğerine (alacaklıya) karşı bir şey ödemeye veya bir iş yapmaya ya da belli bir işten kaçınmaya mecbur bırakan şahsî bir haktır.” İşte taraflar arasındaki bu bağ alacaklı açısından “şahsî hak”, borçlu açısından ise “ödev/vâcib, yükümlülük/mûceb” olur demektir.²⁶ Yazar kelimenin bu yeni kullanım şeklini tercih ettiğini ve bunun Mısır Medeni kanununda kullanılan “taahhüt” kelimesinden ve Fethi Zağlul ile Abdurrezzak Ahmet Senhûrî gibi bazı alimlerin “taahhüt” yerine kullandıkları “iltizâm” kelimesinden de daha uygun olduğunu söyleyerek Mecelle’de “taahhüt”

²¹ Ali İhsan Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 83, Fecr Yayınları, Ankara 2009.

²² Mecelle, md, 101.

²³ Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz İbn Abidin, el-Hüseynî ed-Dımeşkî, *Reddü’l-Muhtar ale’d-Dürri’l-muhtâr*, I, 658, I-VI, Daru’l Fikir, Beyrut 1992.

²⁴ İbn Abidin, II, 515.

²⁵ Mahmasânî, 25.

²⁶ Mahmasânî, 26.

kelimesi yerine “iltizâm” kelimesinin kullanıldığını ve bunların aynı anlama geldiğini dolayısı ile kendi tercihinin daha isabetli olduğunu ifade eder.²⁷

1.1.2. İltizâm

Sözlükte; “lezime” fiilinin iftial babına nakledilmesi ile oluşan “iltezeme” fiilinin mastarı olan “iltizâm”, bağlanmak, zorunluluk, gereklilik, vazife ve yükümlülük²⁸ anlamlarına geldiği gibi sözleşme, kontrat ve mukavele anlamlarına da gelmektedir.²⁹

Fıkıh ıstılahında ise; “hukuki işlemde doğan borç ilişkileri” karşılığında kullanılır.³⁰ Bu, genellikle münferit iradede yani tek taraflı hukuki işlemde kaynaklanan borç ilişkisi için bazen de akitten kaynaklanan borç ilişkisi için kullanılır. Hukuki işlem dışındaki kaynaklardan doğan borç ilişkilerini kapsamına almaz. Hukuki işlem dışındaki kaynaklardan doğan borçlar için “daman” kelimesi kullanılır.³¹

Yirminci yüzyılın önde gelen İslam hukukçularından Mustafa Ahmed Zerka ise edim manasındaki borç için iltizâm kelimesini, alacak için ise şahsî hak kavramını kullanır. O’na göre iltizâm ile şahsî hakkı aynı anlamda kullanmak yanlıştır. O, iltizâmı şöyle tarif eder; “insanın bir başkasının menfaati için bir iş yapma ya da yapmama hususundaki hukuki mükellefiyetidir.” Yani borç ve mükellefiyet için iltizâm, borçlu için mültezim ve alacaklı için mültezemün leh denir.³²

Abbas Hüsnü Muhammed, el- Akdü fi’l Fıkhı’l İslami adlı eserinde iltizâmın klasik fıkıh kaynaklarında fazla kullanılmadığını bunun yerine daha çok hak kavramının tercih edildiğini hem alacaklı hem de borçlu için lehine hak ve aleyhine hak olan şeklinde ifade edildiğini söyledikten sonra muasır hukukçuların yaptıkları bazı tanımları vermektedir.³³

²⁷ Mahmasânî, 27.

²⁸ Ebû Bekir Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Mebcut*, I, 208, I-XXX, Daru’l-Marife, Beyrut 1993.

²⁹ Muhammed Ravas Kalacı- Hamid Sadık Kuneybi, *Mu’cem-ü Lüğati’l-Fukaha*, 86, 2. Baskı, Daru’n-Nefais, 1988; Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük*, “İzm”, 794; Mehmet Erdoğan, “İltizam”, 248, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.

³⁰ Serahsî, *Mebcut*, V, 15; Yaran, 29.

³¹ Senhûrî, *Mesadiru’l-Hak*, I, 13-14; Aybakan, 22.

³² Mustafa Ahmed Zerka, *el-Medhalu ila nazariyyeti’l-iltizami’l-amme fi’l-fikhi’l-İslâmî*, (el Fıkhu’l İslami fi Sevyihi’l Cedid, I-IV) III, 25, 61, Daru’l Kalem, Dimeşk 1999; Yaran, 30.

³³ Abbas Hüsnü Muhammed, *el- Akdü fi’l Fıkhı’l İslami Dirase Mukarene bi’l Kanuni’l Vad’î*, 28, Kahire 1993.

Bazı hukukçular iltizâmı şöyle tarif etmişlerdir. İltizâm, “bir kimsenin daha önce kendisine lâzım/vâcib/gerekli olmayan bir şeyi kendisine lâzım kılmasıdır.”³⁴ Bu tanımda kelimenin sözlük anlamı olan kendisini yükümlülük altına sokmasına, bağlayıcılık özelliğine vurgu yapılmaktadır.³⁵ Diğer bazı muasır hukukçular ise iltizâmı, “bir insanın bir işi kendisine gerekli kılmasıdır ki ya kişinin kendi isteği ve iradesi ile olur ya da hukuki bir sebeple olur.”³⁶ şeklinde tanımlamışlardır. Bir diğer tanım ise şöyledir; “her hangi bir hakkı ya inşa/oluşturma ya nihayete erdirmeye ya da düşürme hususunda ortaya konulan iradeyi içeren hukuki bir tasarruf/fiil veya sözdür.”³⁷

Muasır İslam hukukçularından Abdürrezzak Senhûrî, klasik fıkıhta borç (edim) anlamında kullanılan iltizâm kavramını, “alacaklı ve borçlu olan iki şahıs arasındaki bir bağ olup, bunun sonucu olarak alacaklı borçludan bir şey vermesini, bir şey yapmasını veya bir şeyden kaçınmasını talep eder.” şeklinde tanımlayarak dar anlamıyla “*borç ilişkisi*” kavramını karşılamak üzere kullanmaktadır.³⁸

1.1.3. Daman

Sözlükte, “damine” fiilinden mastar olan bu kelime “bir şeyi üstlenme, taahhüt, ve garanti etme, kefil olma” anlamlarına gelir.³⁹ İslam hukukunda ise; dar anlamda kefâlet akdini, geniş anlamda ise kişinin ödeme sorumluluğunu, hatta genel mâlî yükümlülüklerini ifade eder.⁴⁰

İslam hukukunun tedvini sürecinde daman, sözlük anlamıyla da bağlantılı olarak “şahsî ve mâlî kefâlet, borcun nakli, bir borç ve ifâyı üstlenme, bedene veya mala verilen zararın karşılanması, zilyedlik veya akitten doğan mâlî sorumluluk” gibi anlamlarda kullanılmıştır.⁴¹

Hanefiler hariç fakihlerin çoğunluğu damanı, fıkının müstakil bir bölümünü teşkil eden kefâlet akdiyle eş anlamlı olarak kullanır.⁴² Bununla birlikte bu terimin, hukuk

³⁴ Kalacı-Kuneybi, 86.

³⁵ Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 83.

³⁶ Abbas Hüsnü, 29.

³⁷ Abbas Hüsnü, 29.

³⁸ Senhûrî, *Mesadiru'l-Hak*, I, 13.

³⁹ İbn Manzûr, *Lisanü'l Arap*, “dmn”, XIII, 257; Erdoğan, “dmn”, 89.

⁴⁰ Hamza Aktan, “daman”, *DİA*, VIII, 450-453.

⁴¹ Serahsî, *Mebcut*, XI, 55, 62; İbn Abidin, IV, 572, 586, V, 48.

⁴² Aybakan, 23.

doktrinde giderek "kişinin mâlî sorumluluğu" şeklinde geniş bir anlam kazandığı görülür. Bundan dolayı daman, modern hukukta daha çok "hukuka aykırı bir eylem ve işlemin yol açtığı zarar ve ziyanın ödenmesi" ⁴³ anlamında kullanılan tazmînât kavramından daha kapsamlıdır. Zira tazmînât sadece haksız fiil sorumluluğu karşılığında kullanılırken daman, bununla birlikte kusursuz imkansızlık hallerindeki hasar kavramını da kapsar.

Damanın hukukçulara ve hukuk ekollerine göre farklı tanımlarının olması, meselâ birçok kaynakta kefâlet, telef veya gasp sebebiyle verilen maddî zararın tazmîni şeklinde sınırlı bir muhteva ile tanımlanması da bu yüzdendir. Bununla birlikte daman, bu farklılıkları da içine alacak şekilde "kişinin zimmetinin, ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması" diye tanımlanabilir.⁴⁴

1.1.4. Vâcib

Yukarıda geçen “mûceb” ile aynı kökten gelen “vâcib” kelimesi sözlükte; görev, vazife, ödev gibi anlamların yanında gerekli, elzem, mecbûrî ve zorunlu anlamlarına da gelmektedir.⁴⁵ Buna göre “borç” kelimesindeki “zorunlu görev” manasını çağrıştıracak şekilde anlamlar içermektedir.

Fıkıh ıstılahında ise kelimenin kavramsal sınırları fıkıh usulü eserlerinde incelenmekte ve furu eserlerindeki kullanımına zemin hazırlanmaktadır. Usul-i fıkıh kitaplarının hüküm bölümlerinde incelenen “vâcib” kavramı, teklifi hükümler arasında yer alıp mükellefin davranışlarına ilişkin bir hüküm kategorisidir. Bu kategoriye giren davranışların ortak özelliği –kelimenin sözlük anlamları paralelinde- yerine getirilmelerinin mecbûrîyet kazanmış olmasıdır.⁴⁶

Yapılması dinen/hukuken zorunlu olan her davranış bu kategoriye girer. Buna göre vâcib kavramı mutlak olarak kullanıldığında dini, ahlaki ve hukuki bütün yükümlülükleri içine almış olur. Bu geniş kapsamın içine borçlar da girer.⁴⁷

⁴³ Nomer, 247.

⁴⁴ Aktan, “daman”, *DİA*, VIII, 450-453; Aybakan, 23.

⁴⁵ İbn Manzûr, *Lisanü'l Arap*, “vcb”, I, 793; Mutçalı, “vcb”, 962.

⁴⁶ Ebû Bekir Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usul'üs- Serahsî*, I, 60, 100-102, I-II, Daru'l Marife, Beyrut, ty. ; Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed Gazzali, *Mustasfa*, 61, 202, thk; Muhammed Abdusselam Abdüşşafi, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, 1993.

⁴⁷ Aybakan, 23; Erdoğan, “vacip”, 593.

Genelden özele doğru gidildiğinde vacibin kısımlarından olan muhadded/sınırlı vâcib, konusu bakımından miktarı belli olan sorumlulukları ifade eder. Yukarıda geçtiği gibi dar anlamadaki borçta da ödenecek veya yapılacak şeyin (edimin) miktarı da bellidir. Fakat muhadded vâcib içinde yer alan miktarı belli yükümlülükler sadece borçlardan ibaret olmadığı için – çünkü onun içine miktarı belli olan namaz, zekat vb. dini yükümlülükler de girer.- borç kavramından daha umumi olup aralarında umum-husus ilişkisi vardır.⁴⁸

1.1.5. Hukuku'l-akd

Kelime manası “akdin hakları/hükümleri-sonuçları” olan bu tamlama, akitten doğan bu anlamının dışında dar anlamdaki borç için de kullanılır. Mesela satım akdinde satıcının satılan şeyi teslim etmesi ve müşterinin de semeni/parasını ödemesi şeklindeki yükümlülükler için “hukuku'l-akd” tabiri kullanılır.⁴⁹ Bu da dar anlamdaki borç kavramına tekabül etmektedir.

Diğer bir ifade ile kurulan akit ile akdin tarafları arasında hukuki bir ilişki kurulmuş ve bu ilişki gereğince taraflar birtakım yükümlülükler altına girmişlerdir. Bu yükümlülükler bakıldığında bunların, tarafların birbirlerine karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları asli ve tali edimlerden başka bir şey olmadığı görülür.⁵⁰ Fakat bu kavramın böyle bir anlamı olmakla birlikte yine de dar anlamdaki borç kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Çünkü “hukuku'l-akd” sadece akitten doğan borçlar için kullanılmaya uygun iken akit dışı kaynaklardan doğan borçlar için kullanılma imkanı yoktur.⁵¹

⁴⁸ Aybakan, 23.

⁴⁹ Kemaleddin Muhammed bin Abdülvahit İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 184, I-X, Daru'l Fikir, Beyrut-ty.; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, I, 14; Aybakan, 24; Erdoğan, “hukuku'l-akd”, 203.

⁵⁰ Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Mergînânî, *Hidaye*, IV, 428, I-IV, Eda Neşriyat, İstanbul 1991.

⁵¹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, I, 14; Aybakan, 24.

1.1.6. Ayn-Deyn

Sözlükte; birçok anlamının yanında görme organı göz, gözün işlevi olan görme eylemi ve anlam genişlemesine uğrayarak gözle görülen her şey anlamlarında kullanılan “ayn” kelimesi⁵² fıkıh ıstılahında üç anlamda kullanılmıştır.

Bunlardan birincisi; “mevcut, hazır ve belirlenmiş mal.”⁵³ Mecelle’nin tanımına göre ayn, “muayyen ve müşahhas olan şeydir.”⁵⁴ Buna göre ayn, aynı hak konusunu teşkil eden mal kavramıyla aynı anlama gelir ve kıyemi-misli bütün malları kapsar.⁵⁵ Bu yaklaşım aynı zamanda Hanefilerin mal kavramını da ortaya koymaktadır. Hanefilere göre “sadece ayn olan (maddi varlığı olan), ihtiyaç vakti için biriktirilebilen ve insanın tabiatının meylettği şeylere mal” denir.⁵⁶ Şafiiler ise bununla birlikte maddi bir varlığa sahip olmayan ama ekonomik değeri olan şeyleri de mal olarak değerlendirmişlerdir. Bunlara göre menfaatler de mal kapsamındadır.⁵⁷

İkinci anlamda ayn; “Menfaatinden sıyrılmış olarak malın sadece fiziki varlığı” kastedilmektedir. Bu anlamda daha çok “rakabe” terimi kullanılmakla birlikte bazı fıkıhçılar tarafından “menfaatin” karşısı olarak ayn da kullanılmaktadır.⁵⁸ Ayn’ın birinci ve ikinci anlamlarının borç kavramı ile doğrudan bir ilgisi yoktur, daha çok eşya hukukunu ilgilendirmektedir.⁵⁹

Ayn’a yüklenen üçüncü anlam ise deyn’in mukabili olan şeydir. Buna göre, “zimmette yer alan soyut borcu ifade eden deynin mukabilinde ayn, somut (hakiki) mal” anlamına gelmektedir.⁶⁰ Bu anlam borç ilişkisine konu olan şeyin mahiyeti dikkate alınarak yapılan ayırimda ortaya çıkar ki sahibi açısından birer ayn olan kıyemi ve misli bütün mallar, bir borç ilişkisine konu olduklarında duruma göre ayn veya deyn diye nitelenir. Diğer bir ifade ile böyle bir ayırım ancak ortada bir borç ilişkisi varsa gündeme gelir. Buna göre “borç, borçlunun zimmetiyle ilgili ise deyn, misli de olsa

⁵² İbn Manzur, *Lisanü’l Arap*, “ayn”, XIII, 305; Mutçalı, “ayn” , 615.

⁵³ Karaman, “ayn”, *DİA*, IV, 257-258.

⁵⁴ Mecelle, md. 159.

⁵⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 11, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1985; Aybakan, 25; Erdoğan, “ayn” , 40.

⁵⁶ Mecelle, md.126.

⁵⁷ Aybakan, 25; Mahmasânî, 9-10.

⁵⁸ Karaman, “ayn”, *DİA*, IV, 257-258.

⁵⁹ Aybakan, 25.

⁶⁰ Karaman, “ayn”, *DİA*, IV, 257-258.

muayyen bir mal ile ilgili ise ayn” sözkonusudur.⁶¹

Deyn kavramına gelince sözlükte mastar olarak ödünç almak, ödünç vermek ve boyun eğmek, isim olarak ise ödünç, yaptırım, semen ve hazırda bulunmayan şey anlamlarına gelir.⁶²

Hukuk ıstılahı olarak birkaç anlamı vardır. En geniş kapsamı ile deyn; “zimmette sabit olan şey” diye tanımlanmıştır.⁶³ Bu anlamdaki deyn’in kapsamınsa mali-hukuki borçlar girdiği gibi namaz, oruç gibi dini borçlar da girer.⁶⁴

Dar anlamda deyn; “Zimmette sabit olan ve alacaklıya ait bulunan mal demektir.”⁶⁵ Bu tanıma göre zekat, nafaka ve diyet gibi kaynağı farklı da olsa mali olan bütün borçlar deyn’in kapsamına girer, oruç ve namaz gibi dini borçlar dışarıda kalır. Bu yaklaşım Hanefilerin dışındaki hukukçulara göre değildir. Çünkü onlara göre deyn’i doğuran sebep/kaynak önemli değildir. Hanefiler ise tanımı daraltarak deyn’in ancak akid ve itlaf sebebi ile –Kadri Paşa bunlara gasbı da katıyor.⁶⁶– doğacağını kabul etmektedirler. Buna göre zekat ve diyet gibi borçlar tanım dışı kalmaktadır.⁶⁷ En dar anlamda deyn; ödünç/karz demektir ki bu, sözlük anlamlarından biri ile aynıdır.⁶⁸

Deyn’in “zimmette sabit olan mal” şeklinde yapılan tarifindeki mal kavramı ile itibari/hükmi mal kastedilmiştir, dış alemde maddi bir varlığa sahip bir mal yani birinci anlamdaki bir ayn değil. Bu itibarla deyn, ayn’ın karşılığıdır. Zira ayn borcunda belli, belirlenmiş ve ortada mevcut olan –ki bu misli bir mal da olabilir.– bir malın ödenmesi söz konusudur.⁶⁹

Deyn borcunda ise belirli bir malın değil aynı cins ve miktarda olan bir malın yani ancak misli olan bir malın ödenmesi söz konusudur. Bunun istisnası olarak selem ve

⁶¹ Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, I, 20; Aybakan, 26; Erdoğan, “ayn”, 40.

⁶² İbn Manzûr, *Lisanü’l Arap*, “dyn”, XIII, 167; Mutçalı, “deyn”, 290.

⁶³ İbnü’l- Hümam, *Fethu’l-Kadir*, IX, 115; Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym, *el Bahru’r Raik Şerhu Kenzu’d Dekaiik*, VIII, 4, I-VIII, 2. Baskı, Daru’l Kikabi’l İslami, yy, ty. ;Mecelle, md. 158.

⁶⁴ Mehmet Âkif Aydın, “deyn”, *DİA*, IX, 266-268; Aybakan, 27.

⁶⁵ Serahsî, *Mebcut*, II, 195.

⁶⁶ Mehmet Âkif Aydın, deyn maddesinde “Kadri Paşa, deynin kaynakları arasına gasbı da katarak bir anlamda itlaf dışındaki mala yönelik haksız fiillerden doğan borçları deynin kapsamına dahil etmiştir. Mürşidü’l-Hayran, md. 168” demektedir ancak bibliyografyada kitabın hangi baskısı olduğu da belirtilmemektedir. Bkz; Aydın, “deyn”, *DİA*, IX, 266-268. Bizim elimizdeki Bulak 1891 baskısında 168. Madde’de akdin tanımını vermektedir. Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü’l-Hayran ila Ma’rifeti Ahvali’l İnsan*, md, 168, 2. Baskı, Matbaatu’l Kübra el-Emiriyye, Bulak 1891.

⁶⁷ Aydın, “deyn”, *DİA*, IX, 266-268; Aybakan, 27; Erdoğan, “deyn”, 101.

⁶⁸ Aydın, “deyn”, *DİA*, IX, 266-268.

⁶⁹ Serahsî, *Mebcut*, XV, 110.

istisna' gibi bazı akitlerde nitelik ve miktar olarak belirli esaslara bağlanan misli olmayan mallar, hatta sadece mehir borcu olmak üzere hayvanların da zimmette deyn olması kabul edilmiştir. Buna göre deyn ve ayn ayırımında temel unsur borcun zimmette sabit olup olmamasıdır.⁷⁰

Biz buraya kadar borç kavramının Türkçe ve Arapça karşılıklarını kavramsal olarak ele aldık. Borcun unsurları, kaynakları, hükmü, çeşitleri, intikali ve sona eriş gibi konular borçlar hukukunun ana konularıdır ve bunlar bizim araştırma alanımızın dışında kalmaktadır.

1.2. AKİT

İnsanlığın tanıdığı en eski ve en yaygın hukuki işlemlerden biri olan akit, hukuk tarihinde mülkiyetin sebepleri arasında yani mülk edinme yollarından “sahipsiz mala el koyma” işleminden sonra ikinci sırada yer almaktadır.⁷¹ O kadar yaygın ve bilinen bir eylemdir ki Kur'an ve Peygamberimiz onu tanımlama ihtiyacı duymaksızın muhataplarına bu tasarrufla ilgili hükümler koymuşlardır.⁷²

1.2.1. Akdin Tanımı

Borcun kaynağı olan hukuki işlemlerin en önemlisi olan “akit”, sözlükte düğümleme, bağlama, tamamlanma ve müsbet olarak sonuçlanma anlamlarına geldiği gibi anlaşma, kontrat, resmi sözleşme ve vesika anlamlarına da gelir.⁷³

Hukuk ıstılahında; İslam hukukunun karakteristik özelliği gereği klasik fıkıh kitaplarında bütün akitleri kapsayacak şekilde bir tarif bulmak zordur. Ancak fıkıh kitaplarındaki isimli akitlerin her birinin tarifinde yer alan ortak unsur ve sonuçlardan hareketle fakihlerin bir birine benzer tarifler yaptıkları görülmektedir.

Kemal İbnü'l- Hümam akdi şöyle tarif ediyor; “Akit, iki sözden birinin diğeri ile hukuki bir bağ oluşturacak şekilde irtibatından ibarettir.”⁷⁴ İbn Nüceym de aynı tanımlı verdikten sonra akdin oluşabilmesi için icâb ve kabulün tek başına yeterli olmadığını

⁷⁰ Aydın, “deyn”, *DİA*, IX, 266-268; Aybakan, 28.

⁷¹ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhıyy'ül-Am*, I, 335-340, 385-388.

⁷² Karaman Hayreddin, “Akid”, *DİA*, II, 251-256.

⁷³ İbn Manzur, *Lisanü'l Arap*, “akd”, III, 296; Mutçalı, “akd”, 583.

⁷⁴ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, III, 189.

bunların mutlaka hukuki bir bağ kuracak şekilde oluşmasının gerekli olduğunu söylemektedir.⁷⁵

Akdin tarifi Mecelle’de şu şekildedir; “Tarafeynin bir hususu iltizâm ve taahhüt etmeleridir kiicâbve kabulün irtibatından ibarettir.”⁷⁶ Kadri Paşa ise daha anlaşılır ve teknik bir tanım yapmaktadır. O’nun tanımı ise şöyledir; “Taraflardan birinden sadır olan icabın, mevzuda sonucu meydana gelecek şekilde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır.”⁷⁷

Abdürrezzak Ahmet Senhûrî, Nazariyyetü’l-akd adlı eserinde akdin tarifi bağlamında “ittifak ve akit” kelimelerini gündeme getirmekte önce “ittifak” kelimesini tarif edip sonra “akit” kelimesini ona göre değerlendirmektedir. O’na göre “İttifak; iki veya daha fazla iradenin bir borç/iltizâm meydana getirme veya bir borcu nakletme ya da bir borcu sonlandırma konusunda birleşmesidir.” Satım akdini borç meydana getirmeye, havale akdini borcu nakletmeye ve ibrayı ise borcu sonlandırmaya örnek vermektedir. Senhûrî akdi ise; “iki iradenin bir borç meydana getirme veya bir borcu nakletme konusunda birleşmesi” olarak tarif edip “ittifaka” göre daha dar olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra Fransız hukukundaki akdin tanımını vererek “ittifak” ile “akdi” karşılaştırmış aralarındaki farkın çok da önemli olmadığını ifade ederek kendisi akdi şöyle tarif etmiştir; “Akit; iki iradenin ister bir borç doğurmak, ister nakletmek isterse sonlandırmak üzere hukuki bir sonuç meydana getirecek şekilde birleşmeleridir.”⁷⁸

Mustafa Ahmet Zerka ise akit için bir İslam hukukçularının/fakihlerin bir de modern hukukçuların yaptıkları tanımdan bahsetmektedir. Fakihlerin yaptığı tanımı şu şekilde vermekte; “Akit; meşru bir şekilde yani akdin mahallinde neticesi sabit olacak şekilde icâb ile kabulün irtibatıdır.” Modern hukukçuların yaptıkları tanım olarak ise Senhûrî’nin yukarıda verdiğimiz akdin tanımını vermektedir. Sonra iki tanım arasında karşılaştırma yaparak birbirlerine yakın olmakla birlikte birincisinin mantıken daha

⁷⁵ İbn Nüceym, *el Bahru’r Raik*, III, 87.

⁷⁶ Mecelle, md, md, 103.

⁷⁷ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-Hayran*, md, 168.

⁷⁸ Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 79-81.

muhkem ve kavramsal olarak daha doğru, fakat ikincisinin ise maksadı ifade etmede daha açık ve anlaşılır olduğunu ifade etmektedir.⁷⁹

Zerka bu kanaatini şöyle açıklamaktadır; fakihlerimize göre sadece iki iradenin birleşmesi ile akit oluşmaz. Zira bazen akit için hukuken istenilen şartlar oluşmadan da iki irade birleşebilir ama bu, bir akit değildir. Hukuken de kanunen de bu durum akdin butlanını ifade eder. Buna göre modern hukukçuların yaptığı tanım, batıl akde de şamil olmaktadır. Çünkü bu tanım akdi, somut/maddi varlığı ile yani sadece iki iradenin ittîfâkı ile ifade etmektedir. Fakihlerin tanımı ise akdi, hukuka uygunluğu açısından değerlendirmektedir ki bu, daha doğrudur. Çünkü akdin maddi/somut varlığı değil hukuka uygun olup olmaması önemlidir. Zira fakihlere göre Kur'an ve Sünnet'in yasakladığı açık hükümlere aykırı bir akit yapılamaz. Ayrıca fikhî tanımın, akdi oluşturan temel bölümleri yani icâbve kabulü açıkça zikretmesi de onu özgün ve önemli kılmaktadır. Kısacası kanunî tanım efradını cami olsa bile, ağıyarını mani değildir.⁸⁰

Mahmasani ise; Mecelle'nin 103 ve 104. maddelerinde geçen tarif ve açıklamayı verdikten sonra, her ittifakın akit olmadığını, mesela iki kişinin tarafsız olacaklarına veya gece toplantı yapacaklarına dair ittifak etmeleri halinde bunun bir akit anlamı taşımayacağını, akdin; tariften de anlaşılacağı üzere hukuki bir sonuç yani bir borç ilişkisi doğuran bir ittifak olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca “akit” ve “ahit” kelimelerinin lafzen ve manen bir birlerine yakın olduklarını dolayısıyla eşanlamlı olduklarını söyler.⁸¹

Ali Hafif ise şöyle tarif etmektedir; “Akit; hukuki neticesini doğuracak şekilde iki şahıstan sadır olan iki ifadeyi veya bunların yerini tutacak şeyi birbirine bağlamaktır.”⁸² Bu tarifi verdikten sonra şu açıklamayı yapmaktadır; “akdin meydana gelmesinde esas olan akdin taraflarının iradelerinin kesin olarak mevcudiyeti ve bu iradelerin taraflar arasında hukuki bir iltizâm tesis etme hususunda birbirine muvafık olması ve bu muvafakata delalet eden bir sözlü veya yazılı ifadenin, işaretin veya fiilin bulunmasıdır.”⁸³

⁷⁹ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhiyy'ül-Am*, I, 381-382.

⁸⁰ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhiyy'ül-Am*, I, 384-385..

⁸¹ Mahmasânî, 264.

⁸² Ali Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku)*, 230, trc; Rahmi Yaran, TDV Yayınları, Ankara 2018.

⁸³ Hafif, 230.

Hafif'in bu tarifinde dikkat çektiği hususlar; akdin iki taraf arasında tesis edilen bir iltizâm/borç olduğu ve bir de sadece sözlü ifade ile değil bunların yerine geçecek her türlü eylemin de icap-kabulü ifade etmekte olduğu hususlarıdır. Buna göre vakıf gibi tek taraflı iltizâma akit denmez. Bununla birlikte daha çok Hanefilerin dışındaki diğer mezhep hukukçularının, kişinin kendisini özel bir yükümlülük altına koyacak şekilde tek taraflı iradesi ile ortaya koyduğu hukuki iltizâmı da akit olarak isimlendirdiklerini de zikretmektedir.

Hafif, bu iki durumu şöyle bağlıyor; bu durumda İslam hukukçularına göre akdin biri özel diğeri genel iki manası vardır. Daha çok kullanılan ve yaygın olanı ise özel manada kullanılan ve kendisinin vermiş olduğu “iki taraf arasında oluşan bir anlaşma” şeklindeki tarifidir. Genel manası ise bütün hukuki iltizâmları içine alacak şekilde “iltizâm” kelimesi ile eş anlamlı olup “tasarruf” kelimesine göre daha özeldir.⁸⁴

Abbas Hüsnü Muhammed ise Ebu Bekir Cassas'ın yaptığı tanımı verdikten sonra kendisi fıkıh ıstılahında akdin iki manaya geleceğini söyler. Bunlardan birincisi “iki iradenin icâbe kabul ile birleşmesi ile oluşan şeydir.” Satım, icare ve şirket akdi gibi. Abbas Hüsnü diğer hukukçuların benimsemiş olduğu bu tanımı benimseyenlerin azınlıkta olduğunu ifade ederek tek taraflı irade ile oluşan yani kişinin kendi sözü ile kendisini sorumluluk altına sokması mahiyetinde olan yemin, nezir, vakıf, havale, hibe ve vasiyet gibi hukuki tasarrufları akit tanımının içine sokar.⁸⁵ Yani burada akit kelimesi için daha çok sözlükteki anlamı çerçevesinde bir tanım yapılmaktadır. Abbas Hüsnü daha sonra tasarruf, iltizâm, hak, ahit ve va'd kavramlarının akit kavramı ile irtibatlı olduğunu izah eder.⁸⁶

Abbas Hüsnü daha sonra da İslam hukukçuları ile modern hukukçuların tanımları arasında fark var diyerek modern hukukçuların yaptıkları tanımları vermektedir. Buna göre akit; “iki veya daha fazla iradenin kanuni bir ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sonlandırmak üzere birleşmesidir.” Kanuni bir sonuç doğurmasından maksat ise borç yükleyici bir etkiye sahip olmasıdır.⁸⁷

⁸⁴ Hafif, 230-231.

⁸⁵ Abbas Hüsnü, 21-22.

⁸⁶ Abbas Hüsnü, 26-32.

⁸⁷ Abbas Hüsnü, 33.

Hayreddin Karaman da Kadri Paşa'nın yaptığı tarifi⁸⁸ verdikten sonra şu açıklamayı yapmaktadır; tarafların yalnızca razı olmaları yeterli olmayıp, bu rızayıîcâbve kabul denilen irade beyanı ile ortaya koymaları gerekmektedir. Ayrıca bu irade beyanları da akdin teşekkülü için yeterli olmayıp kanunun istediği şekilde yani hukukî netice doğuracak biçimde olması gerekmektedir.⁸⁹ Böylece Karaman da Zerka ve diğer alimler gibi akdin aynı özelliklerine dikkat çekmektedir. Buna göre akdin şu özellikleri vardır; 1. Diğer hukukî tasarruflar gibi akit de karşılıklı irade beyanından ibarettir. Fiil değildir ve fiile ihtiyacı yoktur. Ayrıca bu irade beyanları da akdin teşekkülü için yeterli olmayıp kanunun istediği şekilde yani hukukî netice doğuracak biçimde olmalıdır. 2. Akit bir birine uygun iki iradedir. Tek taraflı bir irade olmadığı gibi aralarında anlaşmazlık bulunan iki irade de değildir. 3. Akdin doğurduğu bağlılık ve sorumluluk şahsî değil mâlîdir. Yani akit ile taraflar birbirlerine vücutlarıyla değil akde konu teşkil eden mallarıyla sorumludurlar.⁹⁰

Mehmet Erdoğan'ın hazırlamış olduğu Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü'nde ise akdin tarifi şu şekilde geçmektedir; “Akid; nikah, hibe, vasiyet, alış veriş gibi şerî bir muameleyi iki tarafın iltizâm ve taahhüt etmeleridir kiîcâbve kabulün birbirine bağlanmasından ibarettir.”⁹¹ Bu tanım, hem Mecelle'nin akdin tanımında geçen “iltizâm ve taahhüt” kavram ve mefhumlarını hem de “şerî bir muameleyi” ifadesi ile diğer alimlerin tanımlarında geçen “akdin mahallinde/mevzuunda sonucu meydana gelecek” veya “hukukî bir sonuç doğuracak şekilde” ifade ve mefhumlarını kapsamaktadır.

Yapılan bütün bu tariflerden sonra kanaatimiz şu dur ki “Akit; hukukî bir sonuç doğuracak şekilde –ki bu sonuç, akdin mevzuunda meydana gelen borç ilişkisidir-birbirine uygun olan karşılıklı irade beyanıdır.” Bu irade beyanı ise söz veya diğer vasıtalarla oluşan îcâb ve kabul ile ortaya çıkar. Tek taraflı irade ile birçok tasarruf oluşmakla birlikte İslam hukukunda bu, akit olarak kabul edilmemiştir.⁹²

⁸⁸ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayran*, md, 168.

⁸⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 47; *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 35-36, I-III, 3. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 1999.

⁹⁰ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 36.

⁹¹ Erdoğan, “akd”, 19.

⁹² Akdin tarifi ile alakalı ayrıca bakınız: Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 31, 36; Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, 245-246, İfav yayınları, İstanbul 2014; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, 2-3, Tekin Kitabevi, Konya 2014.

Biz burada konumuzla ilgili temel kavramları kavramsal bazda ele aldığımız için tarifleri vermekle yetiniyoruz. Ancak konumuzun daha net anlaşılabilmesi için akitlerle ilgili bütünlüğü görme adına akdin unsurlarını, şartlarını, hükümlerini, sona ermesini ve kısımlarını kısaca ele alacağız.

1.2.2. Akdin Unsurları/ Rükün ve İn'ikad/Kuruluş Şartları

Bir akdin meydana gelebilmesi için bulunması gereken bir takım unsurların bulunması zaruridir. Bunlar; akdin en temel unsuru/rükünü olan icap-kabul, taraflar ve akdin mahallidir.⁹³

Hanefilere göre icap-kabul akdin rükünüdür.⁹⁴ Taraflar ve akdin mahalli ise in'ikad/kuruluş şartlarıdır.⁹⁵ Bu rükün ve kuruluş şartlarından biri eksik olursa akit batıl olur.⁹⁶

Burada şunu ifade etmek gerekir; akdin rükünü olan icap-kabul işlemi “irade beyanı” olduğu için onu bir sonraki başlıkta müstakil olarak ele alacağız.

Akde taraf olacak kişilerin tam eda/fiil ehliyetine diğer bir ifade ile akit ehliyetine sahip olmaları gerekir.⁹⁷

Akit ehliyeti; kişinin başkasının izin veya onayına bağlı olmaksızın bizzat kendisinin akit yapabilme yetkinliğine sahip olması demektir.⁹⁸ Bunun için de kişinin eda/fiil ehliyetini olumsuz etkileyen/ehliyetin arızaları denilen hallerden uzak olması gerekir.⁹⁹

Bunlar irade dışı/semavi sebepler olan; çocukluk, akıl hastalığı, akıl zayıflığı bayılma, uyku, ölüm hastalığı ve unutkanlık ve iradeye bağlı/müktesep sebepler olan;

⁹³ Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li Diraseti's- Şeriatil- İslamiyye*, 242, Müesseetü'r-Risale, Beyrut 1999.

⁹⁴ Serahsî, *Mebsut*, V, 15; İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, III, 309.

⁹⁵ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 25; *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, VIII, 110, IX, 10, Kuveyt Vakıflar ve İslami İşler Bakanlığı Yayınları.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 62; Hafif, 232; Yaman - Çalış, 246; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 238, Öncü Kitap, Çorum 2017.

⁹⁷ Hafif, 301-309; Muhammed Ali Sâbûnî, *el-Fikhü'l-Şer'ıyyü'l- Müyessera fî Davi'l-Kitabi ve's-Sünneti Fikhü'l-Muamelat*, I, 28, I-IV, Mektebetü'l-Asiriyye, Beyrut 2007.

⁹⁸ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, VII, 161; Yaman - Çalış, 247.

⁹⁹ Abdurrahman b. Muhammed el-Ceziri, *el- Fıkıh ala Mezahibi'l Erbaa*, III, 18, I-V, 2. Baskı, Daru Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 2003.

cehalet, ciddiyetsizlik, iflas, sarhoşluk, hata ve sefihliktir.¹⁰⁰ Bunlar gibi hukuki tasarruflara hemen hemen aynı etkiyi yapan dış bir etki ile rızayı bozan hile ve ikrahı da zikretmek gerekir.¹⁰¹

İnsanın ruh ve akıl sağlığını etkileyen, doğru düşünmesini ve serbest karar vermesini engelleyen bu sebeplerden her biri insanın eda/fiil ehliyetini ve rızasını ya daraltmakta ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Sonuç itibari ile bu durumdaki bir insanın yapmış olduğu akit ve diğer hukuki tasarruflar, özgür ve tam bir irade ile gerçekleşmediğinden hukuken geçerlilikleri problemli, sınırlı ve tartışmalıdır.

Her bir sebebin etkisi ve sonuçları farklı olmakla birlikte bu arızalar, kişinin tamamen veya kısmen başkasının kontrolünde ve denetiminde olması anlamında hacir altında olması sonucunu doğurur. Bu sebeplerden birisi ile mahcur olan kimseye, eda/fiil ehliyeti kısıtlı anlamında “kasır” denir. Bu şekilde kısıtlı olan bir kimse adına, şahıs ve mal varlıkları ile olan hususlarda tam ehliyetli bir kişinin onun adına yetkilendirilmesine “velayet”, bu yetkilendirme sadece mali konularla sınırlı tutulmuşsa buna da “vesayet” denir. Velayet ve vesayette kasır şahsın buna rızasının bulunup bulunmamasının önemi yoktur.¹⁰²

Akit ehliyetine sahip bulunan taraflar bazen değişik sebeplerden dolayı bizzat kendileri değil de aynı ehliyet sahibi bir başkası aracılığı ile işlerini yürütmek isterler. Bu durumda hukuki temsil/ niyabet devreye girer.

Hukuki temsil; ya ihtiyari olur ya da icbari olur. İhtiyari olana “Vekâlet” icbari olana ise “velayet-vesayet” denir. Vekâlet ise; kişinin dinen ve hukuken ehil olduğu ve niyabet kabul eden hususlarda kendi adına hareket etmek üzere ehliyet sahibi birisini yetkilendirmesidir.¹⁰³ Velayet, vesayet ve Vekâlet yetkilerinden birisi olmaksızın bir kimsenin bir başkası adına akit yapması veya bir tasarrufta bulunmasına ise yetkisiz temsil/fuzulinin tasarrufu denir.¹⁰⁴

Ehliyetin çeşitleri, insan hayatının ehliyet açısından devreleri, ehliyet arızalarının ayrıntıları ve her birinin akitlere etkisinin ne olduğu, dolayısıyla mahcurun

¹⁰⁰ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, I, 96, V, 267.

¹⁰¹ Hafif, 309-320.

¹⁰² Sâbûnî, I, 232-236; Yaman - Çalış, 240-243.

¹⁰³ Sâbûnî, II, 62.

¹⁰⁴ Serahsî, *Mebsut*, XIX, 38-39; İbn Abidin, III, 95; Hafif, 309-320-360.

tasarruflarının sonuçlarının ne olduğu, velayet, vesayet, Vekâlet ve fuzulinin tasarruflarının hükümlerinin ne olduğu gibi konular ayrıntıları itibari ile bizim konumuz olmadığı için biz sadece bu kadarla yetiniyoruz.¹⁰⁵

Akdin mahalli ile ilgili olarak da şunu ifade etmek gerekir. Akdin mahalli/konusu, akdin hükümlerinin kendisinde ortaya çıkıp gerçekleştiği şeydir ki bu, ya bir ayn/eşya veya bir aynın menfaati ya da bir emek/iştir.¹⁰⁶

Akdin mahallinin/konusunun şu şartları taşıması gerekir. Akde konu olacak şey; mütekavvim yani hukuken meşru ve yararlanılabilir olmalıdır, mümkün yani yüklenilen sorumluluğun fiilen ve hukuken imkansız olmaması gerekir, mevcut, teslim edilebilir, muayyen ve malum olması gerekir.¹⁰⁷

1.2.3. Akdin Sıhhat/Geçerlilik Şartları

Karşılıklı rıza üzerine kurulu bir akitte, tarafların karşılıklı hak ve sorumluluklarının açık bir şekilde belirlenmesi, rızayı zedeleyecek ve anlaşmazlığa yol açacak bilinmezlik ve belirsizliklerin bulunmaması, taraflardan birisi zarara uğrarken diğerinin haksız kazanç elde etmesine zemin hazırlanmaması gerekir.¹⁰⁸ Buna göre sahih akit; hem asıl unsurları – ki bunlar; icap-kabul, taraflar ve akdin mahallidir.- hem de vasıfları itibari ile salim/sağlam olan akittir. Daha yaygın bir ifade ile aslı ve vasfı itibari ile meşru olan akittir.¹⁰⁹

Vasıflarının salim/sağlam olması için ise; tarafların iradelerini sakatlayan hususların olmaması, akdin konusu ve bedelde taraflar arasında anlaşmazlığa yol açacak şekilde bilinmezlik/ cehalet-i fahişe olmaması, yine akdin konusunda haksız kazanca yol açacak ölçüde belirsizlik/ garar bulunmaması, ve akdin fasit şart ve riba/faiz içermemesi gerekir.

¹⁰⁵ Bunlarla ilgili ayrıntılı bil için bakınız; Hafif, 296-361; Yaman - Çalış, 215-251; Çeker, 12-37; Sâbüni, I, 28-34, II, 62-81.

¹⁰⁶ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, I, 259.

¹⁰⁷ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, IX, 145-148; Hafif, 291-296; Çeker, 56-61.

¹⁰⁸ Yaman - Çalış, 255.

¹⁰⁹ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, XXX, 235; Hafif, 365; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 250.

Hanefiler sahih olmayan akitleri batıl ve fasit diye iki kategoriye ayırırken diğer üç mezhebin hukukçuları ikisi arasında bir ayırım yapmadan batıl ve fasit kelimelerini eş anlamlı olarak kullanmışlardır.¹¹⁰

Hanefiler, yukarıda zikrettiğimiz üzere akdin rükün ve in'ikad/kuruluş şartlarında bir eksiklik olursa bu akde batıl akit, eğer rukunleri tam olmakla birlikte vasıflarında bir eksiklik olursa buna da fasit akit derler.¹¹¹

Diğer üç mezhep hukukçuları ise, ister asıl unsurlarında isterse vasıflarında bir eksiklik olsun, bu akdi sahih kabul etmeyip eş anlamlı olarak hukuki sonucu olmayan anlamında batıl ve fasit akit derler.¹¹²

1.2.4. I-II- 4- Akdin Nefaz/Yürürlük Şartları

Akit, akit yapma ehliyetine sahip birisi tarafından yapılmışsa nafızdır/yürürlük kazanır. Böyle bir akit hukuki varlık kazanmış olup hüküm ve sonuçlarını derhal meydana getirir.¹¹³ Bir akdin yapıldığı andan itibaren nafız/geçerli olabilmesi için taraflarda bu nefazı/geçerliliği engelleyen bir vasıf bulunmaması ve üçüncü bir hak sahibi ve onun rızasına ihtiyaç olmaması gerekir. Buna göre başkasının hakkının taalluk etmediği akitler nafız/geçerli, başkasının hakkının taalluk ettiği akitler ise mevkuf akitlerdir.¹¹⁴

Akdin yürürlük kazanabilmesi için iki şart vardır. Birincisi akdin taraflarında ehliyet eksikliğinin olmaması gerekir. Mümeyyiz çocuk ve mahcurun durumu buna örnektir. İkincisi ise yetkisizlik yani akdin geçerliliği üzerinde üçüncü bir şahsın hakkının olmamasıdır. Vekâletsiz ve izinsiz yapılan akit yani fuzûlinin yaptığı akit de bunun en yaygın örneğidir.¹¹⁵ Gasıbın, mürtehinin, Vekâlet sınırını aşan vekilin, hastanın, 1/3 aşan veya az da olsa varislerden birine vasiyette bulunan vasinin ve müste'cirin tasarrufları da fuzûlinin ki gibi yetkisizlik illeti ile malûldür.¹¹⁶

¹¹⁰ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, XXX, 236.

¹¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 54-62; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 251-254.

¹¹² Hafif, 365-374; Yaman - Çalış, 255-259; Çeker, 78-84.

¹¹³ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, XXX, 236; Hafif, 374.

¹¹⁴ Çeker, 84.

¹¹⁵ Ahmet İnanır, *İslam Hukukunda Birleşik Mürekkep Mali Sözleşmeler ve Çağdaş Finansman Yöntemlerindeki Uygulamaları*, 48, Gece Kitaplığı, Tokat 2015.

¹¹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 54-62; Çeker, 84.

Bu iki sebepten biri ile yürürlüğü durdurulmuş ve hükümlerini derhal ve fiilen meydana getiremeyen akitler ise mevkuf akittir. Akit kurulmuş ve sahih olmakla birlikte henüz sonuçları doğmamıştır. Sonuçlarının doğması, o akdi yapmaya bizzat yetkili olan kişinin ona izin vermesine bağlıdır. Mevkuf akit, asıl yetkili kişi tarafından izin verildiğinde yapıldığı andan itibaren nafiz/geçerlidir, eğer reddederse o halde batıl/hükümsüzdür.¹¹⁷

1.2.5. Akdin Lüzum/Bağlayıcılık Şartları

Bir akit, kuruluş, sıhhat ve nefaz şartlarını taşıyorsa artık o ya lâzım/ bağlayıcı ya da gayr-ı lâzım/caiz akit diye ikiye ayrılır.¹¹⁸

Lâzım/ bağlayıcı akit, taraflardan hiç birinin tek başına feshedemediği akittir.¹¹⁹ Gayr-ı lâzım/ caiz akit ise, taraflardan birinin tek başına feshedebildiği akittir.¹²⁰ Bu da muhayyerlik durumlarını gündeme getiriyor.

Kural olarak lâzım/bağlayıcı olan akitlerde muhayyerlik hakkının bulunmaması gerekir. Taraflardan birinin veya her ikisinin akdi geçerli kılma veya feshetme hakkının bulunduğu akit, bu hak sahibi için lâzım/bağlayıcı olmaktan çıkar.¹²¹ Buna göre taraflardan biri veya her ikisi için muhayyerlik bulunan akitler gayr-ı lâzım, muhayyerlik bulunmayan akitler ise lâzım akittir.¹²²

Lâzım/bağlayıcılık açısından akitler; nikah, satım ve kira gibi iki taraf için de lâzım/bağlayıcı olanlar, kefâlet ve rehin gibi tek taraf için lâzım/bağlayıcı olanlar ve ariyet, vedia ve Vekâlet gibi iki taraf için de gayr-ı lâzım yani bağlayıcı olmayanlar diye üçe ayrılır.¹²³

¹¹⁷ Hafif, 375; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 255-258.

¹¹⁸ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedaiu's- Sanai' fî Tertibi's-Şerai'*, V, 228, I-VII, 2. Baskı, Daru'l Kutubu'l-İlmiyye, 1986.

¹¹⁹ Kâsânî, VI, 187.

¹²⁰ Hafif, 375.

¹²¹ Kâsânî, V, 228; Yaman - Çalış, 259.

¹²² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 54-62; Çeker, 84; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 258-260.

¹²³ Yaman - Çalış, 262.

1.2.6. Akitlerde Muhayyerlik

Taraflardan birisinin veya her ikisinin akdi geçerli kılma veya feshetme hakkına sahip olmasına muhayyerlik denir.¹²⁴ Muhayyerlik, bu hakka sahip taraf açısından akdi bağlayıcı/lâzım olmaktan çıkarır. Muhayyerlikler, iki tarafa da borç yükleyen yani ivazlı ve lâzım/bağlayıcı akitlerde söz konusudur. Buna göre ariyet ve karz gibi bağlayıcı olmayan akitlerde ve tek taraflı irade ile kurulan hukuki tasarruflarda muhayyerlikten söz edilemez.¹²⁵ Çünkü bu tür akitler tabiatı itibari ile zaten bağlayıcı değildir.¹²⁶

1.2.5.1. Şart Muhayyerliği

Şart muhayyerliği, taraflardan birisinin veya her ikisinin yapmış oldukları akdi belli bir süre içerisinde geçerli kılıp kılmama hususunda muhayyer olmayı şart koşmalarıdır.¹²⁷ İmam Züfer ve bazı Şafii hukukçuların dışındaki hukukçulara göre şart muhayyerliği akdin tarafları için olabileceği gibi üçüncü şahıslar için de olabilir.¹²⁸

Şart muhayyerliğinin süresi; Ebu Hanife, Züfer ve Şafii'ye göre üç gündür. İmameyn, Hanbeli ve Caferilere göre süre belirli olmak kaydıyla taraflar bu konuda serbesttir. nsine göre değişik süreler Malikilere göre ise akde konu olan malın ci¹²⁹ olabilir ama o mal için mutad olan süre aşılmamalıdır.¹³⁰

Şart muhayyerliği; satım, kira gibi bedelli, feshe elverişli, akde konu olan şeyi peşin kabzetmenin zorunlu olmadığı ve lâzım/bağlayıcı olan akitlerde geçerlidir. Buna göre hibe ve ariyet gibi bedelsiz olan akitlerde, nikah ve boşama gibi feshe elverişli olmayan akitlerde, sarf ve selem gibi bedellerin peşin alınmasının zorunlu olduğu akitlerde ve Vekâlet, vedia gibi lâzım/bağlayıcı olmayan akitlerde şart muhayyerliği söz konusu olamaz.¹³¹

Şart muhayyerliği; bu hakka sahip olan kişinin muhayyerlik süresi içerisinde akdi onaylaması veya feshetmesi, bunlardan biri olmadan belirlenen sürenin dolması, süre

¹²⁴ Hafif, 395; Çeker, 64.

¹²⁵ Sâbûnî, I, 118; Yaman - Çalış, 266.

¹²⁶ Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 213.

¹²⁷ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 298; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 284; Hafif, 396.

¹²⁸ Kâsânî, V, 264; Yaman - Çalış, 267.

¹²⁹ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 299-300.

¹³⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 285; Hafif, 398; Sâbûnî, I, 118-120.

¹³¹ Hafif, 400; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 213-216.

içerisinde bu hakka sahip olan kişinin ölmesi veya akde konu olan malın muhayyer olan tarafın elinde ayıplı hale gelmesi veya helak olması durumlarında sona erer.¹³²

Şart muhayyerliği, Hanefî ve Hanbelîlere göre kişinin irade ve tercihiine bağlı şahsî bir hak olduğu için miras olarak varislere intikal etmez. Şafîî ve Malikilere göre ise mala taalluk eden mâlî bir hak olduğu için miras olarak intikal eder.¹³³

1.2.5.2. Görme Muhayyerliği

Görme muhayyerliği, akdin taraflarından birinin, akdin mahallini akit esnasında veya daha önce görmediği için onu görünce akdi onaylama veya feshetme hakkına sahip olmasıdır.¹³⁴ Görme muhayyerliği sadece mebi' cinsinden mal ve menfaate malik olacak müşteri ve müstecir gibi kimselerin hakkıdır.¹³⁵

İmam Şafîî'ye göre akde konu olan malın akit meclisinde hazır bulunması şart olduğundan görülmeyen şey akde konu olamaz. Dolayısıyla ona göre görme muhayyerliği de yoktur. Görme muhayyerliği İmam Şafîî'nin dışındaki hukukçulara göre değildir.¹³⁶

Görme muhayyerliğinde amaç akde konu olan mal hakkında rızaya temel teşkil edecek seviyede yeterli bilgi sahibi olmaktır. Bu ise gözle görmekle olabileceği gibi malın cinsine ve yerleşik uygulamalara göre farklı şekillerde de olabilir.¹³⁷ Numune ile belli olan mallarda numuneyi görmek bütün malı görmek gibidir.¹³⁸

Görme muhayyerliği, akdin hükmünün sabit olmasına değil bağlayıcı olmasına engeldir. Bu sebeple akdin kuruluşu ile birlikte müşteri mebi'in mülkiyetine sahip olduğundan onu satım ve rehin verme gibi hukuki işlemlere konu edinebilir.¹³⁹

Görme muhayyerliği, iki tarafa borç yükleyen, feshe elverişli ve bağlayıcı akitlerde söz konusu olur. Hanefiler ve Hanbelîlere göre görme muhayyerliği varislere intikal etmez, Malikilere göre ise intikal eder.¹⁴⁰

¹³² Hafif, 408; Yaman - Çalış, 268.

¹³³ Kâsânî, V, 268; Hafif, 413.

¹³⁴ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 335; Mecelle, md, 320; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 290.

¹³⁵ Çeker, 67

¹³⁶ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 336; Yaman - Çalış, 268; Sâbûnî, I, 121.

¹³⁷ Kâsânî, V, 292; Zeydan, *el-Medhal*, 318-322; Sâbûnî, I, 122.

¹³⁸ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 336-243; Çeker, 67.

¹³⁹ Kâsânî, V, 292; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 216-219.

1.2.5.3. Ayıp Muhayyerliği

Yapılan bir akitte akdin mahallinde bir kusur/ayıp bulunması halinde karşı tarafın bu akdi onaylama veya feshetme hakkına sahip olmasına ayıp muhayyerliği denir.¹⁴¹

Erbabınca kusur sayılan, mala rağbeti azaltan, onun amacına uygun kullanımını sakatlayan ve semende eksilmeye sebep olan şey ayıp muhayyerliğine sebep olan kusurdur.¹⁴² Ayıp muhayyerliği genellikle akdin konusunda mevcut olup müşterinin sonradan farkına vardığı ve bu şekli ile kabule yanaşmadığı maddi kusurlardır.¹⁴³

Ayıp muhayyerlik hakkının doğması için; akdin mahallinde kusur olmalı, bu kusur müşterinin değil de satıcının yanında meydana gelmiş olmalı, akit esnasında müşteri bu kusuru bilmemeli, akitten sonra ona razı olmamalı ve akit feshedilmeden önce kusur ortadan kalkmamalı ve temlik eden akit esnasında kusurdan sorumlu olmayacağını şart koşturmalıdır.¹⁴⁴ Bu son şart yani temlik eden kimsenin kusurdan sorumlu olmayacağını söylemesi Şafii ve Hanbelîlere göre geçersizdir. Yani ayıp muhayyerliği peşin şart ile sakıt olmaz.¹⁴⁵

Ayıp muhayyerliği her iki taraf açısından da lâzım/bağlayıcı olan akitlerde olur. Bu hakka sahip olan kişi, Ahmet b. Hanbel hariç diğer hukukçulara göre ya akdi fesheder ya da olduğu gibi kabul eder. Bu kusurdan dolayı indirim talep edemez.¹⁴⁶

Bu muhayyerlik hakkına sahip kişinin bu hakkını ayıba razı olarak akdi onaylaması veya bu hakkını sarahaten veya delaleten düşürmesi halleri dışında akdi feshedebilmesi için mahalde bir değişiklik olmaması gerekir. Eğer mahalde yeni bir kusur, helak veya ilave olmuşsa ya da temellük eden, satış ve hibe gibi onu mülkiyetinden çıkaran bir tasarrufta bulunmuşsa fesih imkanı ortadan kalktığından ilk kusur ölçüsünde zararın karşılanması cihetine gidilir.¹⁴⁷

Bu hakka sahip olan kişi, akdi olduğu gibi kabul ederse veya kabul etmeyip feshederse bu hak düşer. Feshe mani bir durum olması halinde ise ya akdi kabul etmek

¹⁴⁰ Yaman - Çalış, 269.

¹⁴¹ Kâsânî, V, 274; Hafif, 424; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 295; Zeydan, *el-Medhal*, 323.

¹⁴² İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 357.

¹⁴³ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 355; Zeydan, *el-Medhal*, 323.

¹⁴⁴ İbn Abidin, V, 16; Hafif, 425-427.

¹⁴⁵ Yaman - Çalış, 270.

¹⁴⁶ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 356; Çeker, 69.

¹⁴⁷ Hafif, 430-433; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 219-223.

zorunda kalır ya da kusur sebebi ile rucu hakkına sahip olur. Bu iki durumda da bu hakkı son bulmuş olur. Eğer bu hak sahibi bir tercihte bulunmadan ölürse bu hakkı mirasçılara intikal eder.¹⁴⁸

1.2.5.4. Tayin Muhayyerliği

Kıyemi mallardan iki veya üç tanesinin ayrı ayrı fiyatları söylenerek bunlardan ya müşterinin istediğini alması veya satıcının istediğini vermesi şeklindeki akitten doğan muhayyerliğe tayin muhayyerliği denir.¹⁴⁹

Tayin muhayyerliği, akdin mahallini meçhul hale getirdiği için Şafiilere, Hanbelîlere ve İmam Züfer'e göre caiz değildir. Ebu Hanife, İmameyn ve İmam Malik'e göre ise taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacak bir belirsizlik olmadığı için ayrıca insanların bu esnekliğe ihtiyaçları olduğu için bu muhayyerlik caizdir.¹⁵⁰

Tayin muhayyerliğinin olabilmesi için; tayin en fazla üç eşya arasında olacak, eşyalar ve fiyatları farklı olacak ve tayin süresi belli olacak. Tayin muhayyerliği, mal olsun menfaat olsun temlik bulunan akitlerde geçerlidir.¹⁵¹

1.2.5.5. Vasıf Muhayyerliği

Belli özellikleri sebebi ile satın alınan bir malda aranan özelliklerin bulunmaması durumunda müşterinin bu akdi onaylama veya feshetme yetkisine vasıf muhayyerliği denir.¹⁵²

Ayıp muhayyerliğindeki ayıp maldaki maddi eksikliği ifade ederken buradaki eksiklik maddi değil o şeyin vasıf ve kabiliyetindeki eksikliktir. Mesela bol süt verir diye alınan bir ineğin az sütü çıkması durumunda müşteri vasıf muhayyerliği ile muhayyer olur.¹⁵³

¹⁴⁸ Hafif, 436; Zeydan, *el-Medhal*, 325.

¹⁴⁹ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 325; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 288; Çeker, 69.

¹⁵⁰ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 319; Mustafa Ahmed Zerka, *el-Ukudü'l-müsemma fi'l-fikhi'l-İslâmî (el Fıkhü'l İslami fi Sevbihî'l Cedid, I-IV)*, IV, 51, I-IV, Dârü'l-Kalem, Dımaşk 199/1420.

¹⁵¹ Zeydan, *el-Medhal*, 317; Çeker, 70.

¹⁵² Yaman - Çalış, 270.

¹⁵³ İbn Abidin, IV, 556; Çeker, 71.

Vasıf muhayyerliğindeki yanlışlık, akde konu nesne sahibinin kasıtlı yanlış beyanından kaynaklanırsa buna “tedlis” denir.¹⁵⁴ Hanefilere göre müdellisin fesih hakkı yoktur. Ancak zararı tazmîn hakkı vardır. Diğer üç mezhep hukukçularına göre ise fesih hakkı vardır.¹⁵⁵

Akdin taraflarının bir kastı olmaksızın da akde konu olan nesnede bir hata oluşabilir. Eğer bu galat/hata nesnenin cinsinde olursa bu akit batıl olur. Hata nesnenin cinsinde değil de vasfında olursa o zaman vasıf muhayyerliği söz konusu olur.¹⁵⁶

Vasıf muhayyerliği, ayıp ve görme muhayyerlikleri ile yakından ilgili olduğu için diğer hükümler açısından aynı hükme tabidirler.¹⁵⁷

1.2.5.6. Meclis Muhayyerliği

Satıcı ve müşteri her birinin, akdi tamamladıktan sonra muhayyerlik şartı olmaksızın akit meclisinden fiilen ayrılmadıkları sürece akdi onaylama veya feshetme yetkisine sahip olmalarına meclis muhayyerliği denir.¹⁵⁸

Şafii ve Hanbelîlere göre taraflara düşünme ve doğru karar verme fırsatı sunduğu için meclis muhayyerliği vardır. Onlara göre taraflar akit meclisinden ayrılmadan akit lâzım/bağlayıcı değildir. Hanefi ve Malikîlere göre ise akit tarafların iradesi ile bir kez tamam olduktan sonra artık o akit lâzımdır/bağlayıcıdır ayrıca meclis muhayyerliği diye bir şey olmaz.¹⁵⁹

Bazı fıkıh kitaplarında bunlardan başka birçok muhayyerlik çeşitleri zikredilmektedir.¹⁶⁰ Fakat hukukçuların çoğunluğunun kabul ettiği muhayyerlikler bu zikrettiklerimiz olduğu için biz de bunlarla yetiniyoruz.

¹⁵⁴ Serahsî, *Mebsut*, X, 113; Ceziri, II, 254.

¹⁵⁵ İbn Abidin, V, 44.

¹⁵⁶ Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 226-229.

¹⁵⁷ Yaman - Çalış, 270.

¹⁵⁸ İbn Abidin, IV, 552; Sâbûnî, I, 125.

¹⁵⁹ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 257-258; Hafif, 376; Sâbûnî, I, 126-129.

¹⁶⁰ Aldanma, nakid, kemmiyet, fuzûlî'nin ve mahcur'un akdine icazet, tekeşşüf-i hal, keşf-i hal, teferruk-ı safka, hıyanet, şüf'a, rucû, kabul, kefaet, bülûğ ve mebiin kiralınmış çıkması veya rehin verilmiş çıkması hallerindeki muhayyerlikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Çeker, 72-78; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 229-234.

1.2.7. Akdin Hükümü

İslam hukukçuları akdin hükümü ifadesini üç farklı anlamda kullanırlar.

- 1- Usul-ı fıkıh eserlerinde hüküm başlığı altında incelenen ve her hangi bir tasarrufun şer'î/hukûkî vasfını ifade eden yani Şari' tarafından istenip istenmediğini veya mihayyer bırakıldığını ifade eden farz, vâcib, sünnet, mendup, mubah, haram ve mekruh gibi durumlar kastedilir.¹⁶¹ Mesela şu satışın hükümü mubahtır, mekruhtur veya haramdır gibi.¹⁶²
- 2- Bazen geçerli bir akdin hukuki sonucunu kastediyorlar. Dolayısıyla her akdin hükümü; mevzuu, mahiyeti ve amacına göre farklılık gösterir. Akdin mevzuu; ya ayn/ muayyen mal, ya menfaat, ya deyn/ zimmet borcu, ya iş, ya teminat ya da Vekâlet ve temsildir. Buna göre mülkiyeti nakleden akitlerde akdin hükümü, mülkiyetin el değiştirmesidir. Kullanım/yararlanma hakkı sağlayan akitlerde akdin hükümü, kullanım hakkının doğmasıdır. İş yükümlülüğü olan ve Vekâlet akitlerinde belirlenen işin yapılmasıdır. Bütün bu işlemlerde karşı tarafın ise yüklenmiş olduğu deyn'i/ üzerine almış olduğu zimmet borcunu yerine getirmesidir. Konusu teminat olan akitlerde borçların teminat altına alınması yani zamanı geldiğinde îfânın garanti edilmesidir.¹⁶³
- 3- Bazen de akdin, vücut bulup üzerine sonuç terettüp edip etmemesi ve akdin taraflarının onunla bağlı olup olmaması açısından vasfını kastediyorlar. Mesela bu akdin hükümü batıldır dendiğinde üzerine akdin sonuçlarının terettüp etmemesi anlaşılır. Yine bu satış akdinin hükümü mevkuftur dendiğinde o konuda yetkili olan kişi icazet verdiğinde akit nafız olur/ yürürlüğe girer, yok eğer icazet vermezse akit batıl olur ve sonuçları terettüp etmez.¹⁶⁴

Bu üçüncü manada akdin hükümü; akit yukarıda zikrettiğimiz akdin rükün ve kuruluş şartları ile sıhhat şartlarını taşıması halinde sahih, bu şartlardan biri eksik olması halinde eş anlamlı olmak üzere batıl ve fasit olur. Hanefilere göre ise rükün ve kuruluş şartlarında eksiklik olursa batıl, sıhhat şartlarında eksiklik olursa fasit akit olur. Sahih akit de nefaz şartlarını taşıyorsa nafızdır yani yürürlük kazanır taşımyorsa muvkuftur.

¹⁶¹ Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ b. Muhammed el-Lahmî eş-Şâtîbî el-Gırnâtî, *Muvafakat*, I, 171, I-VII, muh; Ebu Ubeyde İbn Hasan Al-i Selman, 1. Baskı, Daru İbn Affan, 1997.

¹⁶² Abdülkerim Zeydan, *el-Veciz fî Usulî'l Fıkıh*, 23, Müessesetü'r Risale, 2009; Hafif, 365.

¹⁶³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 390-405; Yaman - Çalış, 273; Çeker, 61.

¹⁶⁴ Hafif, 365.

Nafiz akit ise lüzum şartlarını taşıyorsa yani muhayyerlik hakkı yoksa lâzımdır/bağlayıcıdır değilse gayr-ı lâzımdır. Bunlar aynı zamanda hüküm açısından akdin kısımlarıdır.¹⁶⁵

1.2.8. Akdi Sona Erdiren Durumlar

Temel unsur ve sıhhat şartlarını taşıyarak tam ve muteber bir şekilde kurulan bir akdin sona ermesi; îfâ, ikale, fesih/iptal, infisah ve başka bir akdin kurulması hallerinden biri ile olur.¹⁶⁶ Akdin rukün veya kuruluş şartı denen temel unsurlarından biri eksik olursa batıl olması, sıhhat şartlarından biri eksik olursa fasit olması ve mevkuf akitte izin vermesi gereken kişinin izin vermeyerek akdin oluşmaması halleri bu akdin sona ermesi ile alakalı değildir.

Îfâ durumu. Tarafların hukuken sahih olan bir akitle üstlendikleri yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeleri yani îfâda bulunmaları durumunda akit sona ermiş amaç hasıl olmuş demektir.¹⁶⁷ İfâ bakımından akitler yukarıda zikrettiğimiz akdin hükmünün ikinci anlamdaki kısmı ile aynıdır. Süreli akitlerde sürenin dolması ile de akit son bulmuş olur.¹⁶⁸

Akdin taraflara yüklediği borcun son bulması onu gereği gibi yerine getirmekle yani îfâ ile olmakla birlikte îfâdan başka onun yerini alan şu haller ile de olmaktadır. İfâ yerini tutan eda, ibra, takas, yenileme, zaman aşımı, îfânın mümkün olmaması ve alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi yollarla tabii olarak son bulur. Yani akdin taraflara yüklemiş olduğu borç, gerektiği şekilde yerine getirilmek sureti ile akitle elde edilmek istenen amaç gerçekleşmiş ve akit sona ermiştir. Normalde akitler bu sebeplerden biri ile son bulur.¹⁶⁹

İkâle durumu. Hukuken geçerli bir şekilde doğmuş fakat henüz tam olarak îfâ edilmemiş bir akdin karşılıklı rıza ile bozulmasıdır.¹⁷⁰ İkale, İmam Malik ve Ebu Yusuf'a göre hem taraflar hem de üçüncü şahıslar açısından yeni bir akit, Ebu Hanife'ye

¹⁶⁵ Kâsânî, V, 233; Hafif, 365-376; Yaman - Çalış, 259-262; Çeker, 78-86; Sâbûnî, I, 38.

¹⁶⁶ Kâsânî, V, 306.

¹⁶⁷ Yaman - Çalış, 273.

¹⁶⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 390-405, 436.

¹⁶⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 539-562.

¹⁷⁰ Kâsânî, V, 306; Hafif, 509; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 446; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 199.

göre taraflar açısından fesih üçüncü şahıslar açısından yeni bir akit, diğer hukukçulara göre ise her kes açısından fesihtir.¹⁷¹ Borçlar hukukundaki bu durumun aile hukukundaki örneği muhale'adır.

Fesih durumu. Bu ya taraflardan birinin iradesi ile ya da zorunlu sebeplerle olur.¹⁷² Kefâlet ve rehin gibi tek taraf için bağlayıcı olan, ariyet ve vedia gibi iki taraf için de bağlayıcı olmayan, kural olarak bağlayıcı olmakla birlikte muhayyerlik hakkının bulunduğu bir akitte bu hakka sahip kişinin tek taraflı iradesi ile akdi feshetmesi durumunda akit sona erer.¹⁷³ Yine kuruluş veya sıhhat şartlarındaki bir eksiklik sebebiyle batıl veya fasit olan akdin taraflarca veya yetkili organca feshedilmesiyle de akit sona erer.¹⁷⁴

İkale ve fesih durumlarını üçüncü bölümün son kısmında akdi kuran tarafların akdi sona erdirmeye hürriyetleri başlığı altında ayrıntılı olarak ele alıp inceleyeceğiz. Diğer sona erme hallerinde ise tarafların etkisi olmadığı için orada bunlar ayrıntılı olarak ele alınmayacak.

İnfisah durumu. Akit mahallinin, akdin hükmünü uygulamaya imkan vermeyecek şekilde zarar görmesi veya yok olması durumunda tarafların beyanına veya mahkeme kararına gerek olmaksızın akit kendiliğinden sona ermiş olur.¹⁷⁵

Yeni bir akit kurulması durumu. Meşru bir şekilde kurulmuş olan bir akdin, üçüncü şahıslar tarafından hukuki bir yetkiye dayanarak yeni bir akit yapmaları ile önceki akdin son bulma hali. Bunun en yaygın örneği ön alım hakkı diye isimlendirilen şuf'adır. Bu hakka sahip olan kişi bu hakkını kullanmak suretiyle yeni bir akit yapıyor ama bu akit önceki kurulmuş olan akdi sona erdiriyor.¹⁷⁶

1.2.9. Akitlerin Tasnifi

Akitler hüküm, gaye, özellik, şekil, konusu gibi farklı açılardan değişik tasniflere tabi tutulmuştur. Hukukçular çeşitli açılardan bakarak ve muhtelif ölçüler kullanarak

¹⁷¹ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, VI, 487; Sâbüni, I, 40; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 448.

¹⁷² Kâsânî, V, 156.

¹⁷³ Serahsî, *Mebhut*, XII, 158; İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, VI, 257, 303.

¹⁷⁴ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, VI, 401; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 436-446.

¹⁷⁵ Serahsî, *Mebhut*, XIII, 197; İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, VI, 306; Kâsânî, V, 249.

¹⁷⁶ Serahsî, *Mebhut*, XIII, 10; Hafif, 147; İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, IX, 381; Yaman - Çalış, 273-274.

akitleri tasnif etmişlerdir.¹⁷⁷ Bu taksim ve tasniflerde her bir grup içinde yer alan akitleri birleştiren ve ayıran yönler ve vasıflar vardır. Yani bazı akitler diğer bazıları ile birlikte bir grup içinde yer alırken aynı gruptan olan bu akitler başka bir kritere göre değerlendirildiğinde başka bir grup içerisinde yer alır. Biz burada akitlerin bütününe görebilmek için akit hukuku bakımından önem derecesine göre bir tasnif yapacağız.

1.2.9.1. Hüküm Açısından Akdin Türleri

Hukuken muteber bir varlığa sahip olup hükümlerini doğuracak şekilde geçerlik kazanan akitler sahih/meşru, bu özelliğe sahip olmayan akitler ise gayri meşru yani batıl ve/veya fasittir. Sahih akitler de nafiz/geçerli veya mevkuftur/başkasının iznine bağlı. Nafiz akitler ise iki tarafı veya tek tarafı bağlayıcı/ lâzım veya iki taraf için de bağlayıcı olmayanlar yani gayri lâzım diye ikiye ayrılır.¹⁷⁸ Bunların şartlarını ve hükümlerini akdin rükün, kuruluş, sıhhat, nefaz ve lüzum şartları başlıklarında ve akdin hükmü başlığında zikrettik.

1.2.9.2. Mahalli/ Konusu Açısından Akdin Türleri

Akdin konusu ya maldır (satım, karz, sarf akitlerinde olduğu gibi), veya menfaattir (kira, ariyet akitlerinde olduğu gibi), ya hem mal hem de menfaattir hulu', sulh ve şirket gibi ya da iştir vedia, mudarebe, müzaraa ve müsakaat akitlerinde olduğu gibi.¹⁷⁹

Bu konuyu üçüncü bölümde akdi tanzim/düzenleme hürriyeti başlığı altında akdin konusunun kısımlarını anlatırken ayrıntılı olarak ele alacağız.

1.2.9.3. Gayesi Açısından Akdin Türleri

Temlik/ mülkiyeti nakleden akitler. Bunlar da satım, kira gibi muavazalı/ karşılıklı ivaz ve bedelli olanlar ve hibe ve ariyet gibi teberru akitleri diye ikiye ayrılır.

İskat/ hak düşürücü akitler. Hul' gibi bedelli, bedelli veya bedelsiz kısas ve şüf'a hakkından vazgeçme gibi.

¹⁷⁷ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 111-144.

¹⁷⁸ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l Kadir*, VI, 400.

¹⁷⁹ Yaman - Çalış, 262.

İtlak/ yetki verme akitleri. Vekâlet, mümeyyiz çocuklara ve benzerlerine ticaret izni verme. Yani bir mal üzerinde aslında tasarruf yetkisi olmayan kişilere yetki verme.

Takyit/ yetki kaldırıcı akitler. Vekilin, vakıf kayyımının ve vasinin yetkilerinin alınması ve kendisine ticaret izni verilmiş kişinin izninin iptal edilmesi. Yani daha önce verilmiş olan yetkilerin kaldırılması.

Müşareket/ ortaklık olan akitler. Bütün şirketler, mudarebe, müzaraa, müsakaat ve nikah gibi.

Teminat/ güvence akitleri. Bunlar; kefâlet, havale, rehin ve vedia gibi akde uyulmasını garanti altına alan akitlerdir.

Bir işin yapılması olan akitler. İstisna‘, vekâlet, vesâyet, insan veya vasıta icaresi gibi.

Bir hakkın kullanılması olan akitler. Hulu‘, sulh gibi.

İstifade etmek olan akitler. İare, karz ve nikah gibi.¹⁸⁰

1.2.9.4. Ayna Bağlılık/ Teslim Açısından Akdin Türleri

Aynî akitler. Akdin tamamlanabilmesi yani sahih, nafız ve lâzım olabilmesi için akit konusu malın teslim edilmesine bağlı olan aynî akitlerdir. Bunlar beş tanedir; hibe, ariyet, vedia, karz ve rehin akitleridir.¹⁸¹

Aynî olmayan akitler. Akit icap-kabul ile tamamlanıp ayrıca akit konusu şeyin teslimine ihtiyaç duymayan akitler aynî olmayan akitlerdir. Aynı akitlerin dışındaki bütün akitler.¹⁸²

1.2.9.5. Şekil Açısında Akdin Türleri

Şeklî akitler. Hukuken varlık kazanabilmeleri sadeceicâbkabul ile tamam olmayıp belirli şekil şartlarına bağlı olan akitlere şeklî akitler denir.¹⁸³ İlan/ şahit ve/veya tescil

¹⁸⁰ Hafif, 473; Çeker, 114; İnandır, 45, 51.

¹⁸¹ İbnü'l- Hümam, *Fethu'l Kadir*, V, 205, VIII, 485, IX, 6, 19, X, 136; Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 116.

¹⁸² Yaman - Çalış, 263.

¹⁸³ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 113.

şartları olan nikah akdi ve gayri menkullerin satışı, rehin ve irtîfâk haklarının kullanımında tapuya tescil şartları aranan akitler gibi.

Rızâî akitler. Tamamlanabilmesi için belli bir şekil şartı olmaksızın sadece icap-kabul ile tamamlanan akitlerdir. Akitlerde asıl olan rızailiktir ve akitlerin çoğu da zaten bu şekilde kurulmaktadır. İstisnai olan şekli akitlerin dışındaki bütün akitler rızai akitlerdir.¹⁸⁴

1.2.9.6. Tazmîn/ Ödeme Sorumluluğu Açısından Akdin Türleri

Tazmîn sorumluluğu doğuran akitler. Akit konusu malın zayi olması durumunda malı teslim alan kişi adına zayi olur. Karşı tarafa olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Satım, karz gibi akitler bu gruba girer.

Emanet akitleri. Karşı tarafa teslim edilen mal emanet hükmündedir. Bir kusur olmadan zayi olması durumunda tazmîn gerekmez. Vedia, ariyet, şirket, Vekâlet ve vasiyet gibi akitler.

Çifte vasıflı akitler. Bu akitler bir yönden birinci gruba diğer yönden ikinci gruba girer. Mesela kira akdinde kiracının elindeki mal kusur olmaksızın zayi olursa tazmîn gerektirmez, fakat kiracı o malın menfaatinden mahrum olur.¹⁸⁵

1.2.9.7. İstiklaliyet Açısından Akdin Türleri

Müstakil akitler. Varlığı başka bir akde bağlı olmayan akitlerdir. Satım, icare, hibe, karz gibi akitler.

Bağımlı akitler. Varlığı başka bir akde bağlı olan akitler. İ kale, şüf'a, hulu', havale, kefâlet, rehin, müvekkelün bih olan akitler.¹⁸⁶

1.2.9.8. İsim Açısından Akdin Türleri

İsimli Akitler. İslam hukukun kaynakları olan Kur'an ve Sünne'te ve fıkıh kitaplarında var olup kendisine belli bir isim verilen akitler isimli akitlerdir. Bunlar

¹⁸⁴ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 112; Çeker, 115; İnanır, 48.

¹⁸⁵ İnanır, 51.

¹⁸⁶ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 143; Çeker, 115.

akitlerin bağı olduğu genel hüküm ve kaidelerin yanında bir de kendilerine mahsus özel hüküm ve kaidelere tabidirler. Fıkıh kitaplarında var olup belli bir isimle anılan bütün akitler isimli akitlerdir. Satım, icare, hibe, karz gibi.¹⁸⁷

İsimsiz Akitler. İslam hukukunda akit hürriyetinin vermiş olduğu salahiyetle insanlar sadece fıkıh kitaplarında var olan isimli akitlerle akit yapmak mecbûriyetinde olmayıp bunların dışında ihtiyaç duydukları yeni akit tipleri ile de akit yapabilirler. İşte bu yeni akit tipi belli bir isim alıncaya kadar isimsiz akit olarak işlem görmeye devam eder. İslam hukuk tarihinde sonradan ortaya çıkıp hukukçuların bunlara zamanla içerik ve gayelerine uygun belli bir isim bulduğu akit tiplerinin örnekleri şunlardır. Geri almak şartıyla yapılan satım/ bey‘u’l-vefa akdi, sipariş/ istisna akdi, vakıf mallarında yapılan çift kira/ icareteyn akdi, cari hesap olan isticar akdi gibi akitler.

Akitler ister isimli ister isimsiz olsun ya yapıları gereği basittirler ya da birçok akdi içerisinde barındırarak yeni tek bir akit meydana getirerek birleşik, karma ve kendisine özgü yapısı olan akitler şeklinde gruplandırılmaktadırlar.¹⁸⁸

Birleşik akitler; birbirinden bağımsız farklı akit tipleri kendi niteliklerini kaybetmeden bir akdin bünyesinde birleşiyorsa buna birleşik akit denir.¹⁸⁹

Karma akitler; meşru olan farklı akit tipleri hukukun uygun görmediği bir tarzda bir araya geliyorsa buna da karma akit denir.¹⁹⁰

Kendine özgü yapısı olan akitler. Bir akdin içerdiği unsurlar tamamen veya kısmen hukuka uygun değilse diğer bir ifade ile akdin bünyesinde hukuka yabancı bir unsur varsa buna da kendine özgü yapısı olan akit denir.¹⁹¹

Konumuz olan akit hürriyetini ve sınırlarını tam olarak görebilmek için akitle ilgili bu kısa bilgileri vermenin zaruri ve yeterli olduğu kanaatindeyim. Zaruridir çünkü bu alt yapı bilgisi verilmeden akit hürriyetinin sınırlarının ne olduğunu neye göre belirleyeceğiz. Yani konu belirsizlikle muallel olur. Yeterlidir çünkü verilen genel çerçeve meselenin anlaşılması için yeterli olup bu alanda işin ayrıntısına girmek bizim konumuzdan ayrı başlı başına incelenmesi gereken bir alandır.

¹⁸⁷ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 124; Yaman - Çalış, 263.

¹⁸⁸ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 125.

¹⁸⁹ Nomer, 76.

¹⁹⁰ Nomer, 74.

¹⁹¹ İnanır, 57.

1.3. İRADE

1.3.1. Tanımı

Bir davranışı tercih edip gerçekleştirme gücü anlamında terimleşen “İrade”¹⁹² kelimesi talep etmek manasında Arapça “rvd” kökünden mastardır. İstemek, tercih etmek, arzulamak, emretmek ve olatmak için salıvermek gibi manalarda kullanılır.¹⁹³ Günlük hayatımızda bu kelime çeşitli manalar ifade eder. Bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü, istek, dilek, hükümdar emri, buyurmak, emretmek manalarında basit olarak kullanıldığı gibi Allah’ın isteği ve buyruğu manasında irade-i ilahiyye, insanın iradesi manasında irade-i cüziye, milletin tercihi ve kararı manasında milli irade şeklinde izafetle de kullanılmıştır.¹⁹⁴

Bir ilmî terim olarak ise irade kelimesi kullanıldığı ilim sahasına göre değişik ıstılahî manalar ifade eder. Zira irade konusu psikoloji, felsefe, kelim ve hukuk ilim dallarında çok önemli yer teşkil eden bir konudur.¹⁹⁵ Biz bunlardan sadece konumuzla ilgili olan hukuk ıstılahındaki manasını vermekle yetineceğiz.

İrade kelimesinin kelim ve felsefede birçok tartışmanın odağında yer alan - dolayısıyla kabul görmüş yaygın kullanımı olan-bir terim olmasına karşılık klasik fıkıh eserlerinde terimleşmediği hatta yaygın bir kullanımının bulunmadığı, kullanıldığı yerlerde ise “kasıt” manasında kullanıldığı dile getirilmiştir.¹⁹⁶

Ancak bu fikhî kaynaklarda yaygın kullanımı olan “kasıt, niyet, ihtiyar ve rıza” kelimeleri, aralarındaki birtakım farklılıklarla birlikte genel anlamda iradenin mahiyetini veya belli bir yönünü ifade ederler.¹⁹⁷ Diğer taraftan iradeyi yok eden veya sakatlayan “ikrah, hile, hata/galat, hezl, sehiv, nisyan ve cehalet” gibi kavramlar da fakihlerin irade konusundaki görüşlerini belirtici bir içeriğe sahiptirler.¹⁹⁸ Bu sebeple ilk bakışta klasik kaynaklarda irade kelimesine terim anlamı yüklenmediği ve onun fıkıh ilmine ait teknik bir terim sayılmaması gerektiği anlaşılmaktaysa da esas itibari ile

¹⁹² İbn Abidin, II, 482.

¹⁹³ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arap*, “rvd”, III, 187-189.

¹⁹⁴ M.Saim Yeprem, *İrade Hürriyeti ve İmam Maturidi*, 27, 3. Baskı, İfavYayınları, İstanbul 1997.

¹⁹⁵ Yeprem, 27; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 78-104, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.

¹⁹⁶ Yunus Apaydın, “irade”, *DİA*, XXII, 384-387.

¹⁹⁷ İbn Abidin, I, 415.

¹⁹⁸ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 57-76; Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 147, 312-462; Zerka, *el-Medhal'ül-Fıkhıyy'ül-Am*, I, 435-496; Mahmasânî, II, 291, 354-453.

iradenin cüzlerini oluşturan kavramlara kitaplarda yer verilmiştir. Ayrıca irade kavramını tanıtmaya ve tanımlamaya yarayan zengin bir hukuki tefekkürün ve tartışma örneklerinin bulunduğu dikkate alınırsa, insanın yaptığı işlerden dolayı dünyevî ve uhrevî sorumluluklara muhatap olmasına temel teşkil eden iradenin içerik ve kavram olarak hukukî sahada merkezi bir yerinin olduğu açıkça anlaşılır.¹⁹⁹

İrade için fakihler değişik tarifler yapmışlardır. Senhûrî şöyle tanımlamıştır; “İrade, belli bir şeye karar vermenin kendisi ile gerçekleştiği subjektif bir durumdur.”²⁰⁰ Zerka’ya göre ise “İrade, bir şeyi yapmaya karar vermek ve ona yönelmektir.”²⁰¹ Buna göre “irade” kavramı “rıza ve ihtiyar” kavramlarından farklı ve onlardan daha kapsamlıdır. Çünkü bir kimsenin bir konudaki iradesi, kendi rızası ve ihtiyarı ile olabileceği gibi kendi rızası olmadan icbaren de olabilir.²⁰²

Ali Hafif ise iradeyi, akit kurulmasında esas olan şey olarak niteleyip onu açığa vurmak için kullanılan vasitanın yani akdi kuran icap-kabulün ise onun dış alemdeki görüntüsünden ibaret olduğunu söyler. Bu irade ve niyet kişinin iç aleminde olan bir durum olduğu için bu, ancak sahibinin açığa vurması ile bilinebilir. Gerek akit tesisinde gerekse taraflar ihtilafa düştüğünde konuyu hükme bağlarken hukuki olarak bu iradenin ve niyetin esas alınması mümkün değildir. Bu sebeple akit kurulurken o irade sahibinin iradesini açığa vurmak için kullandığı söz veya benzerlerini esas alınması ve hükmün ona göre verilmesi gerekir.²⁰³

İrade; hukuken, ahlaken ve dinen sorumluluklara temel teşkil eden bir güç ve kavramdır. Bu sebeple ister birden çok iradenin bir konuda birleşip anlaşması isterse tek bir iradenin hukuki netice doğuracak bir konuda kullanılması,-hukuki sorumluluk açısından- bu iradenin ciddi olarak bu gayeye yönelmesini ve irade sahibinin böyle bir kastının bulunmasını ayrıca bu iradenin sağlam ve muteber olmasını gerektirir.²⁰⁴ İnsan iradesinin sağlam ve muteber olabilmesi içinde bu iradeyi ortaya koyan şahsın hukuki

¹⁹⁹ Apaydın, “irade”, *DİA*, XXII, 384-387; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 82.

²⁰⁰ Senhûrî, *Nazarîyyetü'l Akid*, I, 149.

²⁰¹ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhiyy'ül-Am*, I, 435-438.

²⁰² Apaydın, “irade”, *DİA*, XXII, 384-387; Zekiyyüdin Şaban, *Usul-ı Fıkıh/ İslam Hukuk İlminin Esasları*, trc; İ. Kafi Dönmez, 255-257.

²⁰³ Hafif, 255.

²⁰⁴ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 29,46.

ehliyetle sahip bulunması ve irade ile sıkı bir irtibatı olan rızayı bozan bir engelin bulunmaması gerekir.²⁰⁵

1.3.2. İrade- Rıza ve İhtiyar İlişkisi

Diğer taraftan-yine hukuki sorumluluk bağlamında- borç doğuracak bir iradenin iç/gerçek irade mi yoksa açıklanan dış irade mi olacağı konusunda yani iç irade ile açıklanan dış irade birbiri ile çeliştiğinde hangisine itibar edileceği noktasında hukukçular farklı yaklaşımlar serdetmişlerdir. Bu farklı yaklaşımlar neticesinde “irade beyanı” ve irade hürriyeti” diye isimlendirilen iki teori orya çıkmıştır. Esasen mahiyeti itibari ile irade, insanın içinde bulunan psikolojik bir durumdur. Bu, açıklanmadıkça muhataplar tarafından bilinemez ve kendisine hukuki bir takım sonuçlar bağlanamaz. Bu sebeple içte oluşan iradenin –kendisine hukuki sonuçlar bağlanabilmesi için- açıklanması zaruridir. Böyle olunca biri iradenin kendisi veya oluşması diğeri açıklanması olmak üzere iki süreç veya boyuttan söz edilir. Klasik eserlerde birinci boyut için daha çok “ihtiyar ve rıza” kavramları, ikinci boyut için akdin oluşumunu sağlayan ifade kalıpları anlamında “sîğatü’l-akd” veya özellikle akitler bağlamında daha yaygın kullanımı ile “icap-kabul” kavramları kullanılmıştır. Son asırda yazılan eserlerde ise batı hukukundaki kullanımın da etkisiyle birinci boyut için “iç/gerçek irade” ikinci boyut için ise “dış irade veya irade beyanı” kavramları kullanılmıştır.²⁰⁶

1.3.3. İrade Beyanı

İrade beyanı; ehliyetli kişinin bir hukuki işlemi kurmaya yönelik irade açıklamasını ifade eder. Bu kavram, aslında bir hukuki işlemin yapılmasına ilişkin iç iradenin söz veya söz yerini tutan şeylerle -ki bunlar; yazı, işaret, fiil/teati ve bir şey söylenmesi gereken yerde sükût.- dışarıya yansıtılması demek olup, hem iç iradenin açıklanmasını hem de bu açıklamanın biçimini ifade etmekte kullanılır.²⁰⁷

Akit ve diğer hukuki tasarruflarda iç iradeye mi itibar edilecek yoksa açıklanan dış iradeye mi konusu az önce de ifade ettiğimiz gibi hukukçular nezdinde çokça

²⁰⁵ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 57-76; Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 147,312; Zerka, *el-Medhal’ül- Fıkhıyy’ül-Am*, I, 435-496; Mahmasânî, II, 291, 354-453.

²⁰⁶ Apaydın, “irade”, *DİA*, XXII, 384-387; Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 167-182.

²⁰⁷ Apaydın, “irade”, *DİA*, XXII, 387.

tartışılan bir konudur. İrade beyanını esas alan hukukçulara göre, esasen akdin özü ve temeli olması sebebiyle iç irade önemli olsa bile hukuki hayatın güven ve istikrar içinde devam edebilmesi için dışa vuran yani açıklanan irade daha önemlidir.

İç ve dış irade birleşiyorsa bir problem yoktur. Fakat çelişiyorsa o takdirde açıklanan irade dikkate alınır, açık ve net olduğu ve aksi ispatlanmadığı sürece bu açıklanan iradeye göre hüküm verilir. Bu tercih özellikle hukuki ilişkilerde açıklık ve objektifliğin, dolayısıyla hukuki teamülde istikrar ve güvenin ölçü alındığı anlamına gelir.

Ancak ikrah ve benzerleri gibi rızayı zedeleyen veya yok eden durumlarda irade beyanının, gerçek rızayı yansıtmaması ihtimali yüksek olduğundan hukuki objektiflikten vazgeçilerek rızayı koruyucu ve ölçü alıcı bir çözüme yönelme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu sebeple Hanefiler, ihtiyar-rıza ayırımına gitmişler ve rızayı zedeleyen ister -mülci' ister gayri mülci'- ikrahın alım-satım, kira ve rehin vb. gibi sözleşmelerde o tasarrufu batıl değil fasit kıldığını söylemişlerdir. Yani bu ikrahın, "ihtiyarı" değil sadece "rızayı" ortadan kaldırdığı, rızanın ise akdin rukün ve in'ikad şartlarından olmayıp sıhhat şartı olması hasebiyle akdin butlanını değil fesadını gerektirir demişlerdir.²⁰⁸

Hanefilerin anlayışını esas alan Mecelle'nin "Ukudda itibar makasıt ve meaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir."²⁰⁹ külli kaidesine rağmen akitlerde hukuki istikrar için Hanefi ve – sebeplerin/lafızların şer'î anlamları içermeleri durumunda- Şafii hukukçuların daha çok irade beyanına daha doğrusu iradeyi açıklamaya yarayan lafızlara öncelik verdikleri, Hanbelî ve Maliki ekollerinin ise daha çok akdin özü olan iç iradeye yani rızaya öncelik verdikleri görülür.²¹⁰

1.3.4. İrade Hürriyeti

İrade hürriyeti; bireyin, diğer kişi veya kişilerle ilişkilerini kendi özgür irade ve arzusuna göre düzenlemesine, hak ve mükellefiyetler meydana getirmesine "irade hürriyeti" denir. Akitlerde irade hürriyeti prensibini benimseyenlere göre taraflar, belli şekillere bağlı kalmadan yalnızca iradelerini açıklamak suretiyle akdi yapabilmeliler.

²⁰⁸ Şaban, 256.

²⁰⁹ Mecelle, md, 3.

²¹⁰ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 30; Apaydın, "İrade Beyanı" *DİA*, XXII, 387.

Ancak açıklanan irade, iç iradeye uygun olmalı ve onu temsil etmeli. Kanunlar akitleri belli şekillere bağlamamalı, herhangi bir ihtilaf durumunda hakim, akitleri tefsir ederken lafza bağlı kalmak yerine akdi yapan tarafların gerçek iradelerine bakmalıdır. Yine bu anlayışa göre kanun vazedilirken emredici hükümlerden ziyade açıklayıcı/tefsiri hükümlere yer verilmeli ve irade hürriyeti mümkün olduğunca kısıtlanmamalıdır.²¹¹

Hanefilerin dışındaki çoğunluğa göre rızadan maksat, akit kurmaya delalet eden ifadelerle, akdin sonuçlarını arzu ederek ve onları elde etmek için akit kurmaya yönelmektir. Diğer bir ifade ile rıza, akit kuran kişinin akit kurmayı tercih etmesi veya ona yönelmesidir. Bunlara göre “rıza”, “ihtiyar” ve “akit kurma iradesi” eş anlamlı kelimelerdir. Hanefilere göre ise rıza, akdin hükmüne/sonucuna rağbet etmektir. Yani akit kurma iradesidir. İhtiyar ise akit kurucu ifadeyi bilerek kullanmaktır.²¹²

İrade- rıza ilişkisi bağlamında yukarıda da ifade ettiğimiz gibi hukuki literatürde daha çok “iç irade” ile “rıza” kelimelerinin hemen hemen eş anlamda kullanıldığını, içte gizli olan “rızanın” açıklanmasını yani ihtiyarın/tercihin o yönde kullanılmasını ise “dış irade/ irade beyanı” şeklinde kullanıldığını söyleyebiliriz. Ama bununla birlikte “irade” kavramı “rıza” kavramından daha geneldir. Zira kişi bazen farklı saiklerle, rızası olmaksızın ama yine kendi iradesi ile bir eylemde bulunabilir.²¹³

1.3.5. İrade – Ehliyet İlişkisi

İrade ile ilişkisi olan diğer bir kavram da “ehliyet” kavramıdır. Zira hukuken itibar edilecek bir iradeden söz edebilmek için o irade sahibinin vücup/hak ve eda/fiil ehliyetlerine sahip olması ve bu ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran arızalardan da uzak olması gerekir.

Sözlükte elverişlilik anlamına gelen ehliyet kelimesi; haklara sahip olabilme ve borçlar altına girebilme anlamında “vücup/hak ehliyeti” ve kişinin hukuken muteber sayılacak tarzda fiiller ortaya koyabilmesi anlamında “eda/fiil ehliyeti” diye ikiye ayrılır. Vücup ehliyeti, insanın hayatının başlangıcı olan anne rahmine düşmesinden itibaren sona erme anına kadar her insan için devam eder. Eda ehliyeti ise insanın temyiz kudretine sahip olduğu yedi yaşından itibaren başlar ve bunu ortadan kaldıran

²¹¹ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 30.

²¹² Hafif, 378-380.

²¹³ Apaydın, “irade” *DİA*, XXII, 384-387; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 46; Şaban, 257.

bir arıza olmadığı sürece insanın hayatının sonuna kadar devam eder. Akit kurmada etkili olan vücup ehliyeti değil, eda ehliyetidir. Yani eda ehliyeti, hukuki tasarruf ehliyeti demektir.²¹⁴

Bunlar, insanın geçirdiği devrelere göre tam ve nakıs kısımlarına ayrılır. Bu açıdan insanın hayatı dört dönemde incelenir. Bunlar; insanın ana rahmindeki cenin dönemi, temyiz çağına kadarki küçüklük dönemi, temyiz çağı sonrası küçüklük dönemi ve buluğ çağı sonrası dönemidir. Yapılan akitler ve diğer hukuki tasarruflar noktasında iradenin hukuken geçerliliği açısından bu dönemlerden her birinin kendine has özellikleri vardır. Sadece şunu ifade edelim ki insan buluğ çağına gelince tam eda ehliyetine ulaşmış olur. Tam eda ehliyetine sahip olan kişinin, -ehliyet arızalarından da uzak ise- iradi olarak yapmış olduğu bütün akit ve tasarrufları hukuken geçerli olur.²¹⁵

Ehliyeti dolayısıyla iradeyi olumsuz yönde etkileyen ehliyet arızalarını, hukukçular genel olarak oluşmasında kişinin irade ve isteği olmayan “semavi arızalar” ve kişinin irade ve isteği ile oluşan “müktesep arızalar” başlıkları altında toplamışlardır.

Bunlar;-ayrıntısına ve her birinin hükümlerine girmeden kısaca ifade edecek olursak-irade dışı/semavi sebepler; çocukluk/sıbyan, akıl hastalığı/cünün, akıl zayıflığı/bunama/ateh, bayılma/iğma, uyku/nevm, ölüm hastalığı/maraz-ı mevt ve unutma/nisyandır. İradeye bağlı/müktesep sebepler; bilgisizlik/cehalet, ciddiyetsizlik/hezl, borçluluk/iflas, sarhoşluk/sekr, hata/gaflet ve sefihliktir. Bunlar gibi hukuki tasarruflara hemen hemen aynı etkiyi yapan dış bir etki ile rızayı bozan hile ve ikrahı da zikretmek gerekir.²¹⁶

İnsanın ruh ve akıl sağlığını etkileyen, doğru düşünmesini ve serbest karar vermesini engelleyen bu hastalık ve hadiselerden her biri insanın eda ehliyetini ve rızasını ya daraltmakta ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Sonuç itibari ile de bu durumdaki bir insanın yapmış olduğu akit ve diğer hukuki tasarruflar, özgür ve tam bir irade ile gerçekleşmediğinden hukuken geçerlilikleri problemli, sınırlı ve tartışmalıdır.

²¹⁴ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 314-320; Hafif, 301; Abbas Hüsnü, 179-187.

²¹⁵ Hafif, 301-309; Yaman - Çalış, 221- 232.

²¹⁶ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 322-462; Hafif, 309-320; Abbas Hüsnü, 188-194; Yaman - Çalış, 232-240; Çeker, 19-35.

Bizim araştırma konumuz olan akit hürriyetinde itibar edeceğimiz irade, bütün bu arızalardan kurtulmuş olan tam eda/fiil ehliyetine sahip olan insanın iradesidir.²¹⁷

Biz burada sadece irade kavramının hukuk ilmindeki rolünü kısaca ele aldık. Onun psikoloji, felsefe ve kelim ilim dallarındaki yeri ve etkisi bizim araştırma alanımızın dışında olduğu için o sahaya girmiyoruz.

1.4. KAVRAM OLARAK AKİT HÜRRİYETİ

Akit hürriyeti, insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerden birisini teşkil eder. Zira sosyal bir varlık olan insanın, varlığını devam ettirebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ilişkiler kurabilmesi için akit hürriyetinin olması kaçınılmazdır.²¹⁸ Çünkü insanlar sosyal ve iktisadi hayatta ihtiyaçlarını karşılayabilmek için çoğunlukla akit ve benzeri hukuki muamelelere başvururlar. Bir akitle ihtiyaç duydukları malı ve hizmeti alır-satar, kiralar ve kullanırlar. Akitler hayatı düzenleyen en önemli hukuk kurallarındandır.²¹⁹

İnsanın irade sahibi bir varlık olması, onun hukuki, ahlaki ve dini sorumluluğunun dayanağını oluşturur. Yukarıda irade bahsinde de ifade ettiğimiz gibi hukuk felsefesinde irade ile ilgili olarak bahsedilen “*irade beyanı*” ve “*irade hürriyeti*” kavram ve yaklaşımlarının akit hürriyeti ile sıkı bir ilişkisi vardır.

Zira irade beyanı teorisi, sözleşmelerde iç iradeye mi yoksa dış iradeye mi itibar edilmesi gerektiği noktasındaki tartışmaları merkeze alırken, irade hürriyeti teorisi ise kişilerin sözleşme yapıp yapmama konusundaki hürriyetlerini merkeze alır. Daha açık bir ifade ile irade hürriyeti teorisi, kişilerin kendi aralarındaki münasebetleri kendi iradeleri ile düzenleyebilme, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmelerden dilediğini seçip seçmeme ve sözleşmelerin doğuracağı sonuçları belirleyip belirlememe konularında

²¹⁷ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 46; Şaban, 249-259; Zerka, el- Medhal’ül- Fıkhiyy’ül-Am, I, 449; Zeydan, *el-Medhal*, 261-279; Vehbe Zuhayli, *el- Fık’h’ul-İslami ve Edilletuhu/ İslam Fık’h Ansiklopedisi*, Mütercimler; Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Y. Vehbi Yavuz ve Nureddin Yıldız, V, 92-108, I-X, Risale Yayınevi, İstanbul 1994; Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 315-463.

²¹⁸ Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 86.

²¹⁹ Recep Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, basılmamış doktora tezi, 15, 21, M. Ü. Sos. Bil. Ens. İstanbul 2004/*İslam Hukukunda Akdin Sınırları*, Yedirenk, 2010.

kişilerin iradelerine serbesti tanımak gerektiğini savunan bir teoridir. Dolayısıyla akit hürriyeti prensibi incelendiğinde irade hürriyeti prensibine değinmek gerekir.²²⁰

Buna göre bireyin, diğer kişi veya kişilerle ilişkilerini kendi özgür irade ve arzusuna göre düzenlemesine, hak ve mükellefiyetler meydana getirmesine “irade hürriyeti”, bu ilkenin borçlar hukuku sahasındaki uygulamasına da “akit hürriyeti” denir. Yani akit hürriyeti prensibi, felsefi bir yaklaşım olan irade hürriyeti teorisinin hukuka yansması olarak kabul edilmektedir.²²¹

İslam hukukunda teklifi hükümler başlığı altında ef'al-i mükellefin/ insanın fiilleri için yerine getirilmesinin mecbûrî olup olmamasına ve serbest olma durumuna göre değişik tasnifler yapılmakla birlikte şu başlıklar altında toplamak mümkündür.

Birincisi; yapılması veya terk edilmesi Şari'in bağlayıcı tarzda kesin ve açık emri ile olanlardır. Bunlar Kur'an'da mevcut olup şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık olan emirlerdir. Yani bunların hem sabit oluşu/gelişi hem de delaleti kat'îdir. Tercih edilen genel kabule göre Peygamberimizin bazı sözleri/mütevâtir olanları da bu kabildendir. Bu gruba giren fiillere yapılması kesin olarak istenenler anlamında farz, terk edilmesi kesin olarak istenenler anlamında haram denmektedir.

İkincisi; yapılması veya terk edilmesi delili zannî ile sabit olanlardır. Delilin zannî olması ya sübut/intikal açısından ya da delalet/anlaşılma açısından olur. Burada yapılması istenene vâcib, terk edilmesi istenene tahrimen mekruh denir. Peygamberimizin sürekli yaptığı ve müekked sünnet denilen fiillerini de bu kısımda değerlendirenler var.²²²

Üçüncüsü; yapılması veya terk edilmesi tavsiye edilen fiiller. Farklı derecelendirmeler olmakla birlikte bu grupta genelde yapılması istenenler, sünnet, mendup, müstehap, nafile, tatavvu', fazilet ve adap kelimeleri ile ifade edilmektedir.

²²⁰ Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHFM, c. 38, sayı. 1-4, s. 608, İstanbul 1973; Abdurrahman Haçkalı, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5(13), 119-136, Mayıs-Ağustos 2002.

²²¹ Yaman - Çalış, 271; Halit Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, IIV(19), Mayıs-Ağustos 2004.sf. 269-295, Mayıs-Ağustos 2004.

²²² Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, I, 186, I-II, DİB Yayınları, İstanbul 2017.

Bunlarla, asli vazifenin fevkinde ve yapılan işlerin kamil düzeyde yapılması tavsiye edilenler kast edilmektedir. Terk edilmesi istenenlere ise tenzihen mekruh denir.²²³

Dördüncüsü; yapılması veya terk edilmesi için her hangi bir talep olmayıp tamamen insanların iradelerine bırakılan serbest/mubah olan fiiller.

Yapılması kesin olan farzlar ile terk edilmesi zorunlu olan haramlar ve bunların bir derece altında olan vâcib ve tahrimen mekruhlara sınırlı sayıda oldukları için bunlar kitaplarda tek tek sayılıp anlatılmaktadır. Üçüncü kademede olan, yapılması veya terk edilmesi tavsiye edilenler de bir öncekiler kadar az sayıda olmasalar da bunların da sınırları bellidir. Fakat insanların tercihine bırakılan mubah/serbest alan ise insanların eylemleri kadar geniştir. Bunun içindir ki kitaplarda bunlara dair bir sınırlama olmaz sadece ana hatları belirlenir ve örnekler verilir.

Fıkıh kitaplarındaki ana tasniflere göre ifade edecek olursak ibadetler, ceza hukuku bir takım kamu hukuku mahiyetindeki eylemler genelde hukukullah kapsamında olup buralarda insanların fazla hareket serbestisi olmamakta ve bunlar, farz vâcib /haram mekruh sınırlandırmalarının alanına girmektedir.

Buna karşın muamelat ve ukudat yani şahıs hukuku alanına giren fiiller ile özellikle borçlar hukukundaki akitlerde ise yukarıdaki sınıflandırmalardan mubah/serbest olma özelliğinin hakim olduğunu ifade edebiliriz. Bu tip fiillerin yapılıp yapılmaması kişilerin tercihine bırakılmıştır. Ancak menfaatlerini muhafaza etmek, tartışmalardan kaçınmak ve zarardan korunmak isteyen kişi hukukun belirlemiş olduğu ana ilkelere ve şartlara uymak mecbûrîyetindedir.²²⁴

Bu tasnif içerisinde mubah/serbest alana dahil olduğunu gördüğümüz özellikle borçlar hukukundaki akitlerde geniş bir hürriyet imkanının olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; “akit hürriyeti/ sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninin sınırları içerisinde fertlerin özgür irade beyanları ile diledikleri hukuki sonuçları ortaya koyabilme özgürlüğüdür.”²²⁵ Bu tanımdan hareketle şunu diyebiliriz; akit hürriyeti gereği akit yapacak taraflar, yapacakları sözleşmenin nitelik, içerik ve şartlarını istedikleri şekilde belirleme yetkisine sahiptirler. Ancak emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka aykırı

²²³ Yaman - Çalış, 206-208.

²²⁴ Sava Paşa, I, 186.

²²⁵ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, I, 9, 4. Tıpkıbasım, Evrim Basım Yayımları, İstanbul 1989.

olmamalı ve yine diğer şahısların haklarını ihlal edici de olmamalıdır. Diğer bir ifade ile kural olarak akit hürriyeti asıldır, kısıtlanması ise istisnadır.²²⁶

İslam hukukunda muamelat alanında özellikle akitlerde ve akitlere şekil verecek olan şartlarda asıl olan yasak oluş değil mubah/serbest oluşturmaktır. Yani geniş bir akit hürriyeti alanı vardır.²²⁷ Bunun delillerini ikinci bölümde detaylarını ise üçüncü bölümde ele alacağız.

Akit hürriyeti, üçüncü bölümde detaylarını vereceğimiz şekilde; akit yapıp yapmama, akdin karşı tarafını seçme, akdin şeklini belirleme, akdin içeriğini -ileri sürecekleri birtakım şartlarla- tespit ve tanzim etme ve akdin konusunu değiştirme veya ortadan kaldırma serbestisi anlamlarına gelir.²²⁸

1.5. HAK VE HÜRRİYET

İki farklı kavram olmalarına rağmen birbirleri ile sıkı irtibatları nedeni ile ikisini bir başlık altında izah etmeyi uygun buldum.

1.5.1. Hak

Hak kavramı sözlükte; gerçek ve doğru olmak, vakıya uygun olma, sabit olma, batılın zıddı, makul ve sahih manalarına gelir.²²⁹

İslam fikhının temel kavramlarından ve en sık kullanılan mefhumlarından biri olmasına rağmen hak kavramının İslam hukukunda kazandığı ıstılah anlamını netleştirmek oldukça zordur. Bu, hakkın fıkhıdaki kullanımının, kelimenin sözlükte ve örfte taşıdığı anlam çeşitliliği ve muhteva zenginliği ile yakın bağlantısının bulunması ve fıkıh usulünde ve furu-ı fikhın alt dallarında farklı terim anlamları kazanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple bütün fıkıh alanları için geçerli bir hak tanımının yapılması yerine kavramın fikhın çeşitli alanlarındaki kapsam ve mahiyeti üzerinde durularak tanımlanmaya çalışıldığı görülür. Buna göre hak kavramının ilk

²²⁶ Senhürî, *Nazarîyyetü'l Akid*, I, 85-111, *Mesadir'ul-Hak*, I, 80; Özdirek, 21.

²²⁷ Abbas Hüsnü, 41.

²²⁸ Zerka, *el-Medhalü'l-Fikhiyyü'l-Amm*, I, 537; Ali Bardakoğlu, "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *E.Ü.İlh. Fk. Dergisi*, sayı 1, Kayseri 1983, 9-29,

²²⁹ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arap*, "hak", X, 49; Erdoğan, "hak", 171.

planda “dinin ve hukuk düzeninin tanıdığı yetki ve ayrıcalık” anlamına geldiğini söyleyebiliriz.²³⁰

Hak kavramının usul ve furu’daki tanımlarına geçmeden önce Hak kelimesinin çoğulu olan “hukuk” kavramının literatürdeki anlamlarını vermek gerekirse bu, genellikle iki anlamda kullanılır. Birincisi; “toplum hayatını ve dışa akseden şekliyle beşeri ilişkileri cebri ilişkilerle düzene koyan kurallar bütünüdür.” Burada hukuk kelimesi tekil gibi işlem görmektedir ve Türkçedeki yaygın kullanımı bu yöndedir. Arapçada ise –aralarında bazı farklar olmakla birlikte- kısmen hukuk, genelde fıkıh, şeriat, kanun ve teşri gibi kelimeler kullanılır. İslam hukuku, Batı hukuku ve Roma hukuku gibi ifadelerde hukuk kavramı bu birinci anlamı ile kullanılır. İkinci anlamı ise “Temelde Şari’in, görünürde ise dinin, aklın ve hukuk düzeninin tanıdığı yetki, güç ve imtiyazlar” demektir. Bu anlamda hak, objektif hukukun (birinci anlam) hukuk sujelerine tanıdığı yetki demektir.²³¹

Usul-i fıkıhta “hak” kavramı, şer’î hüküm konuları incelenirken ele alınır ve anlatılır.²³² Bazı usulcüler hak kavramı ile şari’in hitabını veya bu hitabın sonucu olan şer’î hükmü kastederken diğer bir kısmı ise şer’î hükmün taalluk ettiği fiilleri kastederler. Mesela “hak” kavramı ile şer’î hükmün kastedildiğini benimseyenlerden Hanefî usulcülerinden Abdulaziz el- Buhari, kelimenin kökündeki “sabit ve mevcut” olma anlamından hareketle şöyle bir tanım yapmaktadır; “Hak, her yönden mevcut olup mevcudiyetinde hiçbir şüphe bulunmayan şeydir.”²³³ Muhammed el- Leknevî de aynı anlayıştadır. Ona göre “hak, mevcut olan yani sabit olan hükümdür.” Maliki usulcülerden Karafî, hakka “yetki ve güç” manası yükleme düşüncesiyle fiile değil de emir ve nehye yani Şari’in hitabına hak denmesinin doğru olacağını söyler.²³⁴ Maliki usulcüler M. Ali el- Mekki²³⁵ ve İbnü’ş- Şat²³⁶ ve Şafii usulcü Teftazani,²³⁷ Karafî’nin aksine emir ve nehye değil o emir ve nehyin taalluk ettiği fiillere hak denmesinin doğru olacağını savunurlar. Bu farklı yaklaşımların temelinde usul eserlerinin hüküm

²³⁰ Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV,139-151.

²³¹ Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV,139-151.

²³² Şaban, 225.

²³³ Abdülaziz b. Ahmed Buhari, *Keşfu’l-Esrar Şerh-ı Usul-ı Pezdevi*, II, 39, I-IV, Daru’l Kitabi’l İslami.

²³⁴ Şehabeddin Ahmed b. İdris Karafî, *el-Furuk Envaru’l Buruk fi Envai’l Furuk*, I,140-142, I-IV, Alemü’l Kutup, yy, ty.

²³⁵ M. Ali Mekki, *Tehzibu’l-Furuk (Karafî, el-Furuk’un içinde)* I, 157.

²³⁶ Kasım b. Abdullah İbnu’ş-Şat, *İdraru’ş-Şuruk (Karafî, el-Furuk’un içinde)* I, 142.

²³⁷ Sadettin Mesud b. Ömer Teftazani, *Şerhu’t- Telvih ala’t- Tevzi*, I, 115, I-II, Mektebetü Sabih, Mısır, ty.

bahislerinde ele alınan Allah hakkı- kul hakkı ayırımı ve adlandırmasına ortak bir açıklama getirme ve “Allah hakkı” tanımını doğrulayacak bir yaklaşımın olduğu söylenebilir. Diğer taraftan bu tanımlara, şari’in hitabının hakkın kendisi değil kaynağı, hakkın da bu hitabın sonucu olduğu, fiillerin ise hakkın kendisi değil konusu olacağı, ayrıca hak manevi bir kavram iken fiilin maddi bir varlığının bulunduğu şeklinde itirazların yapıldığı da bir gerçektir. Sonuç olarak usul-i fıkıhtaki hak tanımının hukuki anlamdaki haktan neredeyse tamamen farklı olduğu ve yapılan tanımların teknik bir tanım olmayıp lügat ve örf düzeyinde kaldığı söylenebilir.²³⁸

Bu bağlamda hak kavramı ile yakın alakası olan zimmet kavramını da izah etmek gerekir. Zimmet; insanın hak ve borçlara ehil olmasını sağlayan bir niteliktir.²³⁹ Buna göre zimmet terimiyle, fiziksel anlamda var olan bir insanın hukûkî anlamda bir varlık ve kişilik kazanması sayesinde hak ve borçlara ehil olabilme özelliği kastedilir. Diğer bir ifade ile hak ve borçların kendisine yüklendiği hukûkî ve itibârî bir vasıftır.²⁴⁰

Hak kavramının furu-ı fıkıhtaki tanımına gelince; fikhın karakteristik özelliği ve tarihi seyri gereği erken döneme ait fikhî eserlerde hak kavramının tarifi ve nazari yönünden ziyade beşeri ilişkilere yansıyan yönü ve uygulamalar üzerinde durulmuştur. Bu sebeple hak kavramıyla ilgili hukuki tanım ve doktriner yaklaşımlara fikhın klasik devrinden sonra rastlanabilir. Hatta bu dönemde de hakkın, fikhın bütün alanları için geçerli bir tanımının verilmediği, kavramın sadece konuyla ilgili bir yönüne temas edildiği, kavramın çok iyi bilinmekte ve sık kullanılmakta oluşu sebebiyle genelde sözlükteki anlamıyla yetinildiği görülmektedir.²⁴¹

Hak kavramına getirilen tanımların daha çok insan-eşya ilişkisi bağlamındaki konular ele alınırken milk/mülk kavramı çerçevesinde ele alındığını görmekteyiz. Milk kavramının insan-eşya ilişkisinin hukuki ifadesi yani “milkin, insana eşya üzerinde en güçlü yetkileri bahşeden temel bir hak olması”²⁴² tanımı fakihlerin hak anlayışlarını – hukukun belli alanlarıyla sınırlı da olsa- ortaya koymaktadır. Mesela Kâsânî, milki şöyle tanımlar; “Milk, tasarrufa konu olan şey üzerinde tasarrufta bulunabilmek için hukuk

²³⁸ Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 139-151.

²³⁹ Teftâzânî, II, 324.

²⁴⁰ Eyyüp Said Kaya, Hasan Hacak, “Zimmet”, *DİA*, XXXIV, 424-428.

²⁴¹ Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 139-151.

²⁴² Zuhaylî, VII, 11-44; Zerka, *el- Medhal’ül- Fıkhiyy’ül-Am*, I, 333-335.

düzenince bahşedilen bir yetki ve aidiyettir”²⁴³ İbn Nüceym’e göre ise “Milk, şari’ tarafından sahibine tanınan bir şey üzerinde hukuki bir engel bulunmadıkça tasarruf edebilme yetkisidir.”²⁴⁴ Milk kavramıyla alakalı daha sonraki asırlarda gelen fakihlerin de aynı minval üzere hareket ettiklerini görmekteyiz. Mesela Zuhayli fakihlerin mülk ile ilgili muhtevası aynı ve sözleri bir birine yakın birçok tanım yaptıklarını bunlardan en güzel olanın ise şu şekilde olduğunu ifade eder; “Mülk, başkasını onu tasarruftan alıkoyacak şekilde, bir şeyin özel olarak birisine ait olması ve şer’i bir engel olmadıkça sahibinin onda tasarruf edebilmesidir.”²⁴⁵ M. Ahmet Zerka da fukahanın bir çok tanım yaptığını ve bunlardan istifade ederek yapmış olduğu şu tanımın en güzel tanım olacağını ifade eder; “milk/mülk, bir engel olmadıkça sahibine tasarruf imkanı veren ve hukuken başkalarını engelleyici bir yetkidir.”²⁴⁶ Zerka yaptığı bu tanımın açıklamasını yaptıktan sonra şöyle der; anlaşılmıştır ki milk/mülk, insanın mal ve mal hükmünde olan şeylerle ilişkisinden ibarettir. Yani milk/mülk-mülkiyet maddi varlığı olan mal değil hukuki bir aidiyet olan haktır. Dikkat edilirse milk/mülk ile ilgili bu tanımlar modern hukuktaki “aynı hak” kavramıyla büyük ölçüde örtüşmektedir.²⁴⁷

İslam hukuku kavram ve konularının yeni bir sistematik içinde ele alındığı 20. asırda ise diğer konu ve kavramlar gibi hak kavramı da farklı bir yaklaşımla ele alınmış ve klasik dönemdeki hak tanımı ile modern hukuktaki hak tanımı uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu dönem hukukçularından bazılarının hak tanımı şöyledir; Senhûrî’ye göre “Hak, hukukun fert için tanıdığı mali/ekonomik değeri olan maslahat/yarardır.”²⁴⁸ Ali Hafif’e göre “Hak, Şari’in kişiler için tanıdığı menfaattir veya Şari’in benimsemesiyle sabit olan ve Şari’in himaye ettiği şeydir.”²⁴⁹ Görüldüğü gibi bu tanımlarda maslahat ve menfaate vurgu yapılmaktadır ki bunlar hakkın kendisi değil de konusu veya amacı olduğundan bu tanımlar pek isabetli görülmemişlerdir.²⁵⁰ Hukukun kişiye tanıdığı yetkiye vurgu yapan şu tanımların daha isabetli ve şümüllü olduğu söylenebilir. Zerka’ya göre “Hak, şer’in (dinin/hukukun) bir yetki ve yükümlülük olmak

²⁴³ Kâsânî, V, 146.

²⁴⁴ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Eşbah ve’n-Nezair ala Mezhebi Ebi Hanîfeti’n-Numan*, 382, tak; Abdülkerim Fudayli, *Mektebetü’l Asriyye*, Beyrut 2003.

²⁴⁵ Zuhaylî, VII, 11.

²⁴⁶ Zerka, *el-Medhal’ül-Fıkhıyy’ül-Am*, I, 333.

²⁴⁷ Bardakoğlu, “Hak” *DİA*, XV, 139-151.

²⁴⁸ Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akid*, I, 2; Mesadir’ul-Hak, I, 5.

²⁴⁹ Hafif, 28.

²⁵⁰ Bardakoğlu, “Hak” *DİA*, XV, 139-151.

üzere benimsediği aidiyettir.”²⁵¹ Hakkın amacını da içine alan bir tanım da şöyledir; “Hak, şer’in belirli bir yararı gerçekleştirmek üzere başkasından bir îfânın gerekmesi veya bir şey üzerinde bir yetki şeklinde benimsediği bir aidiyettir.”²⁵² Zerka’nın tanımına yakın olmakla birlikte bunlardan daha anlaşılır bir tanım da şöyledir; “Hak, hukukun benimsediği, yetki ve yükümlülük doğuran bir aidiyettir.”²⁵³

Hak ile ilgili yapılan bu tanımların daha iyi anlaşılmasına destek olacağı düşüncesi ile kısaca hakkın unsurlarına da değinerek kavramsal anlamda hakkı tanımla işini tamamlamış olalım. Hakkın dört unsuru vardır. Bunlar; hakkın konusu, hak sahibi/alacaklısı, hak borçlusu ve hakkın hukukiliği/meşruiyeti. Hakkın konusu; genelde maddi bir mal, menfaat veya şahıs üzerindeki yetki şekline tezahür eder. Mesela velayet, hidane gibi şahsî haklarda şahıs üzerindeki yetki, ayni haklarda ise maddi malları da menfaati de içeren eşyadır. Hak sahibi; hakkın alacaklısı yani hakkın aktif süjesi/tarafı olup özellikle muamelat hukuku alanında hak sahibi insandır. Eşya hak sahibi değil hakkın konusudur. Hakkın borçlusu; hakkın pasif süjesi/tarafı olup genelde “mükellef” diye adlandırılan kişidir. Hakkın meşruiyeti; dinin ve hukuk düzeninin bu hakkı tanımış olması veya yasaklamamış olmasıdır.²⁵⁴

Hakkın menşei/kaynakları, çeşitleri, hükmü, kullanılması ve sınırlandırılması, îfâ ve himayesi, intikali ve sona ermesi gibi konular bizim araştırma alanımızın dışında olduğundan bu konulara girmiyoruz. Ancak hakkın kullanılması ve sınırlandırılması akit hürriyeti bağlamında ilgisi oranında açıklanacaktır.

1.5.2. Hürriyet

Hürriyet kavramına gelince sözlükte; özgürlük, esaretten/nefsin tutkularından kurtulma, bağımsızlık, kısıtlanmama, soyluluk ve hukuki/insani haklara tamamen sahip olma ve onları kullanma serbestliği gibi anlamlara gelmektedir.²⁵⁵ Klasik sözlüklerde bu kelime hem “soylu olmak” anlamında mastar hem de “azad edilmek, bağımsızlığına kavuşmak” anlamındaki “harare” mastarından isim olarak kullanılmaktadır. Hür

²⁵¹ Zerka, *el-Medhalu ila Nazariyyeti'l-İltizami'l-amme*, III,10.

²⁵² Muhammed Fethi Dirîni, *el-Hak ve Meda Sultanü'd-Devle fi Takyidih*, 193, Beyrut 1404/1984.

²⁵³ Erdoğan, “hak”, 171.

²⁵⁴ Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV,139-151.

²⁵⁵ İbn Manzur, *Lisanü'l Arap*, “hrr”, IV, 178; Erdoğan, “hürriyet”, 209; Mutçalı, “hürriyet”, 157.

kelimesi ise köle olmayan, şerefli, soylu ve her şeyin en iyisi anlamlarına gelmektedir.²⁵⁶

Hürriyet kavramı bağlamında Kur'an ve Hadislerde "hür" kökünden gelen türevler "kölenin karşıtı" anlamında kullanılmıştır.²⁵⁷ Klasik ahlak, tasavvuf ve felsefe kitaplarında daha çok sözlük anlamları paralelinde bir kullanım benimsenerek kerem sahibi olma, cömertlik ve dünyevî tutkuların esaretinden kurtulma gibi ahlaki boyutu ön plana alan tanımlar yapılmıştır.²⁵⁸ Mesela Gazzâlî'ye göre hürriyet; "tutkuların esaretinden kurtuluştur."²⁵⁹ Gazzâlî, insanın psikolojik durumunu dikkate alarak bir tanım yapmıştır. Statüyü esas alan Ragıp el-İsfehânî ise "hür" kelimesini kölenin karşıtı diye tarif ederken "hürriyet" terimini biri hukuki diğeri ahlaki olmak üzere iki farklı tanımla açıklar. Hukuki anlamda hürriyet; "bir kişiye statüsüne ve durumuna göre uygun olan hükmün uygulanmasıdır." Ahlaki anlamda hürriyet; "dünyevi menfaatler hırsı gibi çirkin sîfâtların insana hâkim olmamasıdır."²⁶⁰ Ahlak terimlerine getirilen tanımlar açısından önemli olan diğeri bir eserinde de; eylem halini aldığı anda bütün güzel huy ve davranışları kapsadığını ifade ettiği "kerem" kavramı ile "hürriyet" kavramının aynı olduğunu, fakat hürriyetin özellikle arzulara ve dünyevi menfaatlere kul olmayan kimse olduğunu belirtir. Görüldüğü gibi İsfehanî de yine sözlük anlamları paralelinde bir tanım yapmıştır.²⁶¹

Farabî ise kavrama daha geniş anlamlar yükleyerek bu kavramı ahlaki boyutunun yanında sosyoloji ve siyaset alanına da taşımıştır. Farabî'ye göre ahlaki açıdan hürriyet; insanın, eylemlerinde iyi ile kötünün arasını fark edip iyi olanı seçip yapma yeteneğidir. Bunun için de insanın hem sağlıklı düşünme kapasitesine hem de böyle bir düşüncenin gerektirdiği istikamette eylemde bulunmayı sağlayacak bir kararlılık ve irade gücüne sahip olması gerekir. O'na göre sağlıklı düşünme ve irade gücüne sahip olan insan "hür", bunlardan mahrum olan "hayvani insan" ve sağlıklı düşünebildiği halde irade gücü olamayan ise "köle tabiatlı insandır". Tesbit edilebildiği kadarıyla İslam

²⁵⁶ İbn Manzur, *Lisanü'l Arap*, "hrr", IV, 182.

²⁵⁷ M. Fuad Abdülbaki, *el- Mu'cemü'l- Müfrehes li'l-Elfazı'l Kur'an-i'l- Kerim*, "hrr", s. 241, Daru'l Hadis, Kahire 2001; Arent Jean Wensinck, *el-Müfrehes li-Elfazı'l-Hadisi'n-Nebevi*, "hrr", I, 439-441, I-VIII, Çağrı Yayınları, İstanbul 1988.

²⁵⁸ Mustafa Çağrı, "Hürriyet" *DİA*, XVIII, 502-505.

²⁵⁹ Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed Gazzali, *İhya-i Ulumid-din* III, 284, I-IV, Daru'l Marife, Beyrut, ty.

²⁶⁰ Ebu'l Kasım Hüseyin b. Muhammed Ragıp İsfehani, *el- Müfredat fî Garibi'l Kur'an*, "hrr", 224, Daru'l Kalem, Beyrut 1412.

²⁶¹ Çağrı, "Hürriyet" *DİA*, XVIII, 503.

kültüründe belki ilk defa hürriyeti günümüzdeki kullanımına uygun şekilde kullanan yine Farabi olmuştur. O'na göre hürriyet; “fertlerin istek ve arzularını gerçekleştirme özgürlüğüdür.”²⁶² Farabi diğer bir eserinde de kişinin iyi ve kötü olan iki şeyden birini yapmaktan geri kalamayacağını ifade ederek bu tercihin kişinin kendisine kaldığını söyler.²⁶³

Hürriyet insana hastır ve kökünde akıl ve irade bulunur.²⁶⁴ Diğer bir ifade ile insan hür bir varlıktır. İnsanın hür olması irade sahibi olmasındandır.²⁶⁵ Buna göre hürriyet kavramı bağlamında “irade hürriyeti” kavramı da önem arz etmektedir. Daha önce irade kavramını açıklarken de ifade ettiğimiz gibi bu kavram, İslam düşünce tarihinde ahlak felsefesi ve kelam ilim dallarında ele alınıp tartışılmıştır. Tabii bu alanlarda oluşan anlayışların bir dini hukuk sistemi olan İslam hukukunun hukuk sahasına ve ekollerine yansımaları da kaçınılmazdır.²⁶⁶ İrade hürriyeti noktasında İslam hukukundaki hukuki kabullerin temeli olan felsefi ve kelami anlayışları kısaca ifade edecek olursak; Mu'tezile mezhebi tam bir irade özgürlüğünü savunurken Cebriye insanın özgürlüğünü temelden reddetmektedir.²⁶⁷ Bu iki görüşü de aşırı bulan Eş'ariyye ve Matüridiyye ise orta bir yol izlemektedirler. Bunlara göre insan, fiillerinde irade hürriyetine sahiptir. Fakat insan fiillerinin yaratıcısı değildir. Bununla birlikte irade hürriyeti konusunda Eş'ariler Cebriyye'ye, Matüridiler ise Mutezile'ye daha yakın bir anlayışa sahiptirler.²⁶⁸ Cebriye akımı dışında İslamdaki değişik görüşlerin az veya çok irade hürriyetini kabul ettikleri görülmektedir. İslam inancına göre hukuki sorumluluk diğer bir ifade ile mükafat ve ceza ancak hür olan yani fiillerini kendi iradesi ile yapan insan için söz konusudur.²⁶⁹ Kelami manadaki bu farklı anlayışlar doğal olarak bu kültür havzasındaki hukukçuları da etkilemiştir.

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da kişinin hukuki ve cezai ehliyeti/sorumluluğu ilke olarak akli ehliyet şartına bağlı bulunmaktadır. Kişinin

²⁶² Ebu Nasr Muallim-i Sani Muhammed b. Muhammed, Farabi, *et- Tenbih ala sebil'is-Saade*, Trc; Hanifi Özcan, *Farab.i'nin İki Eseri (Siyaset Felsefesine Dair Görüşler ve Mutluluk Yoluna Yöneltilme)* 15, İfav Yayınları, İstanbul 2005.

²⁶³ Farabi, *Risaletü Daman (Mecmuu's Siyaseti) Siyasetü'l Farabi*, 9, Müessesetü Şebabü'l Camia, İskenderiyye, ty.

²⁶⁴ Necati Öner, *İnsan Hürriyeti*, 18, Selçuk Yayınları, Ankara 1982.

²⁶⁵ Öner, 35.

²⁶⁶ Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 79-82, DİB Yayınları, Ankara 2015.

²⁶⁷ Öner, 49-51.

²⁶⁸ Öner, 52-53.

²⁶⁹ Çağrı, “Hürriyet” *DİA*, XVIII, 502-505; Yeprem, 27-31; Güriz, 81-82.

akli maluliyetinin olması, tehdit altında bulunması, fiili bilinçsiz şekilde işlemesi ve küçük olması gibi durumlarda irade hürriyetinin yani isteme yeteneğinin olup olmadığı göz önünde tutulmaktadır. Kişinin anlama ve isteme yeteneğini etkileyen durumlar yoksa kişinin hür iradesi ile hareket ettiği söylenmektedir.²⁷⁰

Klasik dönem İslam hukuk eserlerinde hürriyet kavramı, köleliğin karşıt anlamı olarak kullanılmıştır ki bu, kişinin doğuştan sahip olduğu asli ve tabii statüyü ifade eder.²⁷¹ Zira İslam’a göre cenin de dâhil canlı doğan her insan, “kişinin dini/hukuki hak ve yükümlülükler elverişli olması” anlamındaki “vücup ehliyetine” sahiptir. “bu hakları bizzat kullanma hak ve borç doğurucu işlem yapabilme yetkisi” anlamındaki “eda ehliyeti”²⁷² açısından aranan hürriyet şartı “kişinin köle olmaması” anlamını taşır. Hürriyet kavramının, klasik fıkıh eserlerinde bu şekilde dar bir anlamda kullanılması, kelimenin daha geniş ve bilinen anlamı olan “temel hak ve hürriyetler” fikrinin geçirdiği tarihi gelişimiyle bağlantılı olduğu gibi İslam hukukunda hak, makasidü’ş-şeria ve maslahat kavramlarının, fertlerin temel hak ve hürriyetleriyle kamu hürriyetlerini de içine alacak şekilde geniş bir kavramsal çerçeveye sahip olmasıyla da açıklanabilir. Gerçekten de hürriyet, bir kimsenin başkasının hakkını ihlâl etmeksizin dilediğini yapabilmesi, kamu hürriyetleri de devletçe düzenlenen ve korunan hakların kullanım serbestisi olduğundan “hak” ve “hürriyet” kavramları eş anlamlı olmasalar bile birbirlerinin yerine kullanılabilecek tarzda bir iç içelik taşırlar. Bununla birlikte hak, hürriyetin temeli ve konusu, hürriyet de hakkın gerçekleşme aracı olduğundan hakkın hürriyete göre onu da içine alacak şekilde daha kapsamlı olduğu söylenebilir.²⁷³

1.6. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER AÇISINDAN AKİT HÜRRİYETİ

Temel insan hakları diye de adlandırılan “temel hak ve hürriyetler” kavramlarına gelince; kişinin insan olarak yaratılmış olmaktan doğan asli haklarını ifade etmektedir. Bu sebeple bildiriminde insanı muhatap alan, ona yaratılış ve var oluşun metafizik boyutunu açıklayan ve onu sorumluluğuna denk hak ve yetkilerle donatılmış olarak tanıtan vahiy geleneğinde ve bunun son halkası olan İslam dininde de bu haklara büyük

²⁷⁰ Güriz, 100.

²⁷¹ Muhammed Tahir b. Aşur, *Mekasidu’ş-Şeriatü’l- İslamiyye/İslam Hukuk Felsefesi*, Trc; Mehmet Erdoğan ve Vecdi Akyüz. 106, 3. Baskı, Rağbet, İstanbul 1999.

²⁷² Zeydan, *el Medhal*, 261-262.

²⁷³ Çağrı, “Hürriyet” *DİA*, XVIII, 502-505.

önem atfedilmiştir. Ancak kullanılan terminolojinin farklılığından dolayı bu kavramların günümüz terminolojisiyle dini metinlerde aranması yerine içerik ve işlev yönüyle karşılıklarının araştırılması ve bunların sosyal ve tarihi bağlamlarının da göz ardı edilmemesi gerekir. Nitekim İslam'ın ana kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te; insan hakları/ temel hak ve hürriyet düşüncesinin ana unsurlarını içeren, bu kavramların fikri temelleri sayılabilecek ilke ve amaçlardan söz edilmiştir. Bu iki kaynak ışığında oluşan İslam kültür ve ilim sahalarında kendine has forum ve içerikte temel hak ve hürriyetler açısından zengin bir birikimin bulunduğu görülmektedir.²⁷⁴

Kur'an ve Sünnet'in özel anlatım üslubu içerisinde insanın; yaşama (can), bir dini benimseme ve onun gereklerine göre hareket etme (din), mülk edinme (mal), değişik amaçlar için seyahat etme, cinsi haklar ve neslin/namusun korunması (aile kurma/nesli koruma) ve beden/akıl-ruh (can-akıl) sağlığının korunması gibi temel hak ve hürriyetlerine değinilir. Bunların korunmasına yönelik olarak farklı seviyelerde yaptırımlardan söz edilir.²⁷⁵

İslam dünyasında tarih boyunca Kur'an ve Sünnet ışığında oluşan dini, hukuki ve felsefi birikimde işlev ve amaç itibari ile temel hak ve hürriyetlere hizmet eden çeşitli kurum ve kavramlar oluşmuştur. Mesela usul eserlerinde ele alınan hükümlerin delilleri ana başlığı altındaki tali delillerden olan “mesalih-i mürsele/ maslahat” ve “istihsan” kavram ve delilleri, müsbet-menfi bütün teklifi hükümler, husün-kubuh ve hükümlerin gayeleri konuları temel hak ve hürriyetler açısından zengin bir içeriğe sahiptir.²⁷⁶ Özellikle İslam bilginleri tarafından “zarurat-ı hamse” diye adlandırılan ve birinci derecede korunması dinin/hukukun ana gayeleri olarak nitelenen ve can, mal, akıl, din ve nesil başlıkları altında toplanan bu beş temel ilke, bugün insan hakları veya temel hak ve hürriyetler denilen şeylerden başkası değildir.²⁷⁷

Her bir insanın varlığını sürdürebilmesi ve bütün sorumluluklarını yerine getirebilmesi için korunması gereken ve bugün insan hakları çerçevesinde düşünülen tüm temel hak ve hürriyetleri kapsayan bu beş ilke, bir yönüyle Allah'ın din/peygamber göndermedeki amaçlarını teşkil ederken,²⁷⁸ bir yönüyle de din, dil, ırk ve cinsiyetine

²⁷⁴ Recep Şentürk, “İnsan Hakları” *DİA*, XXII, 327-329.

²⁷⁵ Şentürk, “İnsan Hakları” *DİA*, XXII, 327-329.

²⁷⁶ Şaban, 149, 159, 197-221, 350; İbni Aşur, 106-117; Dönmez, “Maslahat” *DİA*, XXVIII, 79-94.

²⁷⁷ İbni Aşur, 138-143.

²⁷⁸ Ertuğrul Boynukalın, “Makasid'üş- Şeria” *DİA*, XXVII, 423-427; İbni Aşur, 106-150.

bakmaksızın evrensel olarak bütün insanların temel hak ve hürriyetlerini belirlemeye yöneliktir.²⁷⁹

Klasik usul-ı fıkıh ve makasıt tarzı eserlerde dinin ana gayeleri, genel olarak “zaruriyyat”, “haciyyat” ve “tahsiniyyat” diye üçlü bir tasnife tabi tutulur.²⁸⁰ Bunlardan birinci derecede olan zaruriyyat; fert ve toplumun varlığını koruyabilmesi için mutlaka muhafaza edilmesi gereken değerler demektir. Bunlar; din, nefis, akıl, nesil ve mal olarak beş maddede toplanmıştır. Bu eserlerde; zarurat-ı hamse denilen ve dayanaklarıyla birlikte ayrıntısıyla anlatılan bu beş temel ilkenin, insanların yaşantılarını sıkıntıya düşmeden sürdürebilmek için muhtaç oldukları düzenlemeler demek olan “haciyyat” başlığı altındaki ilkelerin ve ideal bir insan hayatı için gerekli olan üstün ahlak ve güzel davranış modellerini içeren “tahsiniyyat” ilkelerinin her birinin temel hak ve hürriyetlerle bağlantısı vardır.²⁸¹

Dinin bütün bu ana gayelerinin, insan haklarını veya temel hak ve hürriyetleri inceleyen eserlerde değişik tasnif ve başlıklar altında ele alınıp incelendiğini görmekteyiz. Bu değişik tasniflerden kapsayıcı olan bir tanesini verip konumuz olan akit hürriyetine değinerek bu konuyu tamamlamış olacağız.

Temel hak ve hürriyetleri; şahsî hak ve hürriyetler, manevi hak ve hürriyetler, iktisadi ve sosyal hak ve hürriyetler ve siyasi hak ve hürriyetler şeklinde dört ana başlık altında toplamak mümkündür. Akit hürriyetinin bütün bunlarla ilişkisi olmakla birlikte özellikle iktisadi ve sosyal hak ve hürriyetler ile sıkı bağlantısı vardır. Zira iktisadi ve sosyal hayatın hemen hemen tamamı akit vb. hukuki muameleler ile yürütülmektedir. İktisadi ve sosyal hak ve hürriyetlerin alt kolları olan mülk edinme, çalışma-çalıştırma ve kamulaştırma hak ve hürriyetleri konumuz olan akit hürriyeti açısından önem arz etmektedir.²⁸²

Fıkıhın usûl ve fîr‘u eserlerinde hak ve hürriyet kavramlarının nasıl tanımlandığını ve temel hak ve hürriyetlerin hangi bağlamda ele alınıp incelendiğini genel olarak ifade ettikten sonra bunların akit hürriyeti ile ilişkisine de işaret ederek bu konuyu tamamlamış olmaktadır.

²⁷⁹ Şentürk, “İnsan Hakları” *DİA*, XXII, 327-329.

²⁸⁰ Şaban, 350-355; Boynukalın, “Makasid’üş- Şeria” *DİA*, XXVII, 423-427; İbni Aşur, 138-148.

²⁸¹ Şentürk, “İnsan Hakları” *DİA*, XXII, 327-329; Boynukalın, “Makasid’üş- Şeria” *DİA*, XXVII, 423-427.

²⁸² Armağan, 95-224.

Konuyla ilgili temel kavramları bu birinci bölümünde açıkladıktan sonra ikinci bölümde İslam hukukunda akit hürriyeti başlığı altında İslam hukukunda hüküm yetkisi ve mâlî /akdî konularda gözetilen temel anlayış kısaca izah edilecek, sonra İslam hukukunun kaynaklarında akit hürriyeti alt başlığında; aslî ve tali kaynaklar ile külli kaidelerde/hukukun genel ilkelerinde akit hürriyetinin varlığı ve sınırları izah edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra da mezheplerin/İslam hukukçularının akit hürriyeti ve akdi şartlar hususundaki görüşlerin incelecek, üçüncü bölümde ise akit hürriyetinin kısımları başlığı altında; inikad, şekil ve tanzim/düzenleme hürriyeti konuları ve bunlarla ilgili kısıtlayıcı durumlar izah edilecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA AKİT HÜRRİYETİ

Tezimizin bu bölümünde İslam borçlar hukuku kapsamında yer alan akitlerdeki akit hürriyetini ve bunun önemli bir parçası olan şart hürriyetini ele alacağız. Bunun için de önce konumuzun naslar ve tali delillerdeki durumunu ele alacağız sonra da mezheplerin bu naslara yaklaşımlarını ve sonuç itibari ile de akit hürriyeti ve şart hürriyeti konusundaki yaklaşımlarını ve vardıkları kararlarını inceleyeceğiz.

Konunun ayrıntısına girmeden önce şunu hemen ifade edelim ki bazı batılı hukukçuların iddialarının aksine İslam hukukunda geniş bir akit hürriyeti alanı vardır. Nazari planda bu konu fukaha arasında tartışılmıştır. Başta Zahiriler olmak üzere bir grup hukukçu, temel ilke olarak akit yapma ve şart koşma yasaktır ancak nasların cevaz verdiği akitler ve şartlar serbesttir derken, fukahanın ekseriyeti, tam tersine temel ilke olarak akit yapmak ve şart koşmak serbesttir, ancak nasların yasakladığı akit ve şartlar yapılamaz ve ileri sürülemez demektedirler.²⁸³ Bunun ayrıntısını yani mezheplerin bu konudaki görüş ve delillerini mezheplerin görüşlerini anlatırken işleyeceğiz. Ama önce İslam hukukunun aslî ve tâlî kaynaklarında bu meseleler nasıl ve hangi ölçekte ele alınmıştır bunu anlamaya ve açıklamaya çalışacağız.

Çalışmamızın bu bölümünde İslam hukukun kaynakları olan Kur'an, Sünnet ve diğer tali kaynaklar nezdinde borçlar hukukunun alanına giren akitleri ve bu akitlerde insana verilen özgürlük alanının ne olduğunu görmeye çalışacağız. Fakat önce İslam'ın, genelde bütün alanlarda özelde ise mali ve diğer akitlerdeki temel felsefesinin ne olduğunu, karar merciinin kim olduğunu ve insanlara ne kadar yetki verildiğini ve insanlardan ne istendiğini görmemiz gerekir.

2.1. İSLAM HUKUKUNDA HÜKÜM YETKİSİ VE MÂLÎ - AKDÎ KONULARDA GÖZETİLEN TEMEL ANLAYIŞ

İslam'ın hukuk ve iktisat felsefesi de diyebileceğimiz bu başlık altında asıl konumuz olan akit ve şart hürriyeti konularına geçmeden önce İslam hukukunda, mükellefin yapması veya terk etmesi gereken davranışlarına verilecek olan dini/hukuki

²⁸³ Karaman, "Akid" *DİA*, II, 251-256.

hükümün yetkisinin kime ait olduğunu ve iktisadi hayata yani insanın mal ile olan ilişkisine değinmek gerekmektedir. Yani dinde hüküm verme yetkisi kimindir ve İslam'ın mülkiyet teorisi nedir. Önce bunları kısaca izah edeceğiz. Çünkü İslam'ın bu konulardaki bakış açısı anlaşılmadan konumuz olan akit hürriyetini tam olarak izah etmek güç olur. Zira borçlar hukukundaki akitlerin hemen hemen tamamı insanın mal ile olan ilişkisi üzerine kuruludur ve biz de bu ilişkilerin akitler bağlamında helalliği/serbestliğini veya haramlığını/yasaklılığını diğer bir ifade ile İslam hukukunun bu alanda çizmiş olduğu çerçevenin ne olduğunu ve insana ne kadar hürriyet tanıdığını araştıracağız.

Herbir hukuk sisteminin kurallarının oluşmasında etkin olan, yol ve yön gösteren temel ilkeler ve esaslar bulunur ve o hukuk sistemi bu kurallarla/ilkelerle belli gayelerin gerçekleşmesini gözetir.

İslam hukuku da dayandığı temel ilkeler çerçevesinde insanı ilgilendiren bütün sahalarda olduğu gibi insanın mâlî ilişkilerini düzenlerken de belli hedefleri gözetmiştir.

İslam hukukunun iki ana kaynağına ve bunlara dayanılarak üretilen fıkıh külliyatına genel olarak bakıldığında şunu görmek mümkündür; İslam hukukunun ilkeleri, fert ve toplumun genel faydasına/maslahatına ve adem-i mefsedetine yönelik belirli hikmet ve illetlere binaen vaz' edilmiştir. Bu hikmet ve illetlerin bilinmesi, bütün meselelerde olduğu gibi mâlî konularla ilgili olayların yorumlanmasında ve problemlerin tesbit edilip çözümlenmesinde de önemli bir unsurdur.

İnsan maddi ve manevi boyutları olan ve aynı zamanda kendi kendine yetemeyen sınırlı sosyal bir varlıktır. Bu özellikleri sebebiyle birçok ihtiyaçla karşı karşıya kalan insan, hem cinsleriyle ilişki kurmak zorundadır. Bu zorunluluk hakları ve yükümlülükleri doğurmuştur. İslam hukuku işte bu hakların ve yükümlülüklerin insanın fitratına uygun bir şekilde belirlenmesini ve gereklerinin hakkaniyete ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini hedefleyen bir hukuk sistemidir.²⁸⁴

İslam hukukunun sosyal hayatla ilgili hüküm ve önerileri ile Müslüman hukukçuların bunları esas alarak ortaya koydukları hukûkî görüşlerinin nihâî hedefi; insanın yaratılış değerlerine uygun, adalet ve hakkaniyet esaslarına bağlı olarak sağlıklı, huzurlu, güven ve barış dolu bir dünyanın kurulmasına zemin hazırlamaktır.

²⁸⁴ Yaman - Çalış, 22.

Alimler bu hedeflenen amacın şu beş temel ve vazgeçilemez değerleri korumakla mümkün olacağını söylemişlerdir. Bütün hukuk sistemlerinin de kabul ettiği ve bugün temel insan haklarının en başında gelen bu vazgeçilemeyecek olan beş esas can, din, ırz/nesil, akıl ve malın korunmasıdır.²⁸⁵

İslam hukukçuları İslam'ın hüküm koyarken dikkate aldığı bu genel gayeleri; zaruriyyat, haciiyyat ve tahsiniyyat diye üç başlık altında toplamışlardır. Kendisine hüküm bina edilecek herhangi bir meseleyi ele aldıklarında bu üç ana gayeden hangisine giriyorsa o minval üzere hüküm veriyorlar.

İslam hukukunun bu temel sistematliğini dikkate alarak mâlî-akdî konuların temel gayeleri ile ilgili olarak aşağıdaki tespitleri yapmak mümkündür.

İslam hukukunun temel değerleri açısından fert ve toplum olarak insanın varlığını sürdürebilmesi için korunması zaruri olan beş temel değerden birisinin malın korunması olması konunun önemini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda mal elde edilmesi için çalışmanın teşvik edilmesi, alım-satım, kira gibi akitlerin meşru kılınması, malın korunması için hırsızlık, aldatma gibi haksız kazanç yollarının haram kılınması ve başkasının malına verilen zararın tazmîn ettirilmesi gibi hükümler bu temel gayeyinin dikkate alındığını göstermektedir.²⁸⁶

Aynı şekilde İslam hukuku zaruri olmamakla birlikte insanların normal bir hayat sürebilmeleri için ihtiyaç duydukları şeyleri temin edebilmeleri için de bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu bağlamda malı nemalandırmayı ve meşru olan akitler vasıtası ile malın dolaşımını yaygınlaştırmayı teşvik etmiştir. Böylece toplumsal refahın artırılması ve yaygınlaştırılması sağlanmıştır.

İslam hukukunun üçüncü derece temel gayesi olan tahsiniyyat açısından da akitler dahil bütün muamelelerde en güzelini yapmak ve en verimli sonuca ulaşmak gözetilmiştir. Böylece toplumsal huzurun sağlanması amaçlanmıştır.²⁸⁷

²⁸⁵ Yaman - Çalış, 23.

²⁸⁶ İbni Aşur, 138-148.

²⁸⁷ Şaban, 350-355; Zeydan, *Usulü'l Fıkıh*, 302; Boynukalın, "Makasid'üş- Şeria" *DİA*, XXVII, 423-427; Aytaç Aydın, *İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2001, 315; Muhammed Halid Mesud, *Islamic Legal Philosophy/ İslam Hukuk Teorisi*, trc; Muharrem Kılıç, 201-211, İz Yayıncılık, İstanbul 1997.

İslam hukukunda oluşan külli/genel kaideler de bu genel maksatların neticesi olarak meydana gelmiştir.²⁸⁸ Konumuzla ilgili olan kaideleri daha sonra ayrıntılı olarak anlatacağız ve konumuzla bağlantısını kuracağız.

Bu genel bakıştan sonra İslam hukukunda hükmün kaynağının kim olduğu ve mâlî-akdî konularla ilgili temel felsefenin ne olduğu hususlarına geçebiliriz.

2.1.1. İslam Hukukunda Hüküm Yetkisi

Her şeyden önce İslam’a göre mülk,²⁸⁹ mülkte mutlak tasarruf ve hüküm koyma²⁹⁰ yani insanların eylemlerine helal ve haram şeklinde sınırlar koyma yetkisi temelde Allah’ındır ve O’nun kontrolünde peygamberlerindir.²⁹¹

Ayetlerde geçen “mülk/melekut” kavramları; otorite, güç, yetki ve hükümdarlık anlamlarına geldiği gibi “milk” olarak da; mal-mülk, servet, sahip olunan herşey ve zenginlik anlamlarına gelmektedir.²⁹² Mülkün tanımlarındaki bu farklılığı dikkate aldığımızda mutlak anlamda her iki şeyin de yani kudret ve tasarruf yetkisi ile üzerinde tasarrufta bulunan maddi-manevi bütün her şeyin Allah’a ait olduğu hususunda İslam âlimlerince herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.

Hükmün, karar verme yetkisinin Allah’a ait olduğunu bildiren ayetlerdeki “hüküm” ve “emir” kavramları kesin bir tarzda ve yukarıdan gelen bir şekilde bir fiilin

²⁸⁸ Mecelle’nin baş tarafındaki ilk 100 madde külli kaideleri oluşturur. Bu külli kaidelere ve benzeri kaideleri bir araya toplayan kitaplara bakıldığında İslam’ın genel gayelerinin şumüllü bir şekilde ve öz ifadelerle ortaya konulduğunu görmek mümkündür.

²⁸⁹ 30 ayette “mülkün”, ve yine 33 ayette “göklerde ve yerdeki her şeyin” hem sahiplik anlamında hem de üzerinde tasarruf yetkisi anlamlarında Allah’a ait olduğu ifade edilmektedir. Yine Allah’ın dışında insan için ise “Kudret/Otorite ve Tasarruf Yetkisi” anlamında 58 ayette, maddi servet/zenginlik anlamında ise 17 ayette geçmektedir. Bkz; M. Fuad Abdulkaki, *Mu’cem’ül- Müfrehes*, “mlk”, 769-772 ve “semavat”, 447-450.

²⁹⁰ Hükmü/karar verme yetkisini Allah’a tahsis eden ayetler için bkz; Al-i İmran 3/154; Maide 5/1; Enam 6/57, 62; Araf 7/54; Hud 11/123; Yusuf 12/21, 40, 67; Ra’d 13/31, 41; Kasas 28/70, 88; Rum 30/4; Gafir 40/12.

²⁹¹ Abdulvehhab Hallaf, *İlmi Usul-ı Fıkıh*, 96, Eda Neşriyat, İstanbul 1991; Muhammed Hudari, *Usulu’l Fıkıh*, 24, Daru Sadır, Beyrut 2005; Şaban, 197; Yaman - Çalış, 41-43, 203. Bu hükmeye kaynaklık eden ayetler için bkz; Bakara 2/107, Al- İmran 3/26, Yusuf 12/40, Benzer ayetler için bkz; Al- İmran 3/189; Maide 5/17-18, 40, 120; Araf 7/158; Tevbe 9/116; Nur 24/42; Furkan 25/2; Zümer 39/42; Şura 42/4, 49; Zuhuruf 43/85; Casiye 45/27; Fetih 48/14; Hadid 57/1-

²⁹² “milk” ve “mülk” kavramları arasında kullanım açısından farklılık olduğunu; birincisinin insanın eşyaya hakimiyeti, ikincisinin ise eşya ve insan da dahil her şeye hakimiyet ve sahiplik anlamında Allah için kullanıldığını söyleyenler olmakla birlikte her ikisinin de aynı anlama geldiğini söyleyenler de vardır. Bkz; Rağib İsfahanî, *Müfredat*, X, 492; Mecdüddin Muhammed b. Yakup Firuzâbâdî, *Kamusu’l-Muhid*. 954, 8. Baskı, Müessesetü’r-Risale, Beyrut 2005.

yapılmasına karar vermek veya karar veren söz anlamlarına gelir.²⁹³ İster mükellefin fiiline taalluk eden ilahi hitabın kendisini ister bu hitabın sonucu olan şer’î vasfı ele alalım her iki durumda da hüküm verme yetkisi Allah’a aittir.²⁹⁴ Herhangi bir fiilin helal/mubah ve haramlığını ifade eden ayetlerdeki ifade kalıplarında fâil açık veya kapalı da olsa tekil ya da çoğul olarak hep Allah’tır.²⁹⁵ Allah bu yetkisini bazen ana prensipler çerçevesinde dininin mübelliğ ve mübeyyinleri olan peygamberlerine de vermektedir.²⁹⁶ Peygamberler, Allah’tan aldıkları hükümleri tebliğ ve teybin ederler ve yine bu doğrultuda ana ilkeler müvacehesinde hüküm korlar.²⁹⁷

Peygamberlerin varisleri olan alimler/müçtehitler ise Allah’ın naslarda ortaya koymuş olduğu hükümleri, dinin ana ilkeleri çerçevesinde usul-i fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak anlatılan yöntemlerle aklî ve naklî delilleri kullanarak tahrir ederler.²⁹⁸

Allah, temel ilkelere aykırı olması halinde kendi arzularına göre bir kural koymayı peygamberlerine dahi yasaklamış ve bu şekilde davranan peygamber ve diğer insanları bu davranışlarının doğru olmadığı hususunda uyarmıştır.²⁹⁹ Hatta Allah’ın helal kıldığını haram, haram kıldığını helal saymanın inkarcıların ve sapkınların özellikleri olduğu ifade edilerek bu yetkinin sadece Allah’a ve O’nun izni ile peygamberlerine ait olduğu vurgulanmaktadır.³⁰⁰

Mülk ve hüküm kavramlarının tanımlarına baktığımızda; mülkün iki tanımından biri olan “kudret ve tasarruf yetkisi” tanımıyla hükmün tanımının paralel olduklarını görmekteyiz. Buna göre ayetlerde geçen göklerin, yerin ve var olan her şeyin mülkü ve hükümranlığının Allah’a ait olmasından maksat, evrendeki canlı-cansız, maddi-manevi ve bilinen-bilinmeyen bütün varlıkların ve olayların yaratılması ve yönetilmesidir.

²⁹³ Emir kavramının tanımı ve unsurları ile alakalı geniş bilgi için bkz; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 19-48.

²⁹⁴ Amidi, Ebul Hasan Seyyidüddin Ali b. Ebu Ali, *el-İhkam fî Usulî’l Ahkam*, thk; Abdurrezzak Afifi, I, 79, I-IV, Mektebetü’l İslami, Beyrut, ty. Zeydan, *Usulî’l Fıkıh*, 55; Hallaf, 96; Hudari, 24; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 42-47.

²⁹⁵ İlgili ayetler için bkz; Bakara 2/ 275, Ahzab 33/50, Enam 6/151.

²⁹⁶ Al-i İmran 3/50, Araf 7/157, Tevbe 9/29.

²⁹⁷ Zeydan, *Usulî’l Fıkıh*, 55; Mehmet Erdoğan, “İbaha-yı Asliyye ve Hürmet-i Âdemiyye”, *İslami İlimler Dergisi*, yıl 3, sayı 1, Bahar 2008, 9-23,

²⁹⁸ Gazzali, *Mustasfa*, 8,66; Şevkani, Muhammed bin Ali, *İrşadu’l Fuhul ila Tahkiki’l Hakkı min İlmi’l Usul*, I, 25-28, I-II, thk; Şeyh Ahmed, Daru’l Kutubu’l Arabi, yy, 1999; Vahiy olmadan aklın hüküm koyma yetkisi yani hüsn-kubuh konusunda ayrıca bkz; Hallaf, 97-99; Hudari, 24-29; Büyük Haydar Efendi, *Usul-ı Fıkıh Dersleri*, 77-102, 2. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966; Emir-Hüsün ve Kubuh ilişkisi konusunda ise bkz; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 227-235.

²⁹⁹ Maide 5/87, Araf 7/32, Tahrir 66/1.

³⁰⁰ Tevbe 9/37, Enam 6/140.

Evrende olup biten her şey mutlak kadir olan Allah'ın ilim, irade ve kudreti ile olmaktadır. O, her şeyin yaratıcısı ve sahibidir. Dolayısıyla hüküm verme yetkisi de O'nundur. Böyle olunca bütün varlıklar gibi insanların hayatı ve tüm tasarrufları da O'nun bu sonsuz ve mutlak hâkimiyetine bağlıdır.³⁰¹

Mülkün ve hükmün sahibi olan Allah, kendine ait olan mülkte tasarruf yetkisini ve malı/mülkü - malın faydası insanlara dönük ve insanın dünya hayatı ancak bununla var olduğu için ve ondan istifade etmek üzere - bir emanet olarak ve imtihan amacıyla insanlara farklı derecelerde vermiştir.³⁰²

2.1.2. Mâlî - Akdî Konularda Gözetilen Temel Anlayış

Mülk ve hüküm sahibi olan Allah, yaratılmış her şeyi/tabiatı insanın istifadesine vererek, insanlara mülk üzerinde tasarruf yetkisi ve izni vermiş ve onlara farklı derecelerde kabiliyet ve imkânlar vererek onları fitri zorunlulukla birbirlerine bağlı kılmıştır.³⁰³

Ancak Allah (c.c), insanı gerek mal ile olan ilişkilerindeki tasarruflarında gerekse diğer tasarruflarında ancak belli ölçüler ve kurallar çerçevesinde serbest bırakmıştır. Allah'ın bazı şeyleri helal diğer bazılarını haram kılmış olması işte bu sınırları ve kuralları ifade etmektedir.³⁰⁴

İnsanın bütün akitlerinin nihai hedefi, ya bir maldan ya da diğer insanların iş gücünden istifade ederek kendi yararına olan eylemlerde bulunmaktır. Bu istifadenin son şekli ise bir şeyi yiyip içerek veya kullanarak tüketmektir.

³⁰¹ *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Hayreddin Karaman ve Heyet, I,180, I-V, DİB Yayınları Ankara 2008.

³⁰² Mal kelimesi farklı kalıplarda 78 ayette geçmektedir. Bunlardan 53'ünde açıkça veya zamirle insana izafetle kullanılmıştır. Diğer ayetlerde ise dolaylı olarak insana ait olduğu ifade edilir. Bkz; M. Fuad Abdalbaki. *Mu'cem'ül- Müfrehes*, "mvl", s. 778.

³⁰³ Bakara 2/29, Araf 7/128, Şura 42/12, Zuhuf 43/32 Hadid 57/5,7. Benzer ayetler için bkz; Bakara 2/188, 212, 261; Al- İmran 3/26; Nisa 4/29, 32; Ra'd 13/26; Nahl 16/14, 71; İsara 17/30, 66; Taha 20/53; Nur 24/38; Kasas 28/82; Ankebut 29/62; Rum 30/37, 46; Lokman 31/20; Sebe' 34/36, 39; Zümer 39/52; Şura 42/19; Zuhuf 43/10; Hadid 57/7.

³⁰⁴ Bir şeyin helal/mubah ve haram olduğunu bildiren kavramlar için bkz; Zeydan, *Usulu'l Fıkah*, 27-40; Hallaf,113-115; Hudari, 50-54, ayetler için bkz; : Bakara 2/168, 187, 229, 275;Al-i İmran 3/50, 93; Nisa 4/19, 23, 24, 160; Maide 5/1-5, 26, 87, 88, 95, 96; Enam 6/119, 140-146, 150-151; Araf 7/32-33, 157; Enfal 8/69;Tevbe 9/29, 37; Yunus 10/59; Nahl 16/114-118; İsara 17/33; Hac 22/30; Furkan 25/68; Nur 24/3; Ahzab 33/50, 52; Mümtetine 60/10; Tahrir 66/1.

Kur'an'da yiyip içilecek ve kullanılacak şeylerin temelde helal olduğu, haram olanların ise sınırlı sayıda ve sayılıp ifade edilenler olduğu, haram kılmanın Allah'a ait olduğu ve insanların kendi arzularına göre hüküm vermelerinin Allah'a iftira edilmiş olacağı açıkça beyan edilmektedir.³⁰⁵ Ayetlerde helal ve temiz olan bütün nimetlerden istifade edilmesi istendikten sonra haram olan şeyler hasr/kısıtlama ifadesi olan "ancak/sadece" ifade kalıpları ile "leş, akıtılmış kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesilmiş hayvan" olduğu ifade edilmektedir.³⁰⁶ Hatta mecbur kalınınca bu haram şeylerden dahi istifade edilebileceği ifade edilmekte³⁰⁷ ve Allah'ın yarattığı süs ve temiz rızıkları kimin haram kıldığı tenkit üslubuyla sorularak böyle bir hükmün Allah'a mahsus olduğu ihtarı yapılmaktadır.³⁰⁸

Abdullah İbn Abbas konuyla ilgili olarak; "Cahiliyye halkı bazı şeyleri yerler bazı şeyleri ise haram diye yemezlerdi. Allah peygamberini gönderdi ve kitabını indirdi. Helali helal, haramı haram kıldı. Dolayısıyla sadece O'nun helal kıldığı helal, haram kıldığı da haramdır. Hakkında sükut ettikleri ise biz insanlara bırakılmış mübah alandır." dedi ve En'am suresinin 145. ayetini okudu.³⁰⁹

Hakkında naslarda herhangi bir hüküm belirtilmeyen tasarruflar, yapılmasında sorun olmayan mübah uygulamalardır. Hatta Kur'an'ın vahyi devam ederken gereksiz sorular sorularak serbest bırakılan bazı şeylerin insanların istemediği bir şekilde sonuçlanmasına sebep olabileceği uyarısı yapılmıştır.³¹⁰ Nitekim konuyla ilgili bir soruya Allah Rasulü şu cevabı vermiştir; "Helal, Allah'ın kitabında helal kıldıklarıdır. Haram da Allah'ın kitabında haram kıldıklarıdır. Hakkında bir şey demedikleri ise müsamaha gösterdiği mübah şeylerdir."³¹¹

³⁰⁵ Bakara 2/29; Mide 5/1; İsra 17/70; Hac 22/65; Lokman 31/20; Casiye 45/13. Konuyla ilgili benzer ayetler için bkz; Bakara 2/168; Al- i İmran 3/93; Maide 5/1-5, 87-88, 94-96; En'am 6/140-145, 150-151; Araf 7/157; Yunus 10/59; Hacc 22/30; Tahrim 66/1.

³⁰⁶ Bakara 2/172-173; Maide 4/3; En'am 6/ 141-145; Nahl 14/114-116.

³⁰⁷ En'am 118-119.

³⁰⁸ Araf 7/32-33.

³⁰⁹ Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünen-i Ebu Davud*, Et'ime, 31/3800, IV, Mektebetü'l Asriyye, Beyrut, ty.

³¹⁰ Maide 5/101

³¹¹ Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre (Yezîd) et-Tirmizî, *Sünen-i Tirmizî*, Libas, 6/1726, I-V, 2. Baskı, Şirketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa Bayi, Mısır 1975; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî İbn Mace, *Sünen-i İbn Mace*, Et'ime, 60/3367, I-II, Daru İhyai'l-Kutubu'l Arabiyye, yy, ty; benzer bir hadis için bkz; Ebû'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî, *Sahih-i Müslim*, Fezail, 132/2358, I-V, Daru İhyai't- Tûrasi'l Arabi, Beyrut, ty; Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhari, *Sahih-i Buhari*, İ'tisam, 3/7289, I-IX, Daru Tavku'n-Necat, yy, 1422.

Bu ve benzeri delillerden, insanoğlu için yaratılmış ne varsa hepsinin esas itibarı ile onun yararı için yaratılmış ve onun istifadesine sunulmuş olduğu ve açıkça belirtilen haramların dışında kalan herşeyin helal olduğu anlaşılmaktadır.³¹² Nitekim eşyada asıl olan ibahadır.”³¹³ hükmü, burada zikrettiğimiz bu ayet ve hadisler gözönünde bulundurularak varılan bir sonuçtur.

Buraya kadar zikrettiğimiz delillerden anlaşıldığına göre İslam akaidine ve hukukuna göre her türlü tasarrufunda mutlak hür olan sadece Allah'tır. İnsanlar ise ontolojik olarak O'nun koyduğu kurallar ile mukayyettir. Teşr'î hükümler açısından da insanların tasarruflarına sınır koyma yetkisi de O'nundur. Allah, insanı maddi ve manevi olarak farklı imkan ve kabiliyetlerde yaratmış ve bu farklılıkları oranında da onu yetkili ve sorumlu kılmıştır. Böylece insana -kendi koyduğu kurallar çerçevesinde- ister mali ister diğer tasarruflarında serbest hareket etme yetkisi vermiştir.

Allah, koyduğu bu kurallar çerçevesinde, yerde ve göklerde olan bütün nimetlerini insanın istifadesine sunarken³¹⁴ insanın meşru yollardan mal kazanmasını helal kılmış ve teşvik etmiştir.³¹⁵ Ayetlerde maişet,³¹⁶ rızık,³¹⁷ nimet,³¹⁸ hayır³¹⁹ ve fazl³²⁰ diye adlandırılan mal ve menfaatlerinden helal, tayyip/temiz, hasen/güzel, kerim/hoş ve maruf/makul bir şekilde istifade edilmesini istemiştir. Diğer taraftan batıl ve diğer tüm

³¹² Erdoğan “İbaha-yı Asliyye ve Hürmet-i Âdemiyye”, 12.

³¹³ Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 77.

³¹⁴ Bakara 2/29; A'raf 7/10; Hicr 15/20-21; İsrâ 17/ 66,70; Ta ha 20/53-54; Furkan 25/45-50; Lokman 31/20; Yasin 36/71-73; Casiye 45/13; Hac 22/65; Mülk 67/15; Nuh 71/19-20.

³¹⁵ Bakara 2/162, 172, 201; Nisa 4/32; Maide 5/87; A'raf 7/31, 32; İsar 17/12, 66; Nur 24/37; Kasas 28/73,77; Rum 30/23,46; Fatır 35/12; Casiye 45/12; Necm 53/39; Cuma 62/4,10; Mülk 67/15; Müzzemmil 73/20; Nebe' 78/11; Adiyat 100/6; Buhari, Zekat 17; Müslim, Zekat 32; Ebû Dâvûd, Libas 14; Tirmizi, Edep 54.

³¹⁶ Ayetlerde geçen “meişet” kavramı; insanın geçimi için gerekli olan bütün imkan ve araçları ifade eder. Bkz; Araf 7/10; Hicr 15/20; Taha 20/124; Kasas 28/58; Zuhuf 43/32; Enbiya 78/11.

³¹⁷ Rızık; İnsanın kendisinden yararlanması için var olan her şey. 95 ayette 105 defa zikredilir. Rızık kavramının geçtiği ayetlerde; rızık verenin Allah olduğu, insanlara farklı seviyelerde dağıtıldığı bu sebeple birbirlerini faydalandırmaları gerektiği ve faydalanırken helal/tayyip/kerim/hasen olarak kullanılması istenmektedir. bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, “rzk”, s. 382.

³¹⁸ “Nimet” kavramı; insanın sahip olduğu ve kendisine dünya ve ahirette yararı dokunan maddi ve manevi varlıklar ve ihsanlar anlamındadır. 122 ayette geçen nimet kelimesi; din, kitap, nübüvvet, islam, iyilik, ikram ve ihsan gibi manevi varlıklar için kullanılırken geçim, hayat ve rızık gibi maddi varlıklar için de kullanılmıştır. bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, “ni'met”, s. 800.

³¹⁹ İnsanların rağbet ettiği, sevip arzu ettiği ve şer/zararın zıddı anlamında olan “Hayır” kavramı 176 ayette zikredilir. bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, “hyr”, s. 306-309.

³²⁰ “Fazl” kelimesi nimet ve rahmet kavramları gibi hem maddi hem de manevi olarak insana verilen ve insanın dünya ahiret mutluluğunu sağlayan çok yönlü lütuf ve ihsan anlamlarında kullanılır. bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, “fazl”, s. 632.

haksız kazanç yolları ile elde edilen şeylerden uzak durulmasını isteyerek bunları haram kılmıştır.³²¹

Bu ilkeler muvacehesince İslam, ilahi ruhtan bir nefes/soluk taşıyan³²² ve yaratılış itibari ile diğer varlıklardan farklı ve saygın olan insanı³²³ yeryüzünün halifesi kabul ederek³²⁴ ona meşru olan her türlü eylemi yapma iznini ve sorumluluğunu vermiştir.³²⁵ Hatta bundan da öte onu yeryüzünü imar etme sorumluluğu ile mükellef kılmıştır.³²⁶ Dinin en temel ibadetlerinden olan zekât, hac, cihat ve nafaka gibi dini ve hukuki görevlerin ancak mal ile îfâ edilebilir olması da Müslümanlar için mal elde etmenin hak olmaktan öte bir görev olduğunu ifade etmektedir. Çünkü şartlarını taşıyanlara zekât ve haccın farz olmasının³²⁷ yanında kişinin öncelikle kendi hayatını sürdürmesi³²⁸ ve mahrem yerlerini örtmesi,³²⁹ bakmakla yükümlü olduğu kimselerin asgari seviyede de olsa nafakalarını temin etmesi³³⁰ ve zorunlu olduğunda cihada katılması farzdır.³³¹

Sistem olarak hem ferdî hem de kamu mülkiyeti anlayışını benimseyen İslam hukuku özellikle mali konularda kapitalizmin özgürlük adı altında yaptığı gibi ferdi kayıtsız bırakmamış, kapitalizme tepki olarak doğan ve eşitliği savunan sosyalizmin yaptığı gibi devleti mutlaklaştırıp insan haysiyeti ve fitratı ile bağdaşmayan, insan iradesini ve kabiliyetini yok sayan bir anlayışı da benimsememiştir. Zira her iki sistem de toplum halinde yaşayan insanların ihtiyaçlarını adaletli bir şekilde karşılamayı temin edememiştir.³³²

³²¹ Bakara 2/188, 275-279; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/29; Hud 11/85; İsra 17/35; Şuara 26/181-183; Rum 30/39; Mümtehhine 60/12; Mudaffin 83/1-3.

³²² Hicr 15/28-31; Secde 32/9; Sad 38/72.

³²³ İsra 17/70; Müminün 40/64; Tegabün 64/3; Tin 95/4.

³²⁴ Bakara 2/30; En'am 6/165; Yunus 10/14; Araf 7/74; Nur 24/55; Neml 27/62; Fatır 35/39; Sad 38/26.

³²⁵ Ahzab 33/72.

³²⁶ Hud 11/61.

³²⁷ Zekat'ın farz oluşu ile ilgili 32, Hacc'ın ise; 8 ayet vardır. Bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, "zekat", 407 ve "hacc", 237.

³²⁸ Bu hükmü, intihar etmenin haram oluşu; Al-i İmran 3/145; Nisa 4/29; Maide 5/32, 95; En'am 6/151; Araf 7/158; Tevbe 9/116; Hicr 15/23; İsra 17/33; Kaf 50/43 ve zaruret halinde haram gıdaların helal kılması ifade etmektedir. Bkz; Bakara 2/173; Maide 5/3; En'am 6/119, 145; Nahl 16/115.

³²⁹ Bakara 2/233; Nisa 4/ 5; Araf 7/20-27; Taha 20/121; Nur 24/30, 31, 58, 60; Ahzab 33/ 59; Ebu Davud, Libas 34.

³³⁰ Nafaka sorumluluğunu da içine alan "ihsan" kavramını, burada akrabaya ihsan çerçevesinde zikredebiliriz. Bakara 2/83; Nisa 4/36; Enam 6/151; Nahl 16/90; İsra 17/23; Ankebut 29/8; Ahkaf 46/15; Eş ve çocukların nafakası; Bakara 2/233; Nisa 4/34; Talak 65/6-7; *Sahih-i Buhari*, Nafakat, 5.

³³¹ Cihadın vücubiyet veya teşviki ile alakalı "chd" kökünden farklı kalıplarda 31 ayet ve "kti" kökünden ise 46 ayet vardır. Bkz; *Mu'cem'ül- Müfrehes*, "chd", 224 ve "kti", 643.

³³² Zuhaylî, IIV, 29-44.

İslam insana bütün olarak bakar, toplumun haklarını kabul ettiği gibi ferde mülk edinme hakkını da tanır. Kadın olsun erkek olsun her bir ferdin bilgisi, yeteneği ve çabası ile kazanabileceği kadar çok mülkünün olmasını teşvik eder.³³³ Başkalarının mallarını onların rızası olmadan ve gayri meşru yollarla almalarını yasaklaması³³⁴ gerçeği de bu ferdi mülkiyeti tanıdığını gösterir. Ferde mülkiyet hakkı verirken onlara, varlıklarını toplum yararına harcamalarını da emreder.³³⁵ Yani fertle toplum arasında bir denge kurar, birinin adına diğerini yok saymaz. İktisadi alandaki bütün kuralları bu dengeyi muhafazaya yöneliktir. İnsanları, tüm tasarruflarında bu dengeyi muhafaza eden kurallara uymaya icbar eder.³³⁶

Ferdî mülkiyeti ve helal kazancı mübarek ve mukaddes kabul eden³³⁷ İslam'ın iktisâdî hayatını ortaya koyan ve insanın çalışıp kendi ayakları üstünde durmasını, aktif bir ticari hayatın içinde olmasını ve bu ticari hayatın hangi ilkeler çerçevesinde olması gerektiğini ifade eden birçok hadis-i şerif vardır. İslam'ın bu konudaki bakışını anlamak adına bunlardan birkaç tanesini zikredeceğiz.

İnsanın kazanç sağlayacak bir şeyler elde etme sorumluluğunu ifade etmek açısından Abdullah İbn Mes'ud (r.a.)'tan rivayet edilen; "Rızık sağlamak gayesiyle çalışmak her Müslüman üzerine farzdır."³³⁸ hadisi dikkat çekicidir.

Temiz olan şeylerin helal olduğunu ve insanların sadece bunlardan istifade etmesi gerektiğini şu hadis bize öğretiyor. Ebu Hureyre (ra)'ın haber verdiğine göre; "Resûlullah (sav) bir gün şöyle hitap etti; "Ey insanlar! Allah Teâla tayyiptir, tayyipten başka bir şey kabul etmez. Allah'ın mü'minlere emrettiği şeyler, peygambere emretmiş olduklarının aynısıdır. Nitekim Allah Teâla peygamberlere, *"Ey peygamberler, temiz olanlardan yiyin ve sâlih amel işleyin"*³³⁹ diye emrederken, mü'minlere de; *"Ey iman*

³³³ Bakara 2/188; Nisa 4/32; Necm 53/39.

³³⁴ Nisa 4/29.

³³⁵ Nahl 16/71; Zuhuf 43/32; Zariyat 51/19 Ayrıca bu bağlamda; zekat, fıtır sadakası, kurban, adak ve keffaret gibi mali mükellefiyetler ve genel olarak infak/tasadduk ve ihsan kavramları zikredilebilir. İnfak/tasadduk ve ihsan sorumluluğu için bkz; *Mu'cem'ül- Müfehres*, "sdk", 497, "nfk", 808 ve "hsn", 248.

³³⁶ Zuhayli, IIV, 29-44; Afzalur Rahman, *Siret Ansiklopedisi*, I, 402, 2. Baskı, İnkılap Yayınları, İstanbul 1996.

³³⁷ *Hadislerle İslam*, V, 38, I-VII, Genel Koordinatör; M. Emin Özafşar, DİB Yayınları, Ankara 2014.

³³⁸ Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî, *Câmiu's-Sağîr fî Ehâdîsi'l-Beşîri'n-Nezîr*, II, 46, I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 2006.

³³⁹ Mü'minûn 23/51.

edenler, size rızık olarak verdiklerimizin temizlerinden yiyin" ³⁴⁰ diye emirde bulunmuştur.³⁴¹ Bu hadisten sadece temiz olan şeylerin helal, bu hükmün mefhum-u muhalifinden de necis olan şeylerin ise haram olduğunu net bir şekilde öğrenmekteyiz.

Numan İbn Beşir (ra)'ın rivayet ettiği bir hadisten ise helallerin ve haramların açıkça belli olduğunu, ikisi arasında şüpheli şeylerin bulunduğunu ve bunlardan kaçınılması durumunda dinin ve ırzın korunabileceği uyarısının yapıldığını ve her hükümdarın korunmasını istediği sınırların olduğunu ve Allah'ın da riayet edilmesini istediği bir takım haramların olduğunu öğrenmekteyiz.³⁴² Buna göre insan her türlü iş ve işlemlerinde olduğu gibi yapacağı ticari ve diğer akdî işlemlerde de bu sınırlı sayıdaki haramlara azami derecede riayet ederek hareket etmelidir.

Mal temin etmenin birçok meşru yolu olmakla birlikte en yaygın olanı, insanlığın ilk tarihinden beri var olan ve borçlar hukukunun en yaygın akdi olan satım akdidir ve daha genel hali ile ticarettir. İslam ticareti meşru ve makbul saymıştır. Allah, ticaret yaparken dikkat edilmesi gereken ana ilkeleri temel hatları ile ortaya koymuş, işin ayrıntısını ise vahyin pratiği olan sünnete bırakmıştır. Peygamberimiz de ticaret yaparken dikkat edilmesi gereken karşılıklı rıza, dürüstlük ve tarafların birbirlerine ve üçüncü şahıslara zarar vermemesi ilkelerini birçok hadisinde ifade etmiştir.³⁴³

Mülkiyet hakkının intikalinde mal sahibinin izninin asıl olduğunu ve mal sahibinin izni olmadan başkasının onun malında herhangi bir tasarrufta bulunamayacağını şu hadis net bir şekilde ifade etmektedir; "Sakın hiç kimse sahibinin izni olmadan bir başkasının davarını sağmasın. Sizden biriniz yiyecek ve içeceklerinin saklandığı kilerine/deposuna gelinmesini, dolabının kırılmasını ve oradaki yiyeceklerin götürülmesini ister mi?"³⁴⁴

Buraya kadar zikrettiğimiz ayet ve hadislerden anlaşıldığı üzere İslam, insanın mal ile olan ilişkisine yani onu elde etmesi, kullanması ve tüketmesine çok büyük önem vermiş, malı insan için korunması gerekli beş zaruri ve temel ihtiyaçtan biri kabul etmiş ve bunun meşru olan ve olmayan yollarını ortaya koymuştur.³⁴⁵ Buna göre insan mal ile

³⁴⁰ Bakara 2/172.

³⁴¹ Müslim, Zekat, 19/ 65/1015.

³⁴² Buhari, İman, 37/52, Buyu, 2/2051.

³⁴³ Edu Davud, Büyü, 24/3376, 51/3459; Müslim, İman, 43/164/101, 102; Tirmizi, Büyü, 4/1209

³⁴⁴ Buhari, Lukata, 8/2435.

³⁴⁵ Şaban, 350-355; Boynukalın, "Makasid'üş- Şeria" *DİA*, XXVII, 423-427; İbni Aşur, 138-148.

olan ilişkisinde genel olarak hür olmakla birlikte malda-mülkte mutlak söz sahibinin Allah olması hasebi ile malı kazanırken ve tüketirken insanın dînî ve hukûkî hükümler çerçevesinde hareket etmesi zorunludur.

İslam hukuku dînî ve hukûkî kuralların ihlal edildiği yani insan irade ve rızasının direkt ya da dolaylı olarak devre dışı bırakıldığı kumar, gasp, hırsızlık, aldatma, ölçü ve tartıda hile, rüşvet ve faiz gibi muameleleri yasaklamış ve bu eylemleri yapanlara bir takım cezai müeyyideler koymuştur.³⁴⁶ Akdin kuruluşunda hür iradeyi asıl kabul etmiş ve bunu ortadan kaldıran veya sakatlayan her türlü ikrah, icbar, aldatma vb. durumları gayrı meşru sayıp böyle bir illetle oluşan akitleri batıl veya fasit kabul etmiştir.³⁴⁷ Hatta kişinin kendi malını harcarken iktisatlı olmasını tavsiye etmiş,³⁴⁸ malını harcamada tedbirsiz davranan sefihin malını korumuş,³⁴⁹ savurganlık olan israfı³⁵⁰ ve diğer insanlara karşı infak sorumluluğunu yok eden cimriliği dahi yasaklamıştır.³⁵¹

Anlaşılan o ki İslam, insanın hür iradesinin ve rızasının olmadığı ve onun maddi ve manevi zararına olan şeyleri haram kılmış, bunun dışındaki şeyleri ise mubah saymıştır.³⁵² Bu temel yaklaşımdan hareketle İslam hukukçuları; “eşyada asıl olan ibahadır.”³⁵³ prensibini belirlemişlerdir. Bu prensibi merkeze alan hukukçuların çoğunluğu hukûkî temel ilkelere riayet etmek şartı ile akitler konusunda da akit hürriyetinin asıl olduğunu benimsemişlerdir.

Buraya kadar İslam’ın hüküm teorisini ve iktisadi hayata bakışını yani insanın mal ile olan ilişkisini, kazanırken ve harcarken nasıl bir hareket tarzı benimsemesi gerektiğini, tamamen serbest mi yoksa belli kurallara bağlı mı kalacağını genel olarak ifade ettik. Şimdi ise konumuz olan akit hürriyetinin Kur’an ve Sünnet’teki yerini daha

³⁴⁶ Yasaklanan bu muameleler için bkz; Bakara 2/188, 219, 275-279; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/29; Maide, 5/33, 38, 90-91; A’raf 7/85; Hud 11/84-85; İsra 17/35; Şuara 26/181-183; Rum 30/39; Rahman 55/8-9; Mümtehhine 60/12; Muataffifin 83/1-3; Buhari, Hudud, 7-8, Bedul halk, 2, Mezalim, 13; Müslim, Hudud, 1684-1689; Tirmizi, Sünen, Huhud, 1445-1450.

³⁴⁷ Karaman, “Akid” *DİA*, II, 251-256.

³⁴⁸ Maide 5/66; Furkan 25/67.

³⁴⁹ Bakara 2/282; Nisa 4/5.

³⁵⁰ Nisa 4/6; Enam 6/141; Araf 7/31; İsra 17/26, 29; Furkan 25/67.

³⁵¹ Al-i İmran 3/180; Nisa 4/37; Tevbe 9/76; İsra 17/26, Muhammed 47/37-38; Hadid 57/24.

³⁵² Fıkıh usulü kitaplarında genellikle Şari’in yapılmasını talep ettiği “vücub ve mendub” ile yapılmamasını talep ettiği “haram ve mekruh” hükümler -sınırlı oldukları için- sayılıp anlatılır. Fakat “mubah” olan hükümler sayılamayacak kadar çok olduğu için sadece mubah olduğunun nasıl anlaşılacağı anlatılır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Zeydan, *Usulu’l Fıkıh*, 27-40; Hallaf, 113-115; Hudari, 50-54.

³⁵³ Serahsî, *Mebsut*, IVXX, 77.

iyi ve ayrıntılı bir şekilde tespit edebilmek için konuyla ilgili ayet ve hadisleri inceleyeceğiz.

2.2. İSLAM HUKUKUNUN KAYNAKLARINDA AKİT HÜRRİYETİ

Gerek Kur'an-ı Kerim'de ve gerekse peygamberimizin sözlü ve fiili sünnetinde, İslam hukukundaki mevcut akitleri vazedenden, benimseyen ve düzenleyen ve onlara birtakım hüküm ve sonuçlar koyan, akde ve ahde bağlılığı zorunlu kılan ve borç münasebetlerinde karşılıklı rıza ve gönül hoşnutluğunu esas alan ayet ve hadisler mevcuttur.

Bu ayet ve hadisler sadece o gün var olan akitlere değil hem o günki, hem de günümüzdeki yeni akit tiplerine ışık tutmaktadır. Bu iki temel kaynak etrafında oluşan fikhın usul ve fūr'u eserlerinde de bu yaklaşımı gösteren bilgiler bulmak mümkündür.

Şüphesiz mal kazanmanın ve maldan istifade etmenin değişik yol ve yöntemleri vardır. Bunların en önemlileri ve günlük hayatta en yaygın olanları ise borçlar hukukunun alanına giren alım-satım/ticaret, kiralama, başkasının işinde ücret karşılığı çalışma vb. akit türleridir. Zira bunlar insanların ihtiyaçlarını karşılıklı ilişkiler/akitler yoluyla en çok gerçekleştiren iktisadi faaliyetlerdir. Şimdi bunların Kur'an'daki dayanaklarını ifade ederek Kur'an'ın akitler hakkındaki genel bakışını ortaya koyalım.

2.2.1. Akit Hürriyetinin Kur'anî Dayanakları

Bütün insanların hayatında tarih boyunca ve halen yaygın olarak var olan alım-satım akdi ile ilgi olarak Kur'an'daki şu ayet hem bu akit türünün meşruluğunu hem de -faizi haram kılarak- sınırlarını belirliyor. *“Faiz yiyenler (kabirlerinden), şeytan çarpmış kimselerin kalktığı gibi kalkarlar. Bu hal onların "Alım-satım tıpkı faiz gibidir" demeleri yüzündendir. Hâlbuki Allah, alım-satımı helâl, faizi haram kılmıştır.”*³⁵⁴

Görüldüğü gibi ayette açıkça, o güne kadar insanların yaptıkları alış-verişleri için –mubah/serbest olma anlamındaki bir dini/hukuki hükmü birinci derecede ifade eden-

³⁵⁴ Bakara 2/275. *الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا*

“helallik” lafzı hem de sanki “ibaha-i asliyye” prensibine işaretle geçmiş zaman kalıbında kullanılmıştır.³⁵⁵

Böylece Müslümanların, o güne kadar olduğu gibi o günden sonra da bu akit tipini yapmaya devam edebilecekleri ifade edilmiştir. Bu da akit hürriyetinin var ve asıl olduğunu göstermektedir. Ayrıca alış-verişin, faize benzetilmesinin azaba sebep olduğu ve faizin haram kılındığı da beyan edilmiştir. Bu da Müslümanların ticari hayatlarında hiçbir kural tanımadan tamamen serbest olmadıklarını, Allah’ın insanların maslahatı için koymuş olduğu kurallar ile mukayyet olduklarını göstermektedir. Ticaretin meşruluğunu ve sınırlarını belirleyen daha başka birçok ayet vardır.³⁵⁶

Toplumsal hayatın mal ve para borçlanması olmadan yürümediği bir gerçektir. Zira insanların ihtiyaç ve imkanlarının farklı olması sebebiyle, ihtiyaç duydukları mal ve parayı ellerinde hazır bulundurmaları her zaman mümkün olmamakta ve bu durum onları diğer insanlardan borç almaya muhtaç etmektedir. Zaman içerisinde insanlar bu ihtiyacı istismar ederek faizciliğe yönelmişler, bir müddet sonra ödemek üzere mal veya para talep edenlerden bunu fazlasıyla/faiziyle ödemelerini istemişler, bu da birçok haksızlığa sebep olduğu için olumsuz sonuçlar doğurmuştur ve yasaklanmıştır.³⁵⁷

Bakara suresi 275-281. ayetlerinde faizi haram kılan Kur’an, devamındaki ayette ise borçlanmayı helal kılmıştır. Bu hükmü de sanki faiz yasağı faizsiz borçlanmayı da kapsar zannedilmesin diye hemen faiz yasağının arkasından beyan etmiştir. “*Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın.*”³⁵⁸

İbn Abbas bu ayetin geliş sebebinin selem akdi ile ilgili olduğunu söylemiştir.³⁵⁹ Ancak ayetin geliş sebebinin özel olmasının, hükmün genel olmasına engel teşkil etmeyeceğini söyleyen tefsirci ve hukukçular haklı olarak bu ayetin; karz, ariyet,

³⁵⁵ Muhammed b. Abdullah Ebu Bekir İbn Arabi, *Ahkam’ul Kur’an*, I, 321, I-IV, 3. Baskı, Daru’l Kutub’ul İlmiyye, Beyrut 2003.

³⁵⁶ Bakara 2/282; Nisa 4/29; Tevbe 9/24; Hud 11/84-87; Yusuf 12/19-20; İsara 17/35; Nur 24/37; Şuara 26/181-183; Lokman 31/6; Rahman 55/8-9; Cuma 62/9-11; Muttaffifin 83/1-3.

³⁵⁷ Bakara 2/275-281; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/161; Rum 30/39.

³⁵⁸ Bakara 2/282. ... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكُنْ بِبَيْنِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ

³⁵⁹ Ebu Abdullab Muhammed b. Ahmed b. Ebu Bekir Kurtubi, *el- Cami li Ahkami’l Kur’an/ Tefsir’ul Kurtubi*, III, 377, I-XX, thk; Ahmed Burduni, 2. Baskı, Daru’l Kutubu’l Mısriyye, Kahire 1964 ; Ebu Abdullah Muhammed b. Ömer Fahreddin Razi, *Mefatih’u l Gayb/et- Tefsir’ul Kebir*, VII, 90, I- XXXII, 3. Baskı, Daru İhya-i Tülas’il Arabi, Beyrut 1420.

emanet, vadeli satış, selem ve istisna' akitlerinin mevzuu olan borçlar gibi bütün vadeli borç ilişkilerini kapsadığını söylemektedirler.³⁶⁰

Borç ilişkisinde en önemli mesele onun zamanında ve eksiksiz olarak ödenerek tarafların haklarının korunmasıdır. Diğer bir ifade ile taraflardan hiçbiri yaptıkları bu akit sayesinde zarara uğramamalıdır. Zira İslam'ın titizlikle üzerinde durduğu en önemli konulardan biri de hakların korunması ve hiç kimsenin bir başkasına zarar vermemesidir. Bu ayette, her hangi bir akit sonucu borç ilişkisinden doğan hakların unutma veya inkâra karşı korunması için gerekli tedbir ve ispat vasıtalarını –yazı, şahitlik, insanlarda emanet ve sorumluluk duygusunu geliştirme ve teminat altına alma- görmekteyiz.

Ayette geçen yazma veya yazdırma sorumluluğu aslında akdin şekil şartı ile alakalıdır. Bu konuda âlimler ihtilaf etmişler, çoğunluğun görüşüne göre buradaki emir vücutbiyyet değil tavsiye, irşat ve eğitim niteliğinde mendup bir hüküm doğurur.³⁶¹ Bu tartışmaya bağlı olarak, yapılan iş karşılığında ücret ödenmesinin caiz olup olmadığı da tartışılmış ve neticede yapılması farz olmayan bir işe karşılık ücret alınabileceği hükmü esas alınmıştır.³⁶² Bu tartışmanın ve varılan sonucun akit hürriyeti bağlamında konumuzla alakası ise şekil şartı olan yazma/yazdırma işinin zorunlu olmadığı yani şekil hürriyetinin var olması ve ücretli veya ücretsiz başkasına iş yaptırmanın yani hizmet akdi yapmanın mubahlığı yönündendir.

Bu ayette Allah (c.c) insanların o güne kadar yapıp ettikleri alışverişleri ifade eden “ticaret” ve “beyi” kavramlarını olumlu kılarak ve onaylayarak kullanmaktadır. Bu da gösteriyor ki insanlar, borç doğuran akit çeşitlerinden istediklerini –genel kurallar çerçevesinde- kurma hürriyetine sahiptirler.

Ayetin bu bölümünde geçen “ticaret” ve “beyi” kavramlarının tanımlarını karşılaştırdığımızda bey'in, ticarete göre daha dar kapsamlı olduğunu görmekteyiz.³⁶³ Nitekim Mecelle bey'ı tarif ederken; “malı mal ile değiştirmektir ki mün'akit yahut

³⁶⁰ İbn Arabi, *Ahkam 'ul Kur'an*, I, 327; *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, I, 446.

³⁶¹ Kurtubi, III, 377; Mutlak emrin vücuta veya nedbe delaleti ile ilgili görüşler ve delilleri için bkz; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 135-158.

³⁶² *Kur'an Yolu*, I, 447.

³⁶³ Zerka, *el-Ukudü'l-müsemma*, IV, 21.

gayri mün'akit olur.” diye tanımlamıştır.³⁶⁴ Hanefilere göre fiziki varlığı olmayan menfaatler mal sayılmadığı için icare ve iş akitleri bu tanıma dahil değildir.

Ticaret kavramı ise daha genel olup malın/paranın mal ile değişimi gibi tüm satım akitlerini kapsadığı gibi bir tarafında emek veya menfaat olan icare ve iş akitlerini de kapsar. Buna göre ticaret; kâr elde etmek amacı ile yapılan her türlü mali tasarruf olarak tanımlanabilir. Buna göre “bey‘ve ticaret” kavramlarının tanımlarına bir bütün olarak baktığımızda, insanların hür iradeleri ile karşılıklı rızaya dayalı borç doğurucu mali tasarruflarının tamamı olduğunu söyleyebiliriz.³⁶⁵

Kur’ân-ı Kerîm’de bey‘, teknik bir terim ve akit olmaktan çok bütün ticarî işlemleri kapsayabilen genel bir anlama sahiptir. Yani insanlığın ticarî işlemlerini genelde bey‘/alış-veriş simgelediği için bey‘ kavramı, ticaret kavramı ile eşanlamli kullanılmaktadır, yoksa sadece teknik anlamı olan “satım akdi” kastedilmemektedir.³⁶⁶

Bu bilgilere dayanarak şunu ifade edebiliriz ki açıklamasını yaptığımız Kur’an’ın en uzun ayeti olan bu müdâyene ayeti hemen hemen borçlar hukukunun bütün borç doğurucu mali akit çeşitlerinin caiz olduğunu göstermektedir. Şöyle ki; vadeli-vadesiz, ayn-menfaat bütün nevileri ile satım akitleri, icare ve iş akitleri, karz, ariyet, emanet gibi bütün vadeli akitler, velayet ilişkisi içinde vekâlet akdi dolayısıyla bütün nevileri ile akit şirketleri bu ayetin kapsamına dâhildir. Bu da gösteriyor ki Kur’an en geniş anlamıyla insana akit yapma hürriyet vermiştir.³⁶⁷

İnsanlık tarihi boyunca var olan akit çeşitlerini Kur’an bize değişik şekillerde haber vermektedir. Ticaret kadar yaygın olan diğer bir akit türü de ticaret veya iş ortaklığıdır. Zira insanlar, yaptıkları işin mahiyeti ve kapasitesi gereği her zaman kendi işlerini tek başına yapma gücüne sahip değillerdir. Böyle durumlarda diğer insanlarla ortaklık yapmak zorunda kalmaktadırlar.

³⁶⁴ Mecelle, md, 105.

³⁶⁵ Cengiz Kallek, “Ticaret”, *DİA*, XXXI, 134-144.

³⁶⁶ Bardakoğlu, “Bey’” *DİA*, VI- 13-19.

³⁶⁷ Bu ayetin borçlar hukuku açısından ayrıntılı değerlendirmesi için ayrıca bkz; Abdullah Kahraman, “Müdâyene Ayetinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirmesi” *CÜİFD*, Sivas - 2000, sayı, 4, 193-224.

İnsan fitratı/doğası gereği hayatın yükünü hep ya doğal ya da anlaşmalı ortakları ile yüklenmiştir.³⁶⁸ Diğer taraftan ortaklık, bir yönüyle istihdam ve üretimin ve bir yönüyle de dayanışma, refah ve huzurun kaynağıdır.³⁶⁹

İnsanlar doğaları gereği bütün işlerini her zaman kendi başlarına yapma gücüne sahip değildirler, birbirlerine daima muhtaçtırlar. Aslında insan hayatının bir ortaklıktan ve ortaklaşa iş yapmaktan ibaret olduğu ve kişilerin farkında olarak veya olmayarak diğer insanlara bir şekilde hizmet ettiği söylenebilir.³⁷⁰ Nitekim bir Ayet-i Kerime bu gerçeği şöyle ifade etmektedir; “...*Dünya hayatında onların geçimliklerini aralarında biz paylaştırdık. Birbirlerine iş gördürmeleri için kimini ötekine derecelerle üstün kıldık...*”³⁷¹

İnsanın yaratılış gayesi olan yeryüzündeki halifelik görevi için gerekli olan değişik roller için bu farklılığın fitri olduğunu görmekteyiz. Böylece insanlar sahip oldukları farklı yetenek ve niteliklerle iş ve rızık oranı açısından birbirlerine göre farklı durumda olmalarıyla herbiri yeryüzünde yaratılış gayeleri olan halifelik görevine hizmet etmekle birlikte zorunlu olarak birçok akit türünü de meydana getirmiş olmaktadır.³⁷²

Konumuz açısından baktığımızda ise bu farklılığın illeti “birbirlerine iş gördürmeleri/ muhtaç olmaları” şeklinde belirtilmektedir. Hayat çarkı dönünce zorunlu olarak bazı insanlar bazılarına iş gördürür. İş gördürme eylemi, ya doğal iş paylaşımı şeklinde olur ya da anlaşmalı şekilde olur. Anlaşmalı iş paylaşımı ise ya ortaklık usulü ile ya da iş akdi/kira yöntemi ile olur. Her halükarda kuşkusuz bütün insanların bir kısmı diğer bir kısmına iş görür, hizmet eder ve bu sayede borç doğurucu birçok akit türü meydana gelmiş olur ki bu da en geniş manada akit hürriyetinin var olduğunu ve zorunluluğunu göstermektedir.

Bu bağlamda insanların mülk ve akit ortaklığı yaptıklarına dair Kur'an'da geçmiş ümmetlerden bazı örneklerin aktarıldığını görmekteyiz. Mesela Hz. Davud (as)

³⁶⁸ Allah'ın, ilk insan Hz. Adem'i yaratınca onunla kaynaşması, beraber olması ve hayatı paylaşması için hayat ortağı olacak olan eşi Hz. Havva'yı ve onlardan da insan soyunu yaratmasında aslında insanın daima birbirine olan muhtaçlığını görmekteyiz. Nisa 4/1; Araf 7/189; Rum 30/21; Fatı 35/11; Zümer 39/6; Hucurat 49/13; Nebe' 78/8.

³⁶⁹ *Hadislerle İslam*, V, 133.

³⁷⁰ *Hadislerle İslam*, V, 134.

³⁷¹ Zuhuf 43/32. نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَئِشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُلْخًا

³⁷² Seyyid Kutub, *Fi-Zilal'il-Kur'an*, Zuhuf 43/32. Ayetin tefsiri.

kıssasında iki kardeşin mülk ortaklığından bahsedilir.³⁷³ Diğer bir ayette ise miras taksimindeki paylar anlatılırken “...eğer (anne bir)kardeşler birden fazla iseler üçte bire ortaklırlar”³⁷⁴ hükmü ile mülk ortaklığının cevazı ifade edilmektedir.

Öteden beri insanların en çok ve en yaygın bir şekilde yaptığı akit çeşitlerinden biri de şüphesiz belirli bir mal veya hizmetten bir bedel karşılığında istifade etmek diğer bir ifade ile belli bir menfaati belli bir bedel karşılığında temlik etmek anlamına gelen icare/kira ve emek/iş akdidir.³⁷⁵ Bu, menkul veya gayrimenkul mal kiralama şeklinde olduğu gibi ücretle iş görme veya işçi istihdamı şeklinde de uygulanmıştır.

Kur'an'da bu uygulamaya işaret eden bazı ayetler vardır. “Birbirlerine iş gördürmeleri için kimini ötekine derecelerle üstün kıldık...”³⁷⁶ ayeti ortaklığa işaret etmekle birlikte daha çok iş akdi ile alakalıdır. Hz.Yusuf (as)’un kıssası anlatılırken Mısır Kralı’nın onu, özel danışmanı olarak ülkenin yönetiminde istihdam ettiğinden bahsedilir.³⁷⁷ Hz. Musa (as)’nın Hz. Şuayb (as)’ın yanında belli bir süre ücret karşılığında çobanlık yapmak üzere anlaşma yaptıkları anlatılır.³⁷⁸ Hz. Musa (as)’ın Firavun ile mücadelesi anlatılırken sihirbazların verilen işi başarı ile bitirmeleri yani Hz. Musa’ya galip gelmeleri durumunda ücret istemeleri,³⁷⁹ yine Hz. Musa’nın (Hızır) ile yaptığı yolculuk sırasında karşılaştıkları yıkık duvarı (Hızır’ın) tamir etmesi karşılığında Musa (as)’ın “... dileseydin bu işe karşılık elbette bir ücret alırdın.”³⁸⁰ sözü de ücret karşılığında iş yapmanın yani iş akdinin tarih boyunca uygulandığının delillerindendir.

Bu örneklerden sonra şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, zamana ve hukuk sistemlerine göre farklılık arz etse de tarih boyunca tüm neveleri ile satış, emek ve sermaye ortaklığı, eşyadan ve insanın emeğinden istifade etmek olan iş/kira akitleri ve diğer akit türleri hep var olmuştur. Bu da demektir ki tarih boyunca akit hürriyeti, kabul edilen temel bir ilkedir.

³⁷³ Sâd 38/23-24.

³⁷⁴ Nisa 4/12.

³⁷⁵ Mecelle, md, 405.

³⁷⁶ Zuhurf 43/32.

³⁷⁷ Yusuf 12/54-57.

³⁷⁸ Kasas 28/23-29.

³⁷⁹ A’raf 7/113; Şuara 26/41.

³⁸⁰ Kehf 18/77.

Buraya kadar verdiğimiz örnek ayetler tarih boyunca hep var olan ve halen de uygulanan akitlerin meşruluğunu ve sınırlarını göstermeye yönelik nitelikteydi. Böylece akit yapma hakkının ve hürriyetinin insan için hep var olduğunu ifade etmiş olduk. Şimdi ise hemen hemen bütün akit çeşitlerine şamil olacak nitelikte kapsayıcı olan ve akitlerin sınırlarını belirleyici yani akitlere yön veren genel kural mahiyetindeki ayetleri zikredeceğiz.

Kur'an'da ahde vefa emredilirken çok defa borç doğurucu ticari tasarruflar da dahil bütün akit ve sözleşmelere bağlılığı da kapsayacak şekilde genel bir anlatım tarzı benimsenmiştir.³⁸¹ Ayrıca mutlak olarak bütün akitlere riayet edilmesi istenmiştir.³⁸² İnsanın irade ve rızasını yok eden her türlü ikrah ve eylem yasaklanmıştır. Bu sebeple alım-satımdaki ölçü ve tartıda hile yapanlar şiddetle kınanmış, her türlü söz ve davranışlarda olduğu gibi ticaretle de aldatma, haksızlık, yalan ve insanların mallarını haksızlıkla ellerinden alan kumar, gasp, hırsızlık, rüşvet ve faiz gibi zararlı ve bir tarafın sömürülmesine yol açan davranışlar yasaklanmıştır.³⁸³ Böylece alış-veriş ve diğer bütün akitlerin dînî-hukûkî ve ahlâkî temelleri ve sınırları ortaya konulmuştur.³⁸⁴

Yapılan sözleşmeyi bozmanın bir günahkarlık alameti olduğu³⁸⁵ ve Allah nezdinde canlıların en şerlisi olan inkârcıların özelliklerinden biri olduğu ifade edilmektedir.³⁸⁶ Her ne kadar her iki ayetin nüzul bağlamı inkârcıların Allah'a verdikleri sözleri ve Rasûlullah ile yapılan siyasî-askerî antlaşmaları bozmaları olsa da hüküm her zaman ve her olay için geçerli olacak nitelikte geneldir.

Dini-hukuki ve sosyal sorumlulukları anlatan bir ayette; *“Verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü verilen söz, sorumluluk gerektirir.”*³⁸⁷ buyurulmaktadır. Yine asıl değerli olan şeyin şekli birtakım davranışlar değil, iman ve salih amel olduğunu anlatan bir ayette *“verilen sözün yerine getirilmesi”* de zikredilmektedir.³⁸⁸ Yapılan her akit,

³⁸¹ Verilen sözlere riayet edilmesi ile ilgili ayetler için bkz; Bakara 2/27, 40, 100, 177; Al-i İmran 3/76, 77; En'am 6/152; Araf 7/102; Enfal 8/56; Tevbe 9/4, 7, 12; Ra'd 13/20, 25; Nahl 16/91, 95; İsrâ 17/34; Müminün 23/8; Ahzab 33/15, 23; Fetih 48/10; Mearic 70/32.

³⁸² Maide 5/1.

³⁸³ Bakara 2/188, 219, 275-279; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/29; Maide, 5/33, 38, 90-91; A'raf 7/85; Hud 11/84-85; İsrâ 17/35; Şuara 26/181-183; Rum 30/39; Rahman 55/8-9; Mümtehine 60/12; Muataffifin 83/1-3.

³⁸⁴ Bardakoğlu, “Bey” *DİA*, VI, 13-19.

³⁸⁵ Bakara 2/100.

³⁸⁶ Enfal 8/56.

³⁸⁷ İsrâ 17/34. *...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا*.

³⁸⁸ Bakara 2/177.

aynı zamanda verilen bir sözdür. Zaten akit ve ahit kelimeleri eşanlamlı olmakla birlikte akit kelimesi daha çok misak gibi kuvvetlendirilmiş ve ilgili kişiyi bağlayıcı hale gelmiş ahit/söz demektir.³⁸⁹

Ayrıca bir çok ayette kamil/ideal bir mümin olmanın ilkeleri arasında gerek Allah'a gerekse insanların birbirlerine verdikleri sözleri yerine getirmeleri ve böylece Allah'ın mükafatına nail olacakları, ahde uymamanın inkarcıların ve fasıkların özellikleri olup cezayı mûcib olduğu ve ahde vefanın Allah'ın, peygamberlerin ve müminlerin özelliklerinden olduğu da anlatılmaktadır.³⁹⁰ Bu ayetler gereğince de yapılan akitler ve verilen sözler, sahibi olan kişileri hem dinen hem de hukuken bağlayıcıdır. Çünkü hukuki, iktisadi ve sosyal istikrar ancak bu şekilde sağlanabilir. Aksi halde insanlar yaptıkları akitlerin gereğini yerine getirmez ve verdikleri sözleri tutmazlarsa taraflar zarar görür, toplumda insanların birbirlerine güvenleri kalmaz ve sosyal hayatın devamı için olması gereken muameleleri gerçekleştiremezler.³⁹¹ Zira akitlerde asıl olan zarar vermemek ve zarara uğramamaktır. Bunu ihlal eden şeyler hürriyet kavramı düşüncesi ile bağdaşmaz.

Bu ayetler, hem dini sorumluluk alanı olan Allah'a verilen sözleri hem de insanlar arası ilişkiler bağlamında verilen sözleri ve hukuki çerçevede yapılan isimli-isimsiz bütün akitleri kapsar.³⁹² Bu şekilde akitlerin sonuçlarına bağlı kalma iradesi, insanlara güven duygusu vererek her zaman için onlarda hür iradeleri ile akit yapma düşüncesini ve rahatlığını geliştirmiş olur. Zira insan, güven duygusunun kalmadığı kargaşa ortamlarında hür iradesi ile istediği akdi yapma imkânını bulamaz. Diğer taraftan iradesine hâkim olan ve sınır koyabilen insan, hür iradeye sahiptir ve bu güç sayesinde istediği akdi yapabilir.³⁹³ Şunu ifade edebiliriz ki örneklerini verdiğimiz ahde/akde bağlılığı emreden bu ayetler akit hürriyetinin zihni temellerini oluşturmaktadır.

Tezimizin ana teması olan borçlar hukukundaki akit hürriyeti ile ilgili temel ilkeler konusunda hükme medar olacak ayetler ise şunlardır.

³⁸⁹ Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, III, 1546, I-X, Eser Neşriyat, İstanbul 1979.

³⁹⁰ -Ahde vefa ile ilgili ayetler için bkz; Bakara 2/27, 40, 80, 100,177; Al-i İmran 3/76, 77; En'am 6/152; Araf 7/102; Enfal 8/56; Tevbe 9/4, 7, 12, 111; Ra'd 13/20, 25; Nahl 16/91,95; İsra 17/34; Müminün 23/8; Ahzab 33/15,23; Fetih 48/10; Necm 53/37; Mearic 70/32.

³⁹¹ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhiyy'ül-Am*, I, 541.

³⁹² Yazır, III, 1547.

³⁹³ Zerka, *el- Medhal'ül- Fıkhiyy'ül-Am*, I, 541.

Yapılmış olan akitlere bağlılıkla ilgili olarak Kur'an-ı Kerim'de; “*Ey iman edenler! akitleri yerine getiriniz.*”³⁹⁴ ayeti genel olarak “akitler” ifadesini kullanarak her dönem için insanların bildiği ve isimli-isimsiz bütün akit çeşitlerini kapsayacak şekilde, yapılan akitlere bağlı kalınması gerektiğini açık bir ifade ile emretmiştir. Buradaki akitlerden maksat insanların birbirleri ile yaptıkları her türlü sözleşmedir.³⁹⁵

Ayetin müminleri muhatap alarak “Ey iman edenler!” diye söze başlaması ve genel olarak akitlerin yerine getirilmesini emir sığası ile kesin bir tarzda istemesi ile sanki akitlere riayet, imanın bir gereği olarak görülmektedir.

Diğer taraftan ise Müslümanların akit yapmadan önce iyi düşünüp-danışıp hür iradeleri ile doğru karar vermeleri ve arkasından da hangi şartlarda olursa olsun yapmış oldukları akitlere uymalarının istenmesi insan iradesine verilen önemin bir göstergesidir.

İslam hukukunun bir kaidesine göre cemi/çoğul manası ifade eden iki tabir birleştiği zaman bu tabirleri telaffuz eden kimse mutabakat arzusunu hedeflemiş demektir. Bu mutabakat bu iki tabirin ihtiva ettiği bütün unsur ve şartlara şamildir. Bu kaideye göre ayette geçen “evfu/ ifâ ediniz” emir fiili çoğul sığasında ve “bi'l-ukud/akitleri” ifadesi de çoğul kalıbında olduğu için bu talimat, fertlerin akitleri teşkil eden bütün şart ve hükümlere riayet ve sadakat göstermeleri hususunu ihtiva etmektedir.³⁹⁶

Yapılan hertürlü sözleşmenin bağlayıcılığı, çağdaş hukukun da ilkelerinden biridir. Asırlarca önce Kur'an-ı Kerîm, tarafların dinî ve etnik aidiyetlerine bakmaksızın sözleşmelere riayet etmelerini müminlere emrederek bu ilkeyi tayin ve teyit etmiştir. Bu Ayet-i Kerîme'de Allah'ın emir ve yasaklarına, O'na verilen sözlere, kulların kendi aralarında yaptıkları akitlere riayet etmek dinin ana kuralları arasında gösterilmiştir. Bu sebeple İslam, gerek fertler arasında gerekse fert ile devlet veya devletler yahut toplumlar arasında yapılmış olan akitlerde tarafların kimliğine veya akitlerin türüne bakmaksızın meşru ve sahih olan her türlü akdin mutlaka yerine getirilmesini ister.³⁹⁷

³⁹⁴ Maide 5/1. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...

³⁹⁵ İbn Arabî, *Ahkam 'ul Kur'an*, II, 5-12.

³⁹⁶ Sava Paşa, I, 191-192.

³⁹⁷ *Kur'an Yolu*, II, 161.

Kur'an'ın bu emrini kendisine ilke edinen her bir Müslüman sorumluluk bilinci ile hareket edip yapmış olduğu akitlere riayet eder.

Yapılan akitlere riayeti mecbur kılan İslam hukuku, akit yapıp yapmamakta insanların hür irade ile hareket etmelerini asıl kabul edip karşılıklı rıza ile oluşan akit ve diğer hukuki muameleleri meşru saymış, rızasız yapılan akit ve diğer hukuki muameleleri ise –istisnaları hariç- gayrı meşru kabul etmiştir.

Akit hürriyetinin ve akitlerde rızanın asıl olduğunu ifade eden, bu huhusta hükme medar olan bir diğer ayet de şudur. *“Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl yollarla yemeyin ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.”*³⁹⁸ Bu ayette; meşru kazanç yollarından biri olan ve en geniş manasıyla "karşılıklı rızaya dayanan ve konusu maddî değerler olan hukukî işlem" anlamında ki ticaretten söz edilmektedir. Kur'an'ın diğer birçok ayetinde ise servetin ve menfaatin intikalinde rol oynayan miras, vasiyet, hibe, karz, sadaka, mehir, kira ve ariyet, gibi meşru istifade yollarından söz edilmektedir. Gerek bu ayette zikredilen “rızaya dayalı ticaret” ve gerekse diğer ayetlerde geçen bu meşru istifade yollarının dışında kalan, bunlara ters düşen ve bundan dolayı haksız (bâtıl) diye nitelenen yol ve şekillerle insanların mallarını ellerinden almak ve bunlardan yararlanmak yasaklanmıştır. Hırsızlık, gasp, rüşvet, faizcilik ve tefecilik, fahiş fiyat, aldatma bu bâtıl yolların ve şekillerin önde gelenleri ve yaygın olanlarıdır.³⁹⁹

Bu ayet, insanların ihtiyaçlarını gidermek için başvurdukları en önemli araçlardan biri olan bedelli mal ve hizmet değişimi demek olan ticarete yani borç münasebetlerinde karşılıklı rızayı esas almış, rızasız yapılan işlemleri batıl sayarak haram kılmıştır.⁴⁰⁰ Böyle bir hüküm de İslam hukuku açısından bağlayıcıdır. Ayrıca bu ayet, akdin kuruluşunda şekil şartlarının pek önemi olmadığını ve akdi kuran tarafların mücerret rızası ile akdin kurulabilme imkânının var olduğunu da göstermektedir. Bu ise hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir.⁴⁰¹

³⁹⁸ Nisa 4/29. ... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ

³⁹⁹ Kişinin Rızasının bulunmadığı; gasp, hırsızlık, aldatma vb. haramlığı için bkz; Bakara 2/275-279; Al-i İmran 3/130; Maide, 5/33, 38; A'raf 7/85; Hud 11/84-85; İsra 17/35; Şuara 26/181-183; Rahman 55/8-9; Mümtahine 60/12; Muataffifin 83/1-3; Buhari, Hudud, 7-8, Bed'ul halk, 2, Mezalim, 13; Müslim, Hudud, 1684-1689; Tirmizi, Huhud, 1445-1450.

⁴⁰⁰ İbn Arabi, *Ahkam 'ul Kur'an*, I, 520-525.

⁴⁰¹ Bardakoğlu, 10.

Bu açıklamadan da anlıyoruz ki, bir kimsenin malı başkasına ancak meşru yollarla helal olur. Bu meşru yollardan biri ve en yaygın olanı da Allah'ın ibaha-i asliye ile helal kıldığı mal ve emeğin bir bedel ile değişimi olan ticarettir.⁴⁰² Ticaretin de meşru olabilmesi için doğal şartları içerisinde yapılması gerekir. Yani tarafların hür iradesini/rızasını yok eden her hangi bir unsurun bulunmaması ve taraflardan birine haksız kazanç sağlar mahiyette olmaması gerekir. Bu sebeple rüşvet, faiz, piyango ve diğer şans oyunlarında her ne kadar şeklî rıza var ise de bunlarda haddizatında taraflardan birine haksız kazanç olduğu için bu gibi muameleler de yasaktır.

Bu ayet İslam borçlar hukukundaki akit hürriyeti ile ilgili temel ilkeler konusunda hükme medar bir ayettir. Buna göre, ayet İslam borçlar hukukunda akit hürriyetinin kapsamını, akdin tabiatı gereği olan şartlar dışında, isim ve şekil şartları aranmaksızın, hukukun temel ilkelerine aykırı (batıl ve diğer hükümsüzlükleri gerektirecek bir durum) olmamak kaydıyla, tarafların karşılıklı iradeleriyle istedikleri muhteva ve şartlarda borç ilişkileri, hukuki işlemler yapabilecekleri şeklinde formüle etme imkanı vermektedir. Ayetteki “batıl- batıl ile değil” kaydı, işlemin hukuk düzeninin sınırları içerisinde olması gerektiği konusunda akit yapma özgürlüğünün genel çerçevesini çizmektedir. “karşılıklı rıza ile yapılan ticaret” kaydı ise yine aynı şekilde hukuk düzeni içerisinde olmak kaydı ile insanların teşebbüs hürriyetine sınır getirilmemesi konusunda önemli mesajlar vermektedir. Bu kapsamda isimli akitlerin yanında isimsiz akitlerin de hukuk düzeni içerisinde olmak kaydıyla meşru olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre karma ve bileşik akitler gibi akitler konusunda da akit yapma özgürlüğü kapsamında hukuk düzeninin sınırları içerisinde olmak kaydıyla gereksiz şekil şartlarına bağlı kalmaksızın meşruiyet tanınmaktadır. Görülüyor ki diğer birçok ayette de vurgulandığı gibi bu ayette de hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla insanların teşebbüs hürriyetlerine sınır getirilmemesi öngörülürken aynı zamanda insan iradesine verilen önem de farklı bir vesileyle vurgulanmaktadır.”⁴⁰³

Akitlerde rızayı/hür iradeyi esas alan diğer bir ayette ise; “*Mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken, insanların mallarından bir kısmını*

⁴⁰² Bakara 2/275.

⁴⁰³ Beşir Gözübenli, “Temel Dini Kavramların Başka Dillere Aktarılması Problemi ve Mealler adlı tebliğ.” Kur'an Mealleri Sempozyumu. I, 79-92, I-II, DİB Yayınları, Ankara 2007.

haram yollardan yemeniz için o malları hakimlere (idarecilere veya mahkeme hakimlerine) vermeyin."⁴⁰⁴ buyurulmaktadır.

Ayette İslamiyet'in temel bir ilkesi ortaya konmaktadır. Buna göre -aksini mümkün kılan özel bir hüküm bulunmadıkça- hiçbir kimse veya kurum, başka hiçbir kimsenin malını, onun rızâsı olmadan veya tam ve gerçek karşılığını vermeden alamaz, yiyemez; hâkimin kararı da bu hükmü değiştiremez, haramı helâl yapamaz. Bu genel bir hüküm olup aslında bu hükmün kapsamına giren rüşvet yasağı, önemi ve yaygınlık kazanmaya elverişli olması sebebiyle bu ayette açıkça özellikle zikredilmiştir.⁴⁰⁵

Ayetten, *"Gerçekte size ait olmayan bir malı elde etmek için haksız olduğunuzu bile bile onun kendi malınız olduğunu iddia etmeyiniz, bu şekilde haksız kazanma yollarına tevessül etmeyiniz, bunu dava konusu yapmayınız"* anlamı da çıkmaktadır. Buna göre bir mal başka birinin hakkı olduğu halde bir kimsenin bunu bile bile kalkıp onun kendi malı olduğunu iddia etmesi, meseleyi mahkemeye taşıması, haksız olduğunu bildiği halde haklı çıkmak için hâkim önünde dil dökmesi, avukat tutması, hele rüşvet vermesi kesinlikle haramdır.⁴⁰⁶

Allah, Yahudilerin cezalandırılma sebeplerinden bahsederken haksız kazanç olan faizi almalarını ve insanların mallarını batıl yollarla elde etmelerini de zikreder.⁴⁰⁷ Diğer bir pasajda ise Allah'ın nuru Kur'an'ı ve İslam'ı söndürmek isteyenlerin çabalarından bahsedilirken bazı Yahudi ve Hristiyan din adamlarının, hak dini tahrif ederek ürettikleri batıl din ile insanların mallarını ellerinden haksız yollarla aldıklarından bahsedilir.⁴⁰⁸ Gerek işaret ettiğimiz bu ayetlerdeki "batıl" kelimesi ile ifade edilen gerekse diğer ayetlerde farklı kelimelerle ifade edilen ve aynı hükmü doğuran tasarrufların İslam hukuku nazarında bir değeri yoktur.

Kur'an'da batıl kelimesi ile hemen hemen aynı manaya gelen bazı farklı kelimelerle yine bu gayri meşru, haksız kazanç yollarından ve davranışlardan bahsedilir ve bunlar yasaklanır. Bu kavramlardan bir tanesi "zulüm" kavramıdır.⁴⁰⁹ Bu cümleden

⁴⁰⁴ Bakara 2/188. ... وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...

⁴⁰⁵ İbn Arabi, *Ahkam 'ul Kur'an*, I, 137-139.

⁴⁰⁶ *Kur'an Yolu*, I, 189.

⁴⁰⁷ Nisa 4/160-161.

⁴⁰⁸ Tevbe 9/34.

⁴⁰⁹ Zulüm kavramının Kur'an'daki kullanımları için bkz; *Mu'cem 'ül- Müfrehes*, "zlm", 533-539.

olmak üzere, *"Yetimlerin mallarını zulmederek yemekten"*⁴¹⁰ bahseden ayetteki "zulüm" kelimesi ve faizin haram olduğunu bildiren ayetlerin sonunda *"...Eğer tevbe edip vazgeçerseniz, sermayeniz sizindir; ne zulmetmiş olur ne de zulme uğramış olursunuz."*⁴¹¹ cümlesindeki "zulüm" kelimesi ile yukarıda zikrettiğimiz ayetlerde geçen "batıl" kelimesi aynı şeyi ifade etmektedirler. Her ikisine de "gayri meşru, haksız yere ve hukuk dışı" şeklinde karşılık vermek mümkündür.

Batıl kazanç yollarına baktığımızda hepsinde de kişinin sermayesinin, alın terinin/emeğinin ve rızasının olmadığını görmekteyiz. Bunun içindir ki karşılığında hiçbir sermaye, emek ve gerçek rıza olmayan faiz yasağı bildirilirken, faizden vazgeçmek imanın bir göstergesi ve müminin kurtuluş reçetesi olarak ifade edilmektedir.⁴¹² İslam'ın haram kıldığı bu yollarla yapılan akitler geçersiz olduğu gibi bu yollarla elde edilen mallar da o kişinin mülkiyetine geçmez.

Az önce de ifade ettiğimiz gibi batıl kazanç sebeplerinden biri de kişinin o tasarrufa rızasının olmamasıdır. Bunun içindir ki rızasız alışveriş batıl olduğu gibi⁴¹³ diğer bir akit türü olan iş akdinde de işçinin emeği sömürülerek ve onun hak ettiği adil ücreti verilmeyerek elde edilen kazanç da taraflardan birinin gönül rızası olmadığı için batıldır.⁴¹⁴

Bizim tez konumuz ile doğrudan alakalı olmamakla birlikte İslam hukukunun bütün akit türlerinde rızayı esas aldığını göstermesi açısından aile hukuku bağlamında erkeklerin, eşlerine verecekleri mehirle ilgili hükümleri açıklayan ayette de yine rızaya vurgu yapılmaktadır.⁴¹⁵ Konumuz olan borçlar hukukundaki akit hürriyeti ve akitlerde rızaîlik ilkesi açısından ayetin ikinci cümlesinde; mehri hak eden kadının, bu hakkını eşine kendi rızası ile hibe etmesi durumunda bunun helal olduğunun bildirilmesidir. Diğer bir ifade ile kadının hakkı olan mehrin, erkeğe helal olabilmesi için mutlaka hür irade ve gönül rızası ile verilmiş olması gerekir.⁴¹⁶

İslam borçlar hukukundaki akit hürriyeti ile ilgili temel ilkeleri ortaya koyan ayetlerin ışığında akitlerin kuruluşunda tarafların hür iradelerini esas alan İslam hukuku,

⁴¹⁰ Nisa 4/10.

⁴¹¹ Bakara 2/275-279.

⁴¹² Bakara 2/275-279; Al-i İmran 3/130.

⁴¹³ Nisa 4/29.

⁴¹⁴ Nahl 16/71.

⁴¹⁵ Nisa 4/4.

⁴¹⁶ İbn Arabî, *Ahkam 'ul Kur'an*, I, 415; *Kur'an Yolu*, II, 11.

tarafından birinin rızasının bulunmadığı akitleri batıl kabul ederek geçersiz saymış⁴¹⁷ ve yine insanın iradesinin baskı altına alındığı veya tamamen yok sayıldığı bir takım tasarrufları yasaklamıştır.⁴¹⁸ Hatta akitlerin kuruluşu için aranan tarafların ehliyeti ve rızayı bozan sebeplerin olmaması şartları da netice itibari ile hukuken muteber bir rızanın gerçekleşmesi için alınmış bir tedbirdir.⁴¹⁹ Fakat bununla birlikte amme menfaatinin, adalet ve hakkaniyet prensiplerinin gerektirdiği istisnai durumlarda ise cebri akitleşmeyi de kabul etmiştir.⁴²⁰

Konumuz olan akit hürriyeti prensibini daha net bir şekilde görebilmek için buraya kadar ayrıntılı bir şekilde verdiğimiz ayetlerden çıkardığımız hükümleri maddeler halinde zikredeceğiz.

- 1- Her türlü eyleminde mutlak hür olan, mülkün sahibi olan Allah'tır. İnsanların eylemleri ise O'nun koyduğu kurallarla mukayyettir. İnsanların eylemlerinin bağlı olduğu bu kuralları koyma yetkisi de esas itibari ile Allah'ındır.⁴²¹ Peygamberler bu kuralların mübelliğ ve mübeyyinleridir.⁴²²
- 2- Yaratılışında ilahi nefha taşıyan,⁴²³ diğer varlıklardan üstün kılınıp⁴²⁴ bütün her şey emrine amade kılınan⁴²⁵ insan yeryüzünde Allah'ın halifesidir.⁴²⁶
- 3- Bu donanım ve sorumluluklarla yaratılan insan için akitlerin konusu olan mala sahip olma yani "mülkiyet hakkı" en temel hak olarak kabul edilir.⁴²⁷ İnsanın mala muhtaç yaratılması da bunun zorunlu ve tabii bir hak olduğunu ifade etmektedir.

⁴¹⁷ Nisa 4/29.

⁴¹⁸ Bunların örnekleri için bkz; Bakara 2/275-279; Al-i İmran 3/130; Maide, 5/33, 38; A'raf 7/85; Hud 11/84-85; İsra 17/35; Şuara 26/181-183; Rahman 55/8-9; Mümtehine 60/12; Muataffifin 83/1-3; Buhari, Hudud, 7-8, Bedul halk, 2, Mezalim, 13; Müslim, Hudud, 1684-1689; Tirmizi, Huhud, 1445-1450.

⁴¹⁹ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 57-76.

⁴²⁰ Bardakoğlu, 10.

⁴²¹ Bakara 2/ 275; Ahzab 33/50; Enam 6/151; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz; Zeydan, *Usulü'l Fıkıh*, 55; Hallaf, 96; Hudari, 24; Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 42-47.

⁴²² Araf 7/157; Al-i İmran 3/50; Tevbe 9/29.

⁴²³ Hicr 15/28-31; Secde 32/9; Sad 38/72.

⁴²⁴ İsra 17/70; Müminün 40/64; Tegabün 64/3; Tin 95/4.

⁴²⁵ Bakara 2/29; İbrahim 14/32-34; Nahl 14/10-18; Hac 22/36-37,65; Lokman 31/20; Zuhuf 43/10-14; Casiye 45/12-13.

⁴²⁶ Bakara 2/30; En'am 6/165; Yunus 10/14, 73; Araf 7/74; Nur 24/55; Neml 27/62; Fatır 35/39; Sad 38/26.

⁴²⁷ Bakara 2/29; A'raf 7/10; Hicr 15/20-21; İsra 17/ 66,70; Ta ha 20/53-54; Furkan 25/45-50; Lokman 31/20; Yasin 36/71-73; Casiye 45/13; Hac 22/65; Mülk 67/15; Nuh 71/19-20; Nisa 4/32; Enam 6/132, 165; Nahl 16/71; İsar 17/21; Zuhuf 43/32; Ahkaf 46/19.

- 4- İnsan bu tabii hakkını kullanırken bu hakkının konusu olan mal da “eşyada asıl olan ibahadır.” ilkesine müstenittir. Diğer bir ifade ile böyle bir hak, doğal olarak eşyanın mübah olmasını gerekli kılıyor.⁴²⁸
- 5- Malın asgari düzeyde kazanılmasını/isti'malini, tüketilmesini/istihlakini ve korunmasını farz kılarak bir hak olmaktan da öte bir yükümlülük/vecibe kabul ediyor.⁴²⁹
- 6- Daha ileri seviyelerde ise malın adil bir şekilde kazanılmasını, tüketilmesini ve korunmasını teşvik ederek bu hakkın kullanılmasını ve böylece insanın sosyal hayatında düzenli bir devamlılığın olmasını arzu ediyor.⁴³⁰
- 7- İnsanın maddi ve manevi olarak farklı derecelerde yaratıldığını ifade ederek bu farklılığın gerekli kıldığı sosyal iletişimin zorunlu olduğunu kabul ediyor. Bu zorunlu/doğal ilke gereği de insanların birbirlerine ücretli veya ücretsiz iş yapmalarını/yaptırmalarını yani borçlar hukuku alanına giren tüm akitlerin varlığının kabul edildiğini görüyoruz.⁴³¹
- 8- Varlığı kabul edilen bütün akitlere riayet edilmesi yani akitlerin gereğinin yerine getirilmesi gerektiğikesin bir dille ve emir siğası ile ifade ediliyor. Ayrıca ister mali konularla ilgili olsun ister olmasın Allah'a ve insanlara verilen bütün sözlerin tutulması ve yapılan antlaşmaların yerine getirilmesi gerektiği de açıklanıyor.⁴³²

⁴²⁸ Bakara 2/29, 168,172-173; Al- i İmran 3/93; Mide 5/1-5,87-88, 94-96; En'am 6/140-145, 150-151; Araf 7/32-33,157; İsra 17/70; Hac 22/65; Lokman 31/20; Casiye 45/13.

⁴²⁹ Burada kişinin kendine ve diğer insanlara karşı mali yükümlülüklerini ifade eden ayetleri zikredebiliriz. İntihar etmenin haram oluşu; Al-i İmran 3/145; Nisa 4/29; Maide 5/32; En'am 6/151; İsra 17/33. Zaruret halinde haram gıdaların helal kılması; Bakara 2/173; Maide 5/3; En'am 6/119, 145; Nahl 16/115. Eş ve çocukların nafakası; Bakara 2/233; Nisa 4/ 5. Örtünmenin fitriliği ve farz oluşu; Araf 7/22, 26-27; Nur 24/30, 31; Ahzab 33/ 59.

⁴³⁰ Yiyip içmeyi ve giyinmeyi emreden ayetlerdeki emrin, konulan sınırlara riayetin vücub, bunun dışındaki istifadenin ibahaya delaleti. Bakara 2/57-60, 168, 172; Maide 5/4-5; En'am 6/118-119,141-145; Araf 7/31-33,160-161; Enfal 8/69; Nahl 16/114-116; Taha 20/53-54,81; Hac 22/28, 36; Müminun 23/51; Sebe' 34/15; Mülk 67/15. Kişinin kendisi dışındakilere yapması tavsiye edilen tasadduk, infak ve ihsan kavramlarının çağrıştırdığı manalar için bkz. Bakara 2/83; Nisa 4/36; Enam 6/151; Nahl 16/90; İsra 17/23; Ankebut 29/8; Ahkaf 46/15; Bakara 2/233;Nisa 4/34;Talak 65/6-7.

⁴³¹ Nisa 4/32, 34; En'am 6/165; Nahl 16/71; İsra 17/21, 70; Zuhurf 43/32; Casiye 45/16.

⁴³² Bakara 2/40, 80, 100,177; Al-i İmran 3/76, 77; Maide 5/1; En'am 6/152; Araf 7/102; Enfal 8/56; Tevbe 9/4, 7, 12, 111; Ra'd 13/20, 25; Nahl 16/91, 95; İsra 17/34; Hac 22/29; Müminün 23/8; Ahzab 33/15, 23; Fetih 48/10; Necm 53/37; Mearic 70/32.

- 9- Bütün akitlerde asıl olan tarafların hür iradeleri ve gönül rızalarıdır. Gönül rızasının olmadığı ikrah, icbar, aldatma vb. yollarla yapılan akitler batıl veya fasit olarak geçersizdir.⁴³³
- 10- Gönül rızası olsa bile taraflardaki ehliyet arızaları sebebiyle taraflardan birinin menfaatini ihlal eden akitler de batıl, fasit veya mevkuf olarak geçersizdirler veya sakat olarak doğarlar.⁴³⁴
- 11- Yine gönül rızası olsa bile haram olan kumar, faiz ve rüşvet gibi eylemlerle taraflardan genelde zayıf olan tarafın daha fazla zarar görerek sömürülmesine yol açan işlemler ve akitler de sorunludur ve yasaktır.⁴³⁵
- 12- İş/hizmet akitlerinde, tarafların her ne kadar karşılıklı rızaları görünürde var olsa da işçinin emeğinin yani yaptığı işin karşılığının adil ve tam olarak ödenmemesi sebebiyle oluşacak olan haksız kazanç da dinen ve ahlaken doğru değildir.⁴³⁶ Şafii ve Hanefiler, akitlerde iç rızayı değil de dışa yansıyan irade beyanını esas kabul ettikleri için bu akitler onlara göre batıl veya fasit değildir. Ama emeğin karşılığı adil bir şekilde ödenmediği için de haksız bir kazanç olduğu açıktır. Akitlerde ifade edilen lafzı/irade beyanını değil de asıl iç rızayı esas alan Mezheplerin/müçtehitlerin görüşlerine göre ise bu tip akitler de batıldır.⁴³⁷

Buraya kadar zikrettiğimiz maddelerde İslam'ın iktisadi yapıya ve akitlere yön veren genel ilkelerini görmüş olduk. Bundan sonraki maddelerde ise Kur'an'da zikredilen akit çeşitlerini zikredeceğiz.

- 13- Kur'an, insanlığın ilk tarihinden beri var olan, borç doğurucu eylemler olan ticareti ve bir bedel karşılığında bir malı değiştirmek demek olan **bey'**/**alışveriş** akdini helal kabul ediyor. Kur'an'da ticaret ve bey' kavramları eş anlamda kullanılarak, insanların hür iradeleri ile karşılıklı rızaya dayalı borç doğurucu mali tasarruflarının tamamını ifade etmektedir. Burada bedelin/semenin veya malın peşin veya vadeli olması, bedelin

⁴³³ Bakara 2/188; Nisa 4/29; Kişinin Rızasının bulunmadığı; gasp, hırsızlık, aldatma vb. haramlığı için bkz; Bakara 2/275-279; Al-i İmran 3/130; Maide, 5/33, 38; A'raf 7/85; Hud 11/84-85; İsra 17/35; Şuara 26/181-183; Rahman 55/8-9; Mümtehdine 60/12; Muataffifin 83/1-3.

⁴³⁴ Bakara 2/282; Nisa 4/5, 43; En'am 6/152; İsra 17/34.

⁴³⁵ Bakara 2/188, 219, 275-279; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/161; Rum 30/39.

⁴³⁶ Nisa 4/32; Araf 7/85; Nahl 16/71, 97; İsra 17/26; Enbiya 21/94; Rum 30/38; Fatır 35/29-30; Zuhuruf 43/32; Zariyat 51/19; Necm 53/39-41; Talak 65/6 Me'aric 70/24-25.

⁴³⁷ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, III, 31.

semen veya ayn olması gibi durumlara göre mutlak bey‘, mukayaza/takas, vadeli satış, sarf, selem ve istisna akitlerinin tamamı bu hükme dahildir. Bey‘ akdinin bütün türlerinde alınan ve verilen şeylerin karşılıklı olarak intikali gerçekleşmiş olur.⁴³⁸

- 14- Menkul veya gayr-i menkul bir malın menfaatinden veya bir hayvan ya da insanın emeğinden/gücünden ücret mukabili faydalanmak demek olan **icare** akdi caiz görülmüştür. Bu, bir malın menfaatinden veya hayvanın gücünden istifade etmek şeklinde olursa kira akdi, insanın emeğinden istifade etmek şeklinde olursa iş akdi olur. Bu akitte ise taraflardan biri menfaate ve yapılan işe hak kazanırken diğeri ücrete hak kazanır.⁴³⁹
- 15- İnsanlar, kendi kendine yetemeyeceği için ayrıca farklı ekonomik düzeye ve ihtiyaca sahip olmaları sebebiyle her zaman bir birlerine muhtaç olmuşlar ve bir birlerinin mallarından ve emeklerinden bedelli veya bedelsiz değişik yollarla istifade cihetine gitmişlerdir. Bu yollardan biri de misli olup ancak tüketilmek suretiyle istifade edilen bir malın, geri verilmek üzere bir kimseye borç verilmesi olan ve Kur’an’ın teşvik edip insanların bu yolla bir birlerine yardımcı olmalarını istediği **karz** akdidir.⁴⁴⁰
- 16- Misli olmayan ve tüketilmek suretiyle değil de kullanılmak suretiyle bir malın menfaatinden ücretsiz istifade etmek olan **ariyet**akdi de Kur’an’a göre caizdir.⁴⁴¹Bu akit de bedelsiz olduğu için ariyet alan kişi ariyet konusu olan malın menfaatine hak kazanırken o mal elinde emanet hükmündedir ve sahibi istediğinde iade etmek mecbûriyetindedir.
- 17- Bir malın sadece menfaatini değil hem aynını hem de menfaatini ücretsiz vermek demek olan **bağış/hediye/hibe** akdi de hem insanların ihtiyaçlarını giderdiği hem de bedelsiz ve gönüllü verilen bir şey olduğu için Kur’an’ın teşvik ettiği bir uygulamadır.⁴⁴² Hibe akdinde lehine hibe olan kişi,

⁴³⁸ Bakara 2/198, 275, 282; Nisa 4/29; Tevbe 9/24; Fatır 35/29-30; Nur 24/37; Saf 61/10-13; Cuma 62/9-11.

⁴³⁹ Bakara 2/233; Araf 7/113; Yusuf 12/54-55; Kehf 18/77; Taha 20/40; Şuara 26/41; Kasas 28/12, 24-28; Yasin 36/21; Zuhruf 43/32; Talak 65/6.

⁴⁴⁰ Bakara 2/245, 280, 282; Maide 5/12; Hadid 57/11, 18; Teğabün 64/18; Müzzemmil 73/20.

⁴⁴¹ Karz akdinin delilleri ariyet akdi için de geçerlidir. Ayrıca bkz; Maide 5/2; Ma’un 107/7 .

⁴⁴² Tasadduk, infak ve ihsan kavramlarının geçtiği ayetleri hibe akdini içine alacak şekilde değerlendirmemiz mümkündür.

kendisine hibe edilen mala sahip olmuştur. Müçtehitlerin çoğunluğuna göre hibe veren kişi -istisnaları olmakla birlikte- hibesinden dönemez.

- 18- Tek taraflı irade beyanı ile olmaları hasebi ile akit olup olmadıkları tartışmalı olmakla birlikte şu hukuki tasarrufları da burada bu bağlamda zikredebiliriz. Bir şeyi birisinin lehine **teahhüt veya va'd**,⁴⁴³ bir malı veya menfaatini **vakıf**⁴⁴⁴ ve **vasiyet**,⁴⁴⁵ alacağın borçluya bedelsiz temlik olan **ibra**,⁴⁴⁶ bir şeyi bedelsiz olarak yemek ve almak üzere başkasına izin vermek olan **ibaha**⁴⁴⁷ ve görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu kabul etmesi olan **ikrar** ile ibadet maksatlı olan **adak** ve **sadaka** ve ceza maksatlı olan ve alternatifi varken tercih edilen mali **keffaretler**.⁴⁴⁸ Kişi bütün bu tasarruflarla kendi tek yönlü iradesi ile kendine ait olan bir malın ya aynısını ya da menfaatini bir başkasına intikal ettirmiş oluyor. Karşı taraf ta bu söz konusu şeyi reddetmediği sürece buna hak kazanır.

13. maddeden beri saydığımız akitlerde; ya bir malın aynının veya menfaatinin ücretli veya ücretsiz intikali ya da bir emeğin/gücün harcanarak karşılığında bir bedele/ücrete hak kazanma söz konusudur.

- 19- Bir mala akit (bey', hibe, vasiyet) veya miras yoluyla ortaklaşa sahip olunmuşsa buna **mülk şirketi** denir. Sermayelerini, güçlerini veya itibarlarını ortaya koyarak belli bir iş yapmak ve kazanacakları kârı da anlaştıkları şekilde pay etmek üzere anlaşılan iki veya daha fazla kimsenin yapmış oldukları ortaklığa da **akit şirketi** denir. Akit şirketi, sermaye ve kârda eşitlik olursa mufavaza, eşitlik olmazsa inan adını alır. Hem mülk şirketi hem de akit şirketi Kur'an'ın kabul ettiği akitlerdendir.⁴⁴⁹

⁴⁴³ Verilen sözlerin yerine getirilmesi gerektiğini ifade eden ayetler. Bakara 2/40, 80, 100,177; Al-i İmran 3/76, 77; Maide 5/1; En'am 6/152; Araf 7/102; Enfal 8/56; Tevbe 9/4, 7, 12, 111; Ra'd 13/20, 25; Nahl 16/91, 95; İsra 17/34; Hac 22/29; Müminün 23/8; Ahzab 33/15, 23; Fetih 48/10; Necm 53/37; Mearic 70/32.

⁴⁴⁴ Bakara 2/148, 245; Al-i İmran 3/92; Maide 5/2; Müminun 23/60-61; Fatır 35/32; Hadid 57/11, 18.

⁴⁴⁵ Bakara 2/180-182, 240; Nisa 4/11-12.

⁴⁴⁶ Bakara 2/280.

⁴⁴⁷ Bakara 2/267, 270-274; En'am 6/141; Hac 22/28, 36; Müddessir 74/44; İnsan 76/8-9; Beled 90/14.

⁴⁴⁸ Bakara 2/261-264, 270-271, 276, 280; Nisa 4/114; Tevbe 9/103-104. Mali keffaretler; Nisa 4/92; Maide 5/89, 95; Mücadele 58/2-4.

⁴⁴⁹ Nisa 4/12; Taha 20/32; Rum 30/28; Sad 38/24; Zümer 39/29.

Ortaklardan birinin ortaya sermaye koyup diğzerinin, bunu emeğini ortaya koyarak işletmesi ile oluşan sermaye-emek şirketi olan **mudarebe/kiraz/muamele** şirketi ile ortaklardan birinin, tarlasını veya bahçesini verip diğzerinin ise bunu işletmesi sonucu oluşan **muzara'a/muharebe ve müsakat** şirketleri de caizdir. Bunların cevazının delilleri ise Kur'an vahyinin devam ettiğı sürede bunların uygulamasının var olup peygamberimiz tarafından yönlendirme ile onaylanması ve vahyin aksi istikamette bir hüküm vermeyip sükut etmesidir. Böylece bunların, mübah bir iş olduğı anlaşılmış oluyor.⁴⁵⁰

- 20- Bir şeyi teminat altına alabilmek için o şeyin (mal veya şahıs), hak sahibi tarafından talep edilmesi durumunda (teslim veya bedeli istirdat etme hususunda) zimmeti zimmete eklemek olan **kefâlet** akdi de caizdir.⁴⁵¹
- 21- Alacaklının, alacağını güven altına alabilmek için karşılıklı rıza ile borçlunun bir malını kendisinin veya bir başkasının yanında alıkoymak demek olan **rehin** akdi de insanların güvenli bir ticari hayatları için öteden beri uyguladıkları ve Kur'an'ın onayladığı bir akitir.⁴⁵²
- 22- Her türlü hakkın korunmasını amaç edinen Kur'an, korunması için bir kimseye bırakılan malın o kimsenin elinde **emanet** olduğunu ve bunun sahibine teslim edilmesi gerektiğini beyan eder.⁴⁵³
- 23- Bir mala ortaklaşa sahip olan kişilerin, o malın tamamında yaygın olan hisselerinin belli bir hale getirilmesi olan **taksim/kısmet** akdi de Kur'an'ın zikrettiğı akitlerdendir. Kişilerin miras payları anlatılırken bu konu detaylı bir şekilde ortaya konmaktadır. Burada yapılan taksimatın fiili uygulaması da taksim/kısmet akdi oluyor.⁴⁵⁴
- 24- Bir kimsenin, yapacağı bir akdi çeşitli sebeplerle bir hukuki temsilci/vekil aracılığı ile yapması olan **Vekâlet akdi**, sosyal ve ticari hayatta insanların işlerini kolaylaştırdığı için öteden beri uyguladıkları bir akitir. Kur'an bunu, haklarını koruyamayacak kadar zayıf veya küçük olan kimselerin haklarının korunmasını onlar adına yani onlara Vekâleten velilerine yükleyerek veya

⁴⁵⁰ Maide 5/101.

⁴⁵¹ Yusuf 12/66. ayet nefse kefalete, Yusuf 12/72. ayet ise mala kefalete ve teslime kefalete delildir.

⁴⁵² Bakara 2/283.

⁴⁵³ Bakara 2/283; Nisa 4/58; Enfal 8/27; Müminun 23/8; Mearic 70/32.

⁴⁵⁴ Nisa 4/7, 10-12.

değişik sebeplerle işini bizzat kendi yap/a/mayıp bir başkasına yaptıran uygulamaları zikrederek kabul etmiştir.⁴⁵⁵

- 25- İnsanlar sosyal hayatta bazan anlaşmazlıklar yaşamaktadırlar. Konusu ne olursa olsun anlaşmazlık yaşayan tarafların, adalete riayet ederek ve karşılıklı rıza ile **sulh** olmaları yani anlaşmazlığı ortadan kaldırmaları ve böylece hakların muhafazası Kur'an'ın ana gayelerinden biridir.⁴⁵⁶
- 26- İnsanlar değişik sebeplerle her zaman kendi sorunlarını kendileri çözemeyebilirler. Anlaşmazlık yaşayan taraflar, kendi rızaları ile aralarında var olan bir sorunu çözmesi için üçüncü şahıs veya şahısları hakem tayin edebilirler. Dinin ana gayelerinden olan insanların haklarının muhafazasına hizmet eden bu **tahkim** akdi Kur'an'ın tavsiye ettiği bir uygulamadır.⁴⁵⁷ Onlar adına yani onlara Vekâleten velilerine bu işi yükleyerek sorunun tahkim yolu ile halledilmesi istenmiştir.
- 27- Borcu birinin (1. Borçlu/muhil) zimmetinden diğerinin (2. Borçlu/muhalün aleyh) zimmetine nakletmek demek olan **havale** akdine dair Kur'an'da açık bir delil yoktur. Fakat havale akdindeki genel uygulamalara bakarak buradaki amacın hakların zayi olmaması ve insanların güven içerisinde ticari bir hayatı devam ettirmeleri olduğu görülmektedir. Buradan hareketle borçları teminat altına almak ve böylece güvenli bir ticari ortam oluşturmak amacıyla; yapılan borç ilişkilerinde borcun yazılması, şahit bulundurulması, borca karşılık bir şeyin rehin alınması,⁴⁵⁸ kefâlet akdinin Kur'an'daki delilleri,⁴⁵⁹ ile akitlerin ve verilen sözlerin yerine getirilmesi⁴⁶⁰ ve borçlu ödeme sıkıntısı içinde ise ona kolaylık gösterilmesi⁴⁶¹ gibi genel ilkeleri ortaya koyan ayetlerin havale akdi için de doğrudan hüküm için olmasa bile en azından yönlendirici mahiyette kullanılabileceğini düşünmekteyim. Zira naslarda doğrudan veya dolaylı olarak yapımına izin verilen akitler olduğu gibi naslarda geçmeyen ancak nasların ruhuna aykırı olmayan akitlerin de var olduğu kanaatindeyim.

⁴⁵⁵ Bakara 2/282; Al-i İmran 3/37, 44; Nisa 4/5-6; Taha 20/40; Kasas 28/12.

⁴⁵⁶ Nisa 4/128;-129; Enfal 8/1; Hucurat 49/9-10.

⁴⁵⁷ Nisa 4/35.

⁴⁵⁸ Bakara 2/282-283.

⁴⁵⁹ Yusuf 12/66, 72.

⁴⁶⁰ Bakara 2/177; Mâide 5/1; İsra 17/34.

⁴⁶¹ Bakara 2/280.

Buraya kadar maddeler halinde verdiğimiz ve Kur'an'da örnekleri zikredilen ve fıkıh kitaplarında da bütün ayrıntıları verilen bu isimli akitler, Kur'an'ın indiği zamanda insanların öteden beri uyguladıkları akitlerdi. Yani daha önce olmayıp da Kur'an'ın ilk defa ihdas ettiği akitler değildir. Kur'an bunları zikrederken adaletin tesisi, hakların muhafazası, maslahatın temini, verilen sözlere riayet edilmesi ve eşyada asıl olanın mubahlık olması gibi temel ilkeler çerçevesinde mahzurlu olan eylemleri yasaklayıp bunun dışındaki akitleri ve diğer tasarrufları serbest bırakmıştır.

Ayrıca Kur'an'ın hükümleri açıklayış yöntemi gereği bazı hikmetlere binaen daha çok akılla kavranamayan teabbüdi konular veya özel önem verilenler ayrıntılı olarak anlatılırken muamelata dair ve akılla anlaşılabilir konular ayrıntıya girmeden genel ilkeler çerçevesinde ele alınmaktadır.

Kur'an'ın belirlediği bu ahlaki ve hukuki ilkelerin bazıları şunlardır. Kainatın insanın emrine verilmesi ve buna bağlı olarak eşyadaki temel niteliğin mubahlık olması, adaletin tesisi, hukukun herkesi bağlaması/kanun önünde eşitlik, akitlere/ahitlere riayet edilmesi, herkesin kendi eylemlerinden sorumlu olması, beraet-i zimmetin esas oluşu/kişinin suç ve borçtan hali oluşu, zaruret halinin dikkate alınıp normal hükmün hafifletilmesi, nimet külfet ve suç ceza dengesine dikkat edilmesi, iyilik ve hayırda yardımlaşmanın teşvik edilmesi, mefsedetın giderilmesi ve maslahatın temin edilmesi.⁴⁶²

Kur'an'ın bütün hükümlerinden çıkarılan bu ve benzeri ana ilkeleri alimler, hukukun tamamını kapsayacak mahiyette külli kaideler şeklinde bir araya getirerek bunların hukukun bütün alt dallarına nasıl uygulanacağı hususunda değişik çalışmalar yapmışlardır. Mecelle'nin ilk yüz Maddesinde veciz bir şekilde ifade edilen bu kaidelerin konumuzla ilgili olanlarını daha sonra açıklayacağız.

İslam hukukunun ilk ve diğer kaynaklarının da aslî'l-usûlü/meşruiyet ölçüsü olan Kitabın/Kur'an'ın sübutu her ne kadar kat'î ise de hükümlere delaleti her zaman kat'î olmayabiliyor. Yani Kur'an'ın bazı kelime ve cümleleri farklı anlamlara veya anlamalara açıktır. İşte bu özellik, ayetlerin delaletinin bazen zanni olabileceğini göstermektedir. Bu farklı anlam ve anlamalara açık olan ayetleri, müctehitler usul-i

⁴⁶² Yaman - Çalış, 43.

fıkıh kuralları doğrultusunda yorumlayarak bir hükme bağlamaktadırlar.⁴⁶³ Bu yöntem sayesinde sınırlı olan nasların sınırsız olan olaylara nasıl uygulandığını ve İslam hukukunun her zaman için geçerliliğini muhafaza ederek olaylara çözüm ürettiğini görmekteyiz.

Buradan hareketle sonradan meydana gelen akit çeşitlerinin de bu yöntem sayesinde ve diğer deliller de kullanılarak hükme bağlandıklarını ifade edebiliriz.

Buraya kadar Kur'an'ın, hüküm anlayışını, mülkiyet felsefesini ve akit teorisini ortaya koymaya yani başlıktaki ifadesi ile akit hürriyetinin Kur'anî dayanakları bağlamında akit hürriyetinin mahiyetini izah etmeye çalıştık. Bundan sonraki başlıkta ise sünnetin bunlara bakışını izah edeceğiz.

2.2.2. Akit Hürriyetinin Sünnet'teki Dayanakları

Peygamberimiz, dinin vâzı'ı olan Allah'tan aldığı vahyi insanlara tebliğ ederken aynı zamanda bu vahyin nasıl uygulanacağını tebyin etmekte ve Kur'an'ın bilinçli olarak bıraktığı boşlukları yine Allah'ın gözetiminde ve O'ndan aldığı gayr-i metlûv vahiy ve ilhamla tamamlamaktadır. Diğer bir ifade ile nazari olan dînî kuralları pratiğe aktararak düşüncede olan dinin ete kemiğe bürünerek hayat bulmasını sağlamaktadır. İnsanın yaşayacağı dinin tebliğcisinin ve ilk uygulayıcısının insanların kendi içlerinden biri olmasındaki hikmet bu olsa gerek.⁴⁶⁴

Vaz'ı- İlâhi olup akıl sahiplerini kendi hür iradeleri ile bizzat hayra sevk eden ve Kur'an'ın genel çerçevesini belirlemiş olduğu dinin, beşeri planda hayata geçirilmesini peygamberimiz, peygamberlik süresince bütün uygulamaları ile ortaya koymuştur. Bu bağlamda insanların öteden beri yapıp ettikleri bütün akitleri de bu genel prensipler muvacehesinde düzenlemiştir. Tarafların haklarının tam olarak korunup taraflara ve üçüncü şahıslara zararı olmayan akit türlerini serbest bırakırken taraflardan birinin hakkının ihlal edildiği veya akde taraf olmayan üçüncü şahısların zarar gördüğü akit türlerini ise zararın giderilmesi, menfaatin sağlanmasından daha önceliklidir prensibi gereğince yasaklamıştır.

⁴⁶³ Yaman - Çalış, 42.

⁴⁶⁴ Al-i İmran 3/164; İsra 17/94-95; Müminun 23/32-33; Fussilet 41/6.

Allah Resulü olayları ele alırken işin aslına bakarak ve Allah'ın koyduğu genel prensiplere uyup uymadığını göz önünde bulundurarak bir karara varıyordu. Bütün akitleri de içine alacak şu genel hükmü ifade ederken bu prensiple hareket ettiğini düşünmekteyiz. “Helal, Allah'ın kitabında helal kıldıklarıdır. Haram da Allah'ın kitabında haram kıldıklarıdır. Hakkında bir şey demedikleri ise müsamaha gösterdiği mubah şeylerdir.”⁴⁶⁵ Allah Rasülü bu hükmü ile, Allah'ın Kur'an'da ve gayri metlûv vahiy olan sünnette peygamberi vasıtası ile açıkladığı yasak olan şeylerin dışındaki bütün her şeyin asıl itibari ile mubah/serbest olduğunu beyan etmektedir.

Akitlerin Kur'an'daki bağlamlarını anlatırken ifade ettiğimiz ayetlerin ve bu hadisin delaletiyle ibaha-i asliye prensibi gereği insanlığın ilk devirlerinden itibaren var olagelen ticareti ve diğer akitleri peygamberimiz hem peygamber olmadan önce hem de peygamber olduktan sonra kendisi bizzat yapmıştır. İnsanların yaptıkları akitleri de genel olarak onaylamış, hak ihlaline sebep olan taraflarını yasaklamış ve Müslümanları ana ilkeler çerçevesinde ticaret yapmaya teşvik etmiştir.⁴⁶⁶

Hadis külliyyatının ilgili bölümlerinde peygamberimizin ticaret hayatı ve bununla ilgili diğer akit türlerinin önemi, hukuku ve ahlakıyla ilgili bir hayli fazla söz, fiil ve takrirleri vardır.

Bir fikir vermesi adına burada sadece Buhari'nin Sahih'inde geçen akit türlerinin ahkâmını, şartlarını ve sınırlarını anlatan hadislerin hangi başlıklar altında ve hangi çerçevede ele alındığını rakamlar vererek göstereceğiz.⁴⁶⁷

Tekrarlarıyla birlikte 7563 hadis ihtiva eden bu kitapta 16 akit türüne ait 16 kitap başlığı altında 594 hadis zikredilmektedir. Tabii bunların bir kısmı tekrar mahiyetindedir. Bununla birlikte diğer kitap başlıkları altında da akitlerle ilgili hadisleri bulmak mümkündür.

Buhari; iman ve ibadet konularından sonra Bey' akdini, 34. kitapta Buyu'/ alışveriş başlığı altında 113 alt başlıkta/babda 192, ve alışverişin bir türü olmasına rağmen ayrı bir başlıkta Selem akdini 8 babda 17 ve Şüf'a akdini de 3 babda 3 hadisle

⁴⁶⁵ Tirmizi, Libas, 6/1726; İbn Mace, Et'ime, 60/3367.

⁴⁶⁶ Hadis kitaplarının; Buyu, ticarat, selem, icare, şerikat, müsakat, müzarat, hibe, kefalet, vekalet, istikraz, şurut gibi bölümlerine ve siyer kitaplarına bakıldığında Hz. Peygamberin konuyla ilgili uygulamaları görülecektir.

⁴⁶⁷ *Sahih-i Buhari* 'nin, Daru İbn Kesir 2002 Dimeşk-Beyrut baskısını esas alarak bu bilgileri veriyoruz.

anlatmıştır.

Bunlardan sonra İcare akdini 22 babda 27, Havale akdini 3 babda 37, Kefâlet akdini 5 babda 9, Vekâlet akdini 16 babda 21, Hars/Muzaraa akdini 21 babda 31, Şirb/Musakat akdi 9 babda 34, İstikraz akdi 20 babda 25, Şerike akdi 16 babda 25, Rehin akdi 6 babda 9, Hibe akdi 37 babda 71, Sulh akdi 14 babda 21, akitlerle ilgili şartları Şurut başlığı altında 19 babda 27 ve vasiyetle ilgili konuları da Vasaya başlığı altında 37 babda 44 hadis ele alınmıştır. Bütün bu muhteva akitlerin Sünnet'teki yerini ve önemini göstermektedir.⁴⁶⁸

Kur'an'ın genel hatlarını çizmiş olduğu sosyal ve ticari hayat, peygamberimizin sünnetinde daha açık ve hukukî bir muhteva kazanmıştır. Rasûlullah, İslam öncesi Mekke toplumunda yaygın olan akit türlerinin birçoğunu olduğu gibi bırakmıştır. Fakat aldanma, haksızlık ve sömürüye yol açan akit türlerini, akitlerdeki asıl amaca aykırı oldukları için, şeklî ve sembolik davranışlarla yapılan akit türlerini ise akitlerde olması gereken hür irade ve rızayı ortaya çıkarmadığı ve kolaylığı yok ettikleri için tek tek yasaklamıştır.

Peygamberimiz, bütün akit çeşitlerini Kur'an'ın genel hükümleri ve amaçları istikametinde tashih ve tadil etmiştir. Borçlar hukukunun alanına giren akitlerin tamamını ilgilendiren ana prensipler, Kur'an'ın metoduna uygun olarak en yaygın akit türü olması hasebi ile satım akdiyle ilgili hadislerin geçtiği bölümlerde ele alınmıştır. Her bir akdin kendine has şartları ise daha çok onu konu alan hadislerde geçmektedir. Bu sebeple hadislerin Buyu'alışveriş ana konularının altında bütün akitlerle ilgili düzenlemeleri görmemiz mümkündür.

Alışverişi ilk olarak İslam ihdas etmemiş, ancak insanlığın ilk devirlerinden itibaren var olagelen bu akdi iyileştirerek olması gereken aslî tabiatına kavuşturmuştur. Peygamberimiz, câhiliyye toplumunun şeklî ve sembolik davranışlarla yapılan alışveriş türlerini kaldırmıştır. Çünkü bu tip uygulamalarda kişinin tam ve özgür iradesi doğru bir şekilde ortaya konamamaktadır. Bunun yerine özgür irade ve karşılıklı rızayı akdin

⁴⁶⁸ *Müslim'in Sahih* 'inde ise; Buyu, 21 başlık altında 123, Musakat 31 bab 143, Hibe 3 bab 32 ve Vasiyet 5 bab 22 hadis geçmektedir. *Sünen-i Ebi Davud* 'da; Buyu, 36 babda 89, İcare 56 babda 154, vasaya 16 babda 17 hadis geçmektedir. *Sünen-i Tirmizi* 'de Buyu, 77 babda 116, Vasaya 7 babda 8, Vela/Hibe 7 babda 7 hadi var. *Sünen-i Nesai* 'de Buyu 109 babda 256, Hibe 4 babda 17, Vasaya 12 babda 60 hadis var. *Sünen-i İbn Mace* 'de Buyu, 69 babda 171, Şüf'a 4 babda 9, Hibe 7 babda 15, Vasaya 9 babda 23, Rehin 24 babda 56 hadis var.

kuruluşunda tek esas olarak benimsemiştir. Böylece bu hukuk sisteminde, karşılıklı rızanın zedelenmemesi ve tarafların haklarının ihlal edilmemesi şartlarıyla akit hürriyetinin esas olduğunu göstermektedir.⁴⁶⁹

Bu anlayışın gereği olarak İslam ticaret hukuku çerçevesinde hür iradeyi tam yansıtmayan ve karşılıklı rızaya hâlel getiren faizli ve hileli muameleler, kumar/ şans oyunu niteliğindeki mülânese, münâbeze, müzâbene gibi ve garar içeren muhâkale, muhâdara gibi Câhiliye ticaret usullerinin yanı sıra aldatıcı reklamcılık, yalan yere yemin, ve çalıntı malların piyasaya sürülmesi haram kılınmıştır. Pazara mal getirenlerin yolda karşılanıp piyasa fiyatını öğrenmeden mallarını ellerinden ucuza alma (telakki'r-rukban), ihtikâr, neceş, devam eden bir pazarlık üzerine pazarlık (müsâveme), bir satışta iki satış, malın ayıbını gizleme ve etiket bilgilerinde sahtekârlık yasaklanmıştır. Bunlara sağlığa zararlı içeriğe sahip ürünlerin ticareti de katılabilir.⁴⁷⁰

Akitlerde en temel olan şey, tarafların karşılıklı olarak haklarının muhafazası ve hem akdin taraflarının hem de üçüncü şahısların zarar görmemesi olduğu için İslam borçlar hukukunda bütün akitlerin en önemli sıhhat şartı akdin, haksız kazanç olan faiz ve faiz şüphesinden uzak olmasıdır. Rasûlullah bu mantıktan hareketle zayıf tarafın haklarının ihlal edilmesine sebep olan faizin ne olduğunu belirleyerek alışverişi ve diğer borç münasebetlerini faizden arındırmıştır.⁴⁷¹ Tabii bunu o günkü toplumun yapısı gereği vahyin metoduna uyarak tedrici olarak yapmıştır.⁴⁷²

Akitlerde rızailik ilkesinin esas olduğunu, akitlerin hem kuruluşunda hem de şekillenmesinde rol oynayan ne tür şartların ileri sürülebileceğini, aldatma ve sömürüye yol açan tüm yol ve yöntemlerin yasak olduğunu, akdin her yönüyle şeffaf yani taraflarca bilinir olması gerektiğini kısaca akitlerin hukuk ve ahlakını ifade eden birkaç hadisi zikredeceğiz.⁴⁷³

Akitlerin en temel ilkesi olan “tarafların rızasının olması” prensibini, Peygamberimiz bizzat kendisi ifade etmiştir. Şöyle ki; Ebu Hureyre (r.a)’den gelen bir

⁴⁶⁹ *Bütün Yönleri ile Asr-ı Saadette İslam*, Editör: Vecdi Akyüz, II, 238, I-IV, Beyan Yayınları, İstanbul; Bardakoğlu, “Bey” *DİA*, VI, 13-19.

⁴⁷⁰ Cengiz Kallek, “Ticaret”, *DİA*, XXXI, 134-144.

⁴⁷¹ Buhari, *Buyu*, 24/2085; İbn Mace, *Ticarat*, 58/2273.

⁴⁷² Recep Özdemir, “İslam Hukukunda Ticaret ve Borç İlişkilerinin Genel Yapısı”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 15(1), 243-273.

⁴⁷³ Konunun ayrıntısı Hadis kitaplarının; *Buyu*, /*ticarat*, *selem*, *icare*, *şerikat*, *müskat*, *müzarat*, *kefalet*, *vekalet*, *istikraz*, *şurut* gibi bölümlerinde incelenmiştir.

rivayette, Rasûlullah (a.s) buyurdular ki : "Alış veriş yapan her iki taraf da akit'ten memnun kalmadıkça/ razı olmadıkça ayrılmasınlar."⁴⁷⁴

Aliyyu'l-Kârî; "Allah bilir ki hadisten murat şudur, alım ve satım yapan her iki taraf da malın kabzı ve semenin ödenmesiyle ilgili bütün hususlarda eksiksiz anlaşmış olarak ayrılmalıdırlar." demektedir.⁴⁷⁵

Ebû Saîd el-Hudrî (r.a)'den gelen rivayette ise akitlerdeki rızailik ilkesi daha net ve kesin bir şekilde ifade edilmektedir. Bu rivayette; Rasûlullah (a.s) şöyle buyurmuştur; "Bir kimsenin malını onun hoşnutluğu/gönül rızası olmadan başkasına vermekten dolayı Allah'ın huzuruna çıkmak istemem. Çünkü satış, ancak tarafların karşılıklı rızası ile olur."⁴⁷⁶ Bu hadisin vürut sebebi şöyledir. Bir kıtlık döneminde bir Yahudi kuru hurma ve arpa getirip satmak istemiş, fakat yüksek fiyat istemesi karşısında çaresiz kalan halk, peygamberimize gelerek belli bir fiyatın konulmasını rica etmişlerdir. Bunun üzerine Resul-i Ekrem (a.s) ise bu isteği kabul etmemiş ve bu hadisi buyurmuştur.⁴⁷⁷ Neticede fiyatları sınırlandırmak kişilerin hür iradeleri ile satış yapmalarına engel teşkil etmektedir. Bu da akitlerde en temel kural olan rızailik ilkesinin yok olması demektir.⁴⁷⁸

Örnek olarak verdiğimiz bu hadislerden anlaşıldığına göre, taraflardan birisine veya ikisine baskı ve zorlama yapılmak sureti ile gerçekleştirilen akit geçersizdir. Akitlerde tarafların rızalarının olması temel bir ilkedir. Bu, akit hürriyetinin en temel dayanağıdır.

Akit hürriyetine dayanarak akitlerde taraflar, helal-haram olmasına bakmaksızın istedikleri her türlü şartı ileri sürebilirler mi ve bu şartlara uymak zorunlu mudur? Akit hürriyeti bağlamında akitlerin hem kuruluşu hem de şekilleri açısından oldukça önemli olan bu durum birçok hadiste değişik vesilelerle açıklanmıştır.

⁴⁷⁴ Ebu Dâvud, Büyü, 53/3458; Tirmizî, Büyü 27/1248; İbn Mace, Ticaret, 18/2184; İbrahim Canan, *Tercüme ve Şerhi*, III, 129, I-XVIII, Akçağ Yayınları, İstanbul.

⁴⁷⁵ Canan, III, 129-130.

⁴⁷⁶ İbni Mâce, Ticarat, 17/2181-2183; Ebu Abdullah Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybani el-Mervezi, *Müsned-i Ahmet*, Hadis no, 4566, VIII, 173, I-XXXV, Muh; Şuayb el Arnavud, *Müessesetü'r-Risale*, 2001.

⁴⁷⁷ Haydar Hatipoğlu, *Sünen-i İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi*, I-X, Kahraman Yayınları, İstanbul 2015, VI, 156-157; İmam Suyuti, *Camiu's-Sağir ve Tercemesi İzahlı 2000 Hadis*, Ticaret, Aydın Yayınevi, 43, II, 128; Ebû Hâtim Muhammed b. Hibbân b. Ahmed el-Büstî, *Sahih-i İbni Hibbân*, Buyu, Tes'îr, 4935, XI, 307, I-XVIII, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1993.

⁴⁷⁸ Fiyat tahdidini yasaklayan Hadisler için ayrıca bkz; Sünen-i İbni Mâce 27/2200-2201; Dârimî, Buyu, 13/2548; Ebu Dâvud, Buyu, 49/3450-3451; Tirmizî, Buyu, 73/1314.

Meşru olmayan şartların akitlerde ileri sürülemeyeceğine dair hadislerin en meşhur olanlarından biri Berîre hadisi diye bilinen Hz. Aîşe'den gelen hadistir. Bu hadis, hadis kaynaklarında değişik bablarda ele alınmış ve o babın muhtevasına göre işlenmiştir. Buhari bu hadisi, alış-veriş akitlerinde helal olmayan şartlar ileri sürme babında şöyle naklediyor;

Hz. Âişe (r.a) şöyle demiştir; “Berîre bana geldi ve ben sahiplerimle dokuz ûkıyye (360 dirhem), her sene bir ûkıyye (40 dirhem) ödemek üzere hürriyetimi onlardan satın alma akdine giriştim bunun için bana yardım et! dedi.” Ben de Berîre'ye; “Eğer sahiplerin bu bedeli onlar için hazır etmemi ve sen hürriyetine kavuştuktan sonra velayetinin/hükmî hısımlığının bana ait olmasını isterlerse bu bedeli ben bir defada öderim” dedim.

Bunun üzerine Berîre sahiplerine gitti ve onlara benim teklifimi söylemiş, fakat onlar buna yanaşmamışlar. Berîre onların yanından dönüp geldiğinde Rasûlullah benim yanımda oturuyordu. Berîre; bana, senin sözlerini onlara arzettim kabul etmediler. Bu akit için hükmî hısımlığın kendilerine ait olmasını şart kılıyorlar dedi. Peygamberimiz, Berîre'nin bu sözlerini işitti. Ben de meseleyi Peygamberimiz'e haber verdim. Bunun üzerine Peygamber (s.a); bana sen "Berîre'yi onlardan al, istedikleri hükmî hısımlığı da onların lehine şart kıl, velayet hakkı/ hükmî hısımlık hukuken ancak hürriyete kavuşturana aittir" buyurdu. Ben de Berîre'yi bu suretle satın aldım ve hürriyetine kavuşturdum. Sonra Rasûlullah insanların içinde ayağa kalktı, Allah'a hamd ve sena ettikten sonra; "Bir takım adamlara ne oluyor ki onlar Allah'ın Kitabında bulunmayan şartlar ileri sürüyorlar. Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır. Allah'ın hükmü uyulmaya en layık, Allah'ın öğrettiği şart da en sağlam ve en güvenilecek şarttır. Hükmî hısımlık ancak hürriyete kavuşturan kimseye aittir"⁴⁷⁹ buyurdu.

300 kadar hukuki ve ahlaki meseleyi ihtiva ettiği söylenen bu hadisten anlıyoruz ki, dinen helâl olmayan şartlar aslî hakları değiştirmez yani batıl şartların akde herhangi bir etkisi olmaz, akdi olumsuz yönde etkilemez. Nitekim velâyetin/ hürriyete kavuşturmaya bağlı olan hukukî hısımlığın hukuken hürriyet verene ait olduğu bilinirken, satıcının bu velâyetin kendisine ait olduğunu helâl olmayarak şart kılması,

⁴⁷⁹ Buhari, Buyu, 73.

bu satış akdini bozmamıştır. Peygamberimizin bu hukuki kurallara uymayanları kınaması ve uyarması bu ilkelerin önceden bilindiğini göstermektedir.⁴⁸⁰

Bu hadisten anlıyoruz ki meşru olmayan şartlar akitlerde ileri sürülemez, sürülse bile bir geçerliliği yoktur.

Akitlere yön veren ve onların muhtevasını farklılaştıran meşru şartların ileri sürülebileceğini ifade eden hadislerle ise şu hadisi örnek olarak vermekle yetineceğiz.

Câbir b. Abdullah (r.a) şöyle demiştir: Rasûlullah (sav) ile bir yolculukta beraberdim. Devem yorulmuştu yürüyemiyordu, onu orada bırakmak istedim. Bunu fark eden Rasûlullah (sav) yanıma geldi, deveme dua edip vurunca öyle bir yürümeye başladı ki hiç böyle yürümemişti. Bunun üzerine Rasûlullah (sav); “O deveyi bana şu kadar paraya sat” dedi. Ben de hayır sana feda olsun dedim. Yine “Onu bana sat” buyurdu. Ben de dediği paraya sattım ve Medine’ye kadar binmeyi de şart koştum. Medine’ye varınca deveyi götürdüm ve bedelini istedim ve döndüm. Beni çağırdı ve “Deveni ucuzca alıp seni aldattığımı mı sanıyorsun deveni de paranı da al” buyurdular.⁴⁸¹

Hiz. Aışe’den gelen Berire hadisi ile akitlerde hukuka aykırı, gayrı meşru şartların geçersizliğini, Hiz. Câbir b. Abdullah’tan gelen rivayetten ise meşru şartların geçerliliğini öğreniyoruz.

Gayrı meşru şartların geçersizliğini ve meşru şartlara uymanın zorunluluğunu beyan eden şu hadis konumuz açısından daha açıklayıcıdır.

Amr b. Avf el Müzenî (r.a.)’in rivayetine göre, Rasûlullah (sav.) şöyle buyurmuştur: “Müslümanlar arasında sulh geçerlidir. Ancak helali haram kılan veya haramı helal kılan sulh geçersizdir. Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar. Ama helali haram kılan haramı helal kılan şartlar geçersizdir.”⁴⁸²

Hadiste geçen sulh kelimesi, bir fıkıh terimi olarak, “iki tarafın rızasıyla ihtilâfi ortadan kaldıran bir akit” anlamına gelir. Buna göre hem sulh akdi hem de diğer akitler

⁴⁸⁰ Kadı İyaz, *Şifâ-i Şerif Şerhi, Tercüme ve Şerh*, Kandemir M. Yaşar. III, 261-264, I-III, Tahlil Yayınları, İstanbul.

⁴⁸¹ Nesâî, *Buyu*, 77/4458; Müslim, *Müsakat*, 21; Ebû Davud, *Buyu*, 69/3505; Tirmizî, *Buyu*, 30/1253; Buhari, *Buyu* 34, Şürût 4; İbni Mâce, *Ticârât* 29/2205; Canan, 3/67-68.

⁴⁸² Tirmizî, *Ahkâm* 17/1352; Ebu Davud, *Akziye* 12/3594 (Bu kaynakta hadisi Ebu Hureyre rivayet ediyor.); İbn Mâce, *Ahkâm* 23/2353.

ancak helal sınırları dahilinde olması/hukuk kurallarına uyması şartı ile geçerlidir.

"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar" cümlesinden maksat, sözlerinde dururlar, sözlerinin arkasındadırlar, verdikleri sözleri yerine getirirler demek olur.⁴⁸³ Böylece Müslümanların en bariz özelliklerinden birinin şartlara riayet etmeleri, sözlerinin arkasında durmaları gösterilirken aynı zamanda dinin ana hedefi olan sosyal huzurun temini için şartları bozmayarak ona riayetkar kalmanın ve verilen sözlerin arkasında durmanın lüzumu da hadisin ifade ettiği ahkâmdandır.

"Ama helali haram kılan, haramı helal kılan şartlar geçersizdir." cümlesi ile de müslümanın, ancak hukuk çerçevesinde kalarak iş ve işlemlerini yürütebileceği ve akitlerinde ancak meşru şartları ileri sürebileceği, aksi halde ileri süreceği gayrı meşru şartların her hangi bir geçerliliğinin olmadığı net bir şekilde ifade edilmektedir.⁴⁸⁴

Akitlerde ileri sürülen meşru şartlara uymanın zorunlu olması ile birlikte akitlerin uygulanmasını zorlaştıracak bir takım şekil şartlarının kaldırılmasını ve akitlerin kolaylaştırılmasını teşvik edici şu Hadis-i Şerif de konumuz açısından önem arz etmektedir. Câbir bin Abdullah (r.a)'tan gelen rivayete göre Rasûlullah (a.s); "Satarken, satın alırken, alacağını talep ve borcunu öderken cömertlik ve kolaylık gösteren kimseye Allah rahmet eylesin" buyurmuştur.⁴⁸⁵ Hadis'in değişik kaynak ve rivayetlerinde "Allah affeder, cennetine kor ve sever" gibi hemen hemen aynı manaya ve vurguya delalet eden ifadeler de vardır.⁴⁸⁶

Buna göre akitlerin, zorlaştırmacı şekil şartlarından arındırılarak kolaylaştırılması ve belli akit kalıplarına sıkıştırılmaması İslam hukukunun akitler konusundaki temel yaklaşımı olan akit hürriyetine daha uygundur.

Akitlerde önemli olan tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin haklarına riayet etmeleri, birbirlerini aldatmamaları, birbirlerine güven vermeleri ve akdin her yönü ile şeffaf olmasıdır. İşte bu çerçevede akitlerde asıl olan hürriyettir. İslam borçlar hukukundaki bu hükmü en net ortaya koyan hadislerden biri şudur;

Peygamberimiz (a.s) buyurdu ki; "Alıp-satanlar (akdin tarafları) birbirlerinden

⁴⁸³ Buhari, İcare 14.

⁴⁸⁴ *Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, ter; Necati Yeniel ve Hüseyin Kayapınar, XIII, 178-180, I-XVII, Şamil Yayınevi, İstanbul.

⁴⁸⁵ Buhari, Buyu, 16; Tirmizî, Buyu, 75/1320; Canan, III, 12.

⁴⁸⁶ Canan, III, 12-14; Tirmizî, Buyu, 75/1319; Buhari, Buyu, 17-18, İstikrâz, 6; Müslim, Müsâkât, 6/1560; Nesâî, Buyu, 104; İbn Mâce, Ticarat, 28.

ayrılmadıkça vazgeçmekte muhayyerdirler. Alıp-satanlar alış-verişi sıdk ve doğruluk üzere yapar, kusuru beyan ederlerse alış-verişleri her ikisi hakkında da mübarek kılınır. Yalan söylerler (kusurları) gizlerlerse, belli bir kâr sağlasalar bile, alış-verişlerinin bereketini kaybederler."⁴⁸⁷

Aynı şekilde akit hürriyetini açık bir ifade ile anlatan diğer bir hadis de şudur. Abdullah b. Ömer (r.a)'den gelen rivayete göre, Rasûlullah (sav) şöyle buyurmuştur; "Satıcı ve müşteri alışverişi yaptıkları yerden ayrılınca kadar alıp almamakta hürdürler. Ancak alışverişi muhayyerlik şartıyla yapmışlarsa, bu özellik alışveriş bittikten sonra da konuşulan süreye kadar devam eder."⁴⁸⁸

Mali akitlerde malın ya da semenin ayıplarını gizleyerek karşı tarafın aldanmasına sebep teşkil eden ve böylece hakların ihlal edilmesini meydana getirecek olan davranışların yasak olduğunu şu sert sözlerle yapılan uyarıdan anlıyoruz. Rasûlullah (sav); "Kim bizi aldatırsa bizden değildir." buyurdu.⁴⁸⁹

Akitlerde her türlü aldatmanın yasak olduğunu daha kesin bir ifade ile şu hadisten öğreniyoruz. Abdullah İbn Ömer(r.a)'den gelen rivayette, bir kimse Peygamberimiz'e alış-verişlerde daima kendisinin aldatıldığını söyledi. Peygamber (sav) ona: "Sen bir şey satın almak istediğinde (İslam dininde) aldatmak yoktur de!" buyurdu.⁴⁹⁰ Akitlerde tarafların birbirini aldatmasını yasaklayan bu hadisler, akit hürriyetini sağlayan en temel ilke olan tarafların birbirine karşı güven duymalarını temin etmektedir.

Hadis kaynaklarında geçen; şüpheli şeylerden uzak durmanın gerekli olduğu, akitlerde yalan söyleyip malın kusurunu gizlemenin, gerçeğe dayanmayan reklam ve yeminle akit yapmanın sakıncalı olduğu, faizli muamelelerin yasak oluşu, tüketilmesi veya kullanılması yasak olan şeylerin akitlerinin de yasak olması, gerek ölçü ve tartıda gerekse her türlü hal ve harekette aldatmanın yasak oluşu, mevcut olmayan malın satışının yasak olması, köylü/üretici adına şehirlinin mal satmasının yasak olması,

⁴⁸⁷ Buhari, Buyu, 19, 22, 44, 46; Müslim, Buyu, 47/1532; Ebu Dâvud, Buyu 53/3459; Tirmizî, Buyu, 26/1246; Nesâî, Buyu, 4, 8/4381-4388; Dârimî, Buyu, 15/2550.

⁴⁸⁸ Nesai, Buyu, 9/4389; Müslim, Buyu, 11; Tirmizî, Buyu, 26.

⁴⁸⁹ Müslim, İman, 43/164, (102); Tirmizî, Buyu, 74/1315; Ebu Dâvud, Buyu, 50/3452; İbni Mâce, Ticarât, 36/2224; Canan, III, 57.

⁴⁹⁰ Buhari, Buyu, 48; Müslim, Buyu, 48/1533; Ebu Dâvud, Buyu, 68/3500; Tirmizî, Buyu, 28/1250; Nesâî, Buyu, 51; Malik b. Enes, *Muvatta*, Buyu, 45/2705, I-II, Müessesetü'r-Risale, 1412; Canan, III, 54; Hâlini arz eden zat Habbân b. Münkız el-Ensârî (r.a) 'dır. Uhud ve ondan sonraki harplere iştirak etmiş ve Hz. Osman zamanında yüz otuz yaşında vefat etmiştir.

haksız rekabete sebep olan neceş, ihtikar ve narh/tes'ir yasağı gibi ticaret hayatını düzenleyen hadislerin hepsine bir bütün olarak baktığımızda sonuç olarak; akitlerde rızailik ilkesinin ve hürriyetin esas olduğunu, aldatma ve sömürüye yol açan tüm yol ve yöntemlerin yasak olduğunu, akdin her yönüyle şeffaf yani taraflarca bilinir olması gerektiğini ve böylece tarafların haklarının korunmasının esas olduğunu söyleyebiliriz.

Borçlar hukuku alanına giren akitlerde hürriyetin var olup olmadığını, varsa bu hürriyetin sınırlarının ne olduğunu ve bu tip akitlerin genel yapısının ne olduğunu açıklamaya çalıştığımız bu çalışmamızda bize kaynaklık teşkil eden Sünnet'teki verilere baktığımızda şu sonuçları çıkarmamız mümkündür.

1. En genel anlamı ile Sünnet, vahyin inşa ettiği dini hayatın kurallarının yürürlük kazandığı zeminin adıdır. Böyle olunca Kur'an'ın, akitlerle ilgili ortaya koyduğu genel prensipleri Sünnet'in tatbik ederek hayata geçirdiğini ve yaydığını görmekteyiz. Kur'an'ın bu manadaki en temel ilkesi; insan, yeryüzünde Allah'ın halifesi olması hasebi ile bütün eylemlerinde O'nun koyduğu kurallarla mukayyettir.⁴⁹¹ Dinin tek otoritesi olan Allah, yarattığı her şeyi insanın emrine amade kılmış yani eşyadan istifadeyi asıl itibari ile mubah kılmıştır. Ama bununla birlikte insan, sınırsız bir hürriyete sahip değildir. Çünkü insan ilah değildir. Onun hürriyetinin sınırı diğer insanların haklarının ihlal edildiği noktadır.⁴⁹²
2. Eşyadan istifade etmek açısından farklı imkanlara sahip olan insan, hayatını düzenli bir şekilde sürdürebilmesi için birbirine daima muhtaç olduğunu idrak ederek akit çeşitlerinden birisiyle mutlaka diğer insanlarla ilişki halinde olacaktır. Sünnetullah olan böyle bir zorunluluğu kabul eden Kur'an ve Sünnet, bu ilişkiler manzumesinde hiçbir şahsın zarar görmemesini merkeze alarak hakların muhafazasını amaçlamıştır. Yapılan akitler, tarafların ve üçüncü şahısların zararına olmadığı ve tarafların menfaatlerini dengeli bir şekilde koruduğu sürece insanlar bu akitleri yapmakta hürdürler.⁴⁹³
3. Söylediğimiz bu minval üzere Kur'an'ın onayladığı bütün akit türlerini Sünnet tatbik ve tasrih ederek ümmet-i Muhammed'in hem kendi içlerinde

⁴⁹¹ Tirmizi, Libas, 6/1726; İbn Mace, Et'ime, 60/3367.

⁴⁹² Buhari, İlim, 9/67; Müslim, Kasame, 30/4384.

⁴⁹³ Buhari, İman, 39, Buyu, 2.

hem de diğer insanlarla güçlü bir sosyal ve ticari ilişki kurabileceklerini ortaya koymuştur. Zira borçlar hukuku alanına giren akitlerin tamamı insanların birbirleri ile menfaat ilişkisine dayanan insan merkezli yani ibadet boyutu ikinci planda olan ilişkilerdir. Bunların sınırlarını çizen kurallar yine insanların haklarının ihlal edilmemesine yönelik olan kurallardır.

4. Hayatın her safhasında doğruluk ve güvenilirliği Müslüman'ın şiarı olmasını temine çalışan Peygamberimiz, akitlerde de en önemli şeyin tarafların birbirlerine dürüst davranarak birbirlerine karşı güvenilir olmalarının önemine dikkat çekerek dürüst davrananları överken yalan söyleyerek aldatan kimseleri ise ceza ile tehdit etmiştir.⁴⁹⁴ Zira akitlerin temeli güvene dayalıdır. Bu sebeple güveni zedeleyen ve nihayetinde taraflardan birinin haklarını ihlal eden hile, garar ve belirsizlik bulunan akitler batıl veya fasit sayılmıştır.
5. Akitler güven temeline dayalı olarak oluşturulurken kurulma anında karşılıklı hür irade ile rızanın olması akdin en temel özelliğidir. Bu sebeple Peygamberimiz, “akit ancak karşılıklı rıza ile olur.”⁴⁹⁵ kesin hükmü ile akdin bu özelliğini ortaya koyarken kişinin irade ve rızasını sakatlayan her türlü halin –ki bu hal ister bilgisizlik, sarhoşluk, hezl, sefeh ve hata gibi kişinin kendisinden kaynaklansın isterse ikrah ve hile gibi ikinci şahıslar tarafından oluşsun- neticede hakların ihlaline sebep olacağı için kabul edilemeyeceğini beyan etmiştir.
6. Akitlerde en temel olan şeylerden biri de, tarafların karşılıklı olarak haklarının muhafazası ile o akitle hedefledikleri menfaatin teminini sağlamak. Bununla birlikte hem akdin taraflarının hem de üçüncü şahısların zarar görmemesi de esastır. Hz peygamber, bu amaçların ortaya çıkabilmesi için gerekli her türlü tedbiri almıştır. Bu manada zayıf tarafın haklarının ihlal edilmesine sebep olan faizin ne olduğunu belirleyerek alışverişi ve diğer borç münasebetlerini faizden arındırmıştır.⁴⁹⁶
7. Akitlerde en önemli konulardan biri de akitlerin varlığını ve şeklini

⁴⁹⁴ Edu Davud, Büyü, 51/3459, 24/3376; Müslim, İman, 164/283; Tirmizi, Büyü, 4/1209.

⁴⁹⁵ Ebu Dâvud, Büyü, 53/3458; Tirmizî, Büyü, 27/1248; İbni Mâce, Muhayyerlik, 18/2185, Ticaret 18/2185; Canan, III, 129-130; *Müsned-i Ahmet*, Hadis no, 10922, XVI, 537; Ahmed b. Hüseyin Ebu Bekir, *Sünen-i Kübra*, Büyü, 11075, VI, 29, thk; Muhammed Abdülkadir Ata, I-X, 3. Baskı, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 2003.

⁴⁹⁶ İbn Mace, Ticarat, 58.

etkileyebilecek şartlar ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesidir. Zira akit hürriyetini en çok etkileyen konulardan biri budur. Peygamberimiz, helali haram, haramı helal kılmamak şartı ile akitlerde her türlü şartın ileri sürülebileceğini ve bunların kabul edilmesi halinde tarafları bağlayacağını net bir şekilde ifade etmiştir.⁴⁹⁷ Çünkü hukuki hayatın düzenli bir şekilde varlığı ancak insanların verdikleri sözlere uymaları ile mümkündür.

8. Rızailik ilkesi gereği şekil şartlarından olabildiğince arındırılan akitler, tarafların haklarının muhafazasını da temin etmek şartı ile akitlerde olabildiğince kolaylık gösterilmesinin teşvik edildiğini görmekteyiz.⁴⁹⁸ Bu cümleden olarak taraflar birbirlerinden ayrılmadıkları sürece akdi kabul edip etmemekte serbest oldukları gibi akdin daha sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için kabul edilen muhayyerlikler de hep bu ilke gereğidir.⁴⁹⁹
9. Akitlerde yalan söyleyip malın kusurunu gizlemenin, gerçeğe dayanmayan reklam ve yeminle akit yapmanın sakıncalı olduğu, faiz ve şüpheli şeylerden uzak durmanın gerekli olduğu, kullanılması yasak olan şeylerin akitlerinin de yasak olması, gerek ölçü ve tartıda gerekse her türlü hal ve harekette aldatmanın yasak oluşu, mevcut olmayan malın satışının yasak olması, köylü/üretici adına şehirlinin mal satmasının yasak olması, haksız rekabete sebep olan neceş, mali piyasaların normal düzenini bozan ihtikar ve narh yasağı gibi ticaret hayatını düzenleyen hadislerin hepsine bir bütün olarak baktığımızda sonuç olarak; akitlerde rızailik/hürriyet ilkesinin esas olduğunu, aldatma ve sömürüye yol açan tüm yol ve yöntemlerin yasak olduğunu, akdin her yönüyle şeffaf yani taraflarca bilinir olması gerektiğini ve böylece tarafların haklarının korunmasının esas olduğunu söyleyebiliriz.

Bütün bu çıkarımlardan sonra şunu ifade edebiliriz; insanlar bir menfaate binaen akit yaparlar. Bu menfaatin karşılıklı olarak tam ve adil bir şekilde gerçekleşmesi ve aynı zamanda üçüncü şahıslara da her hangi bir zararın da olmaması gerekir. Bu sonuca

⁴⁹⁷ Tirmizî, Ahkam, 17/1352; Ebu Davud, Akziye, 12/3594 (Bu kaynakta hadisi Ebu Hureyre rivayet ediyor.); İbn Mâce, Ahkâm, 23/2353.

⁴⁹⁸ Buhari, Buyu, 16-18, İstikrâz, 6; Tirmizî, Buyu, 75/1319-1320; Canan, III, 12-14; Müslim, Müsâkât, 6/1560; Nesâî, Buyu, 104; İbn Mâce, Ticarat, 28.

⁴⁹⁹ Buhari, Buyu, 19, 22, 44, 46; Müslim, Buyu, 11, 47/1532; Ebu Dâvud, Buyu 53/3459; Tirmizî, Buyu, 26/1246; Nesâî, Buyu, 4, 8, 9/4381-4389; Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân b. el-Fazl ed-Dârimî, *Sünen-i Dârimî*, Buyu, 15/2589, I-IV, Daru'l Muğni, Suudi Arabistan 2000.

mani olan her türlü söz ve tavır akdin doğasına aykırıdır. Bunun dışındaki söz ve tavırların ise akde bir tesiri yoktur.

Akitlerin Kur'an ve Sünnet'teki yerini tespit ederek borçlar hukukundaki akit hürriyetini ortaya koymaya çalıştığımız bu kısımda şüphesiz bu iki kaynağın temel özellikleri bizim bu konudaki hükmümüze yön vermektedir.

İslam hukukunun en önemli özelliği onun ilahi iradeye dayalı olmasıdır. Bu yönüyle insanın hayatına dünya ve ahret bütünlüğü içerisinde bakarak maddi ve manevi yaptırımları ile kendi sistemini kabul edenler üzerinde daha güçlü bir etkiye sahip olur. İşte bu çift yönlü bir yaptırım gücüne sahip olması hasebi ile diğer beşeri hukuk sistemlerinden ayrılan İslam hukuku, sadece akla değil vicdana da hitap ederek hukuka olan bağlılığı kuvvetlendirmektedir. İhmal edilen ödevlerin, yapılan haksızlıkların ve çiğnenen kuralların sadece bu dünyada değil ahirette de hesabının sorulacağı inancı hukuka olan saygıyı artırır. İyi niyetin ve buna bağlı iyi davranışın ahirette ayrıca ödüllendirileceği bilgisi kişiyi hukukun gereğini gönüllü olarak yerine getirme yönünde motive edecektir.

Beşeri hukuk teorisyenleri genellikle hukukla ahlakın birbirinden ayrı alanlar olduğunu ve hukukun dış, ahlakın ise iç eylemlerle ilgili olduğunu söylerler. İslam hukukçuları ise kesin olarak ahlak hukuk ayırımının olmadığını, bir iç içelik olduğunu söylerler. Nitekim hukukun temin etmeye çalıştığı; adalet, hakkaniyet, özgürlük, emniyet, iyiliği gerçekleştirip kötülüğü yok etme, insan haysiyetini ve mülkiyeti koruma gibi makasid'ü-şeria/temel hak ve özgürlüklerin aynı zamanda ahlaki içerikli değerler olduğu herkesin kabul ettiği bir gerçektir. Hukuk bu değerleri somut ilişkiler ağında gerçekleştirmeyi amaçlayan normatif bir kurumdur.⁵⁰⁰

Akitlerin İslam hukukunun iki ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet'teki yerinin ne olduğunu açıklamaya çalıştığımız buraya kadarki verdiğimiz bilgilerde, verilen hükümlerin amaçlarının ve nihai hedefin hep insanın maslahatı olduğunu görmekteyiz. Diğer bir ifade ile insanın gerek fert gerekse toplum olarak haklarının dengeli bir şekilde korunmaya çalışıldığını ve bunun da çift yönlü yaptırımlar ve hukuk-ahlak birlikteliği sağlanarak tesis edildiğini söyleyebiliriz.

İslam hukuku dini kaynaklı olması sebebi ile borçlar hukukunu ve bu alandaki

⁵⁰⁰ Yaman - Çalış, 29.

akitleri dinin bütününden yani inanç, ibadat, ukubat ve muamelat birlikteliğinden ayrı düşünmek mümkün değildir. İslam inanç, ibadat, muamelat ve ukubat alanına giren kurallarını, vahyin ilk yıllarından itibaren tedrici olarak v'az etmiştir. Önce insanların bu sistemi zihnen ve vicdanen kabullenmelerini yani inanç ve ahlak boyutu ile içselleştirmelerini sağlamış sonra da bunların somut varlıkları olan amel/hukuk boyutunu ukubatı çift yönlü işleterek tesis etmiştir. Her aşamasında ise muamelat ve ukubatı inanç ve ahlakla bütünleştirerek kendine özgü köklü bir sistem kurmuştur.

İslam hukuku insanların bütün eylemlerini kapsayacak mahiyette sosyal hayata dair hükümlerini serdederken ana gayesi olan adaleti, hakkaniyeti ve insanların maslahatını merkeze alarak ve hukuk-ahlak bütünlüğünü de sağlayacak şekilde vazetmektedir.

İslam hukuku, insanın sosyal hayatta zorunlu ve yaygın olarak yapmış olduğu bütün akitlerde olduğu gibi borçlar hukuku alanına giren akitlerde de bu ana ilkeler doğrultusunda hükümler vaz etmiştir.

Konumuzla ilgili ayet ve hadislerden çıkardığımız verilere göre kanaatimiz şudur ki, bu hukuk sisteminin bütünlüğü içerisinde insanlar borçlar hukukunun alanına giren her hangi bir akdi, her türlü dış ve iç arızalardan arınmış özgür bir irade ile yani karşılıklı rıza ile istedikleri kişilerle ve şekil şartları ile kurabilirler. Çünkü insanın akit yapmasının temel gayesi kendisi veya düşündüğü kimseler için bir menfaatin temin edilmesidir. Ancak tek şart; helali haram, haramı helal kılmamak yani hukukun amir hükümlerine uymak, bir başkasının hakkını/kamu menfaatini ihlal etmemek ve genel ahlak kurallarına riayet etmek gerekir.

2.2.3. Akit Hürriyetinin İcma'daki Dayanakları

Peygamberimizin vefatında sonra her hangi bir zamanda o dönemde yaşayan bütün Müslüman alimlerin hukuki bir meselede ya açıkça görüş belirterek veya sükut ederek ittîfâk etmelerinden ibaret olan İcma;⁵⁰¹ nas, kıyas, örf veya maslahata dayanarak çıkarılan bir hükmü sabitleyici ve kuvvetlendirici bir kaynaktır.⁵⁰²

⁵⁰¹ Amidi, *el-İhkam* I, 196; Hallaf, 45; Hudari, 242; Abdullah Çolak, *İslam Hukuk Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2018, 166.

⁵⁰² Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 141; Yaman - Çalış, 46; Hallaf, 48.

İcma, genelde bir senede dayandığı için onun asıl işlevi nasların nasıl anlaşılmasında belirleyici olmasıdır. Bizatihi kendisinin bir kaynak olmayıp asıl senedinin/kaynağının nasıl yorumlanması konusunda etkin olduğunu söyleyebiliriz. Bu haliyle o, İslam ümmetinin ana gövdesini oluşturmak ve korumak gibi bir amacı olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁰³ İcma'nın bu sabitleyici, koruyucu ve kuvvetlendirici özelliğine nisbetle hüküm koyucu işlevi ikinci plandadır.⁵⁰⁴

İcma'nın kaynak değeri olduğunu savunan cumhurun bunu delillendirmek için kullandıkları; “Ümmetim hata/sapıklık üzerinde birleşmez”,⁵⁰⁵ “Allah’tan ümmetimin sapıklık üzerinde birleşmemesini istedim, bana istediğimi verdi”,⁵⁰⁶ ve Abdullah ibn Mesud’dan mevkuf olarak gelen “Müslümanların iyi gördüğü şey Allah’ın katında da iyidir.”⁵⁰⁷ gibi hadisler akit hürriyeti bağlamında İslam hukukçularının sonradan çıkan akitlerle ilgili icma ile vardıkları kararların da doğru olduğunu göstermektedir.⁵⁰⁸

İslam borçlar hukukundaki isimli akitler denilen ve fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak anlatılan ve sonuç itibari ile caiz olduğu kabul edilen akitlerin hemen hemen hepsinde icma olmuştur. Zira ilk kaynağı Kur’an ve Sünnet olan akitlerde icma'nın olduğunda ihtilaf yoktur. Cevazının ilk delili kıyas, örf veya maslahat olan akitlerde ise farklı yaklaşımlar olmakla birlikte son tahlilde icma’yı kabul edenlerin çoğu bunu da kabul etmektedirler. Buna göre bu akitler icma'nın senedi olan diğer deliller sayesinde meşruiyet kazanmış, icma delili ile ise bu meşruiyet perçinlenmiştir.

Mali piyasaların kendi seyrinde devam ettiği normal zamanlarda devletin/hukuki otoritenin fiyatlara müdahale etmesini doğru bulmayan, bunu insanların razı olmadıkları bir fiyatla mallarını satmaya zorlamak olacağını ve bunun ise insanlara haksızlık olacağını düşünen sahabe tes’iri/narhı caiz görmemişlerdir.⁵⁰⁹ Çünkü normal şartlarda insanların maslahatı bunu gerektiriyor.

⁵⁰³ Mehmet Erdoğan, “İslam Hukukunun Dinamizmi, Esneklik ve İkame Kurumlar. İslam Fıkhnın Dinamizmi”, (*Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri*), KURAV, Bursa 2003, 23.

⁵⁰⁴ Yaman - Çalış, 47.

⁵⁰⁵ İbn Mace, Fiten, 8.

⁵⁰⁶ Ebu Davud, Fiten, 1/4252.

⁵⁰⁷ Ahmet ibn Hanbel, Hadis no, 3600, VI, 84.

⁵⁰⁸ Hallaf, 47; Hudari, 255.

⁵⁰⁹ Şaban, 108; Sahabe bu görüşünü, Ebu Davud, Buyu, 51; Tirmizi, Buyu, 73; İbn Mace, Ticarat, 27 geçen hadislere dayandırmaktadır.

Ancak Tabiin döneminde fiyatlarda sun'î artışlar olunca yani normal piyasa şartları bozulunca insanların genel maslahatının korunabilmesi için fiyatlara hukuk otoritesinin müdahalesini gerekli gören o günkü meşhur hukukçular icma/ittifâk ederek narhı caiz görmüşlerdir.⁵¹⁰

Onların bu uygulaması, icma ile oluşan hukuki düzenlemelerde zarurat-ı diniyyeden olan konulara ve emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla başka bir icma ile değiştirilebileceğini göstermektedir.⁵¹¹ Ama her halükarda insanların maslahatının gözétilmesi gerektiğini ve bunun da şartlara göre değişkenlik gösterebileceğini de görmekteyiz. Zaten onlar bu karara varırlarken de yine bir temel hukuk kuralına dayanarak bu sonuca varmışlardır. O da, Mecelle'nin 26. Maddesinde ifade edildiği şekliyle “ zarar-ı ammı def” için zarar-ı has ihtiyar olunur” yani daha büyük bir zarardan kaçınmak için daha küçük zarar tercih edilir. Hukuki kararalar verilirken bu ve buna benzer temel hukuk ilkeleri gereği insanların tamamının haklarının korunması ve maslahatlarının sağlanması hedeflenmektedir.

Borçlar hukukunun mahiyeti gereği ana ilkelerin dışındaki kurallarının daha çok hukukçular tarafından tesis edilip şekillendirildiğini, bunun da önceleri bireysel icthatlarla başlayıp zamanla diğer müctehitlerin de katılımıyla icmaya dönüştüğünü görmekteyiz. Bu imkan bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da olacaktır. Yani yeni oluşan akitlere önce bireysel görüşlerle sonra da zaman içerisinde icma ile hükümler bina etme imkanı devam edecektir.⁵¹²

2.2.4. Akit Hürriyetinin Kıyas'daki Dayanakları

İslam hukukunun en bariz vasıflarından biri, canlılığını her daim koruması ve kendine has hüküm çıkartım usulleri ile yenilenebilmesidir. Bu usullerin en başında gelenlerinden biri de kıyastır. Kıyas, bilinen bir hükmü, aynı gerekçeye dayanarak yeni bir meseleye aktarmaktır. Daha açıkçası; Kitap, Sünnet veya İcma ile belirlenmiş bir hükmün aynısını, aralarındaki illet birliği sebebiyle yeni karşılaşılan olaya da vermektir.⁵¹³

⁵¹⁰ Şaban, 108.

⁵¹¹ Erdoğan, İslam Hukukunun Dinamizmi, 23.

⁵¹² Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 151.

⁵¹³ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 153; Medhal, 167; Hallaf, 52; Hudari, 257; Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 170.

Bilinenden bilinmeyene ulaşabilmenin metodu olan kıyas, bu anlamda kendisi bizatihi kaynak değil, var olan bir hükmü ortaya çıkarıcıdır yani müsbet değil muhbir. Kur'an ve Sünnet'te her hüküm mündemihtir. Müctehitler derinlemesine yaptıkları ichtihatla/kıyasla Kur'an ve Sünnet'in lafızlarında var olan manaları/hükümleri istinbat ederek ve illetlerini belirleyerek yeni karşılaştıkları olaylara da aralarındaki illet birlikteliği sebebi ile o hükmü vermektedirler.⁵¹⁴

Hükmü ayetle sabit olan Cuma saatinde alışveriş yasağına⁵¹⁵ kıyasla aynı saatte Cuma namazının kaçırılmasına yol açacak diğer akitler de yasak kılınmıştır.⁵¹⁶ Yine hükmü hadislerle belirlenmiş olan başkasının evlenmek üzere teklif götürdüğü kimseye evlilik teklif edilmemesi ve yine yapılan bir alışverişe dışarıdan yeni bir teklif yapılmaması⁵¹⁷ hadisesindeki illeti belirleyerek aynı yasaklık hükmünü kira vb. sözleşmelere taşımak kıyas usulünün sağlamış olduğu çözümdür.⁵¹⁸

Bu örneklerde görüldüğü gibi İslam hukukçuları kıyas yoluyla akitlerle ilgili meseleleri çözüme kavuşturmakta ve akitlerin nasıl olması gerektiği hususunda sınırları belirlemektedirler.

2.2.5. Akit Hürriyetinin Tali Kaynaklardaki Dayanakları

Akit hürriyetinin varlığı sadece asli kaynaklardaki akitlerle sınırlı olmadığı için bu asli kaynaklardaki akit hürriyetine dair konuları izah ettikten sonra diğer kaynakların da bu meseleye tatbikinin ve etkisinin nasıl olduğuna bakmamız icâbeder.

İslam hukukunun, temel kaynaklarının vahye dayalı olması özelliğinin yanında ilk devirden beri müctehitlerin özel gayretleri ile gelişip her zaman ve zeminde canlılığını muhafaza etme özelliğine sahip olduğu bilinmektedir.

İslam hukuku, az sayıdaki bazı konuları ayrıntıları ile açıklarken özellikle değişkenlik ve gelişim gösteren muamelat alanını genel hükümlerle belli bir çerçevede

⁵¹⁴ Erdoğan, *İslam Hukukunun Dinamizmi*, 22; Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 175.

⁵¹⁵ Cuma 62/9.

⁵¹⁶ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 155.

⁵¹⁷ Buhari, Nikah, 45; Müslim, Buyu, 8.

⁵¹⁸ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 155; Şaban, 112.

düzenlemiş, değişen ve gelişen olaylar karşısında ihtiyaçlar doğrultusunda bu çerçevenin içini doldurmayı ise müctehitlere bırakmıştır.⁵¹⁹

İslam hukukunun bu esnekliği sayesinde tarih boyunca İslam hukukçuları gelişen olaylar karşısında tali kaynakları kullanarak ana prensiplere aykırı düşmeyecek şekilde yeni hükümler koymuşlardır. Bu değişimin daha çok borçlar hukuku sahasında olduğunu fıkıh külliyyatına tarihi seyri içerisinde baktığımızda görmemiz mümkün olmaktadır. Zira borçlar hukuku alanındaki kuralların çoğunun yedek kural mahiyetinde olması⁵²⁰ da tali delillerin bu sahada etkin kullanılmasını kolaylaştırmıştır.

Konumuz olan borçlar hukukunda daha çok emredici değil yedek kuralların olması ve akitlerde akit hürriyetinin kabul edilmesi, hukukçulara bu sahadaki hükümlerin istinbat yöntemlerine uyarak tali kaynakları daha fazla kullanma imkanı vermektedir.

Asıl konumuz tali delilleri ve istinbat metodlarını anlatmak olmadığı için bunların tanımları, sınırları, kaynak değerinin ne olduğu ve kabul edip etmeyenler gibi işin ayrıntısına girmeyeceğiz. Konumuz olan borçlar hukukunda akit hürriyetine etkisi noktasında bu tali delillerin ve istinbat usullerinin yerinin ne olduğunu anlayabilmek için kısaca bilgi verip birkaç örnek vererek meseleyi izah edeceğiz.

2.2.5.1. Sahabi Görüşü

İslam hukukunun iki ana kaynağının oluşumuna şahit olan hatta zaman zaman soruları veya yaptıkları davranışlarla vahyin nuzülüne veya hadislerin vüruduna sebep olan sahabenin Müslümanlar nezdindeki yerlerinin ayrıcalıklı olduğu kabul edilmektedir.

Sahabenin; vahyin inişine şahit oldukları, dini Peygamberimizden doğrudan öğrendikleri, O'nun eğitim ve terbiyesinden geçtikleri, özellikle O'nun hüküm verme yöntemini yakından izledikleri ve dini sonrakilere aktaran nesil olmaları sebebi ile bazı müctehitler onların görüşlerine özel önem vermişlerdir.⁵²¹

⁵¹⁹ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 115-119; Yaman - Çalış, 25.

⁵²⁰ Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 20, 36.

⁵²¹ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 207; Medhal, 175; Hallaf, 94.

Böyle bir ortamda yetişen bir sahabe'nin hukuki bir mesele hakkındaki görüşünün diğer müctehitleri bağlayıp bağlamayacağı hususunda farklı görüşler olmakla birlikte mezhep imamlarından İmam Ebu Hanife, Malik b. Enes ve Ahmed b. Hanbel'in bunu delil olarak kabul ettikleri İmam Şafii'nin ise onların görüşünü göz ardı etmediği anlaşılmaktadır.⁵²²

Sahabe'nin hepsi aynı dini bilgiye sahip olmadığı gibi olaylara hüküm vermede de aynı kabiliyete sahip olmadıkları bir vakıdır. Dört halife, Abdullah İbn Abbas, Abdullah İbn Mesud gibi bazıları bu konuda daha mahirdi. Bunlar Peygamberimizin vefatından sonra Müslümanların karşılaştıkları olaylara çözümler üretmişlerdir.⁵²³ Onların akitler dahil bir çok meselede verdikleri fetvalar, çözümledikleri davalara ait hükümler ve değişik vesilelerle ortaya koydukları hukuki görüşler ilk devir alimleri tarafından intikal ettirilerek kitaplara geçmiştir.⁵²⁴

Sahabi görüşünü her halükarda bağlayıcı bir delil kabul edenler veya hiçbir şekilde bağlayıcı değildir diyenler ya da sadece akıl ve ichtihatla bilinmeyecek konularda delil olduğunu söyleyenler olmakla birlikte sonuç itibari ile onların ortaya koydukları hukuki çözümleri göz ardı etmek mümkün değildir.⁵²⁵

Sahabi görüşlerinin kaynak değerinin tartışmalı olması bir yana Hadis, Siyer ve Fıkıh kitaplarına baktığımızda sahabe'nin, Peygamberimizin vefatından sonra karşılaştıkları hadiselerle ürettikleri çözümlerin ve bir sonraki nesle dini aktarırken sorulan meselelere verdikleri cevapların bir hayli fazla olduğunu görmekteyiz. Bunlar hayatın her alanında olduğu gibi akitlerle ilgili de olabilmektedir. Onların bu uygulamaları, olaylara bir hüküm vereceğimiz zaman en azından bize yol göstermektedir.

Mesela iş akdi ile devlet memuru olan kimselerin devletten maaş almalarının onların hakkı olduğunu ifade eden Hz. Ebu Bekir'in şu sözü; "Kavmim biliyor ki, benim mesleğim ailemin nafakasını teminden aciz değildir. Ancak şimdi Müslümanların işleriyle meşkulüm. Bu sebeple Ebu Bekir'in ailesi Beytül-Mal'den yiyecek, o da

⁵²² Yaman - Çalış, 47; Hallaf, s. 95.

⁵²³ Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 221.

⁵²⁴ Şaban, 185; Zeydan, *Usul'ul Fıkıh*, 207; Medhal, 174 .

⁵²⁵ Hudari, 286; Ali İhsan Pala, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 135, Fecr Yayınları, Ankara 2009.

Müslümanlar için çalışacak."⁵²⁶Hz. Ebu Bekir'in bu kararında, ister devlete ister özel şahıslara bir iş akdi ile iş yapan kimsenin bu iş karşılığında ücrete hak kazanacağı prensibini görmemiz mümkündür.

Hz. Ömer'in uygulamalarının ayrıcalıklı olduğu bilinmektedir. O genel bir hüküm koyarak haksızlıkların önüne geçmek amacıyla bütün alışverişlerde dini/hukuki kuralları bilmenin önemine dikkat çekerek; "Bizim çarşımızda dini bilen kimseler satıcılık yapsın" buyurmuştur.⁵²⁷Böylece O, haklarını ve sorumluluklarını bilmemekten veya bunların ihlal edilmesi durumunda uygulanacak müeyyideleri bilmemekten kaynaklanacak sorunların önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Akit hürriyetinin bir parçası olan şart hürriyeti bağlamında Hz. Ömer veya oğlu Abdullah İbn Ömer'den gelen şu haber sahabe kavlinin bu konudaki dayanaklarından biridir. Rivayete göre Hz. Ömer veya oğlu Abdullah; "Allah'ın Kitabı'na muhalif olan her şart yüz kerre şart kılınca da batıldır. Hiçbir hüküm ifade etmez" demişlerdir. Buhari, bu söz her ikisinden yani hem Ömer'den hem de İbn Ömer'den olmak üzere söyleniyor demektedir.⁵²⁸

Yine Hz Ömer'in hükümlerle alakalı olarak Ebu Musa el-Eş'arî'ye gönderdiği mektupta; "Sulh Müslümanlar arasında geçerlidir ancak helali haram, haramı da helal kılan sulh hariç."⁵²⁹ demektedir. Kadı Şurayh, "kim nefesine kendiliğinden, hiçbir zorlama olmaksızın bir şey şart kılarsa, o şart ona lâzım/bağlayıcı olur."⁵³⁰ demiştir.

Bu örnekler sahabe nezdinde akit hürriyetinin kabul edildiğini göstermekle birlikte aynı zamanda akit hürriyetinin sınırlarını belirleme noktasında sahabe kavline dayanarak bir sonuca varılabileceğini de ifade etmektedir.

2.2.5.2. Şer'u men Kablena/ Önceki Milletlerin Hukuku

İnsanlığın hayatı ilk defa İlahi öğretisi ile Hz. Adem ile başlayıp o günden beri insanlar bu öğretisi doğrultusunda ihtiyaç duydukları bir çok şeyi yaptıkları akitlerle elde

⁵²⁶ Buhari, Buyu, 15.

⁵²⁷ Tirmizi, Vitr, 21/487.

⁵²⁸ Buhari, Şürût 17.

⁵²⁹ Beyhaki, *Sünen-i Kübra*, Sulh, 11352, VI, 107; Muhammed b. Ebu Bekir İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lamü'l-Muvakı'in an Rabbi'l Alemin*, I, 84, I-IV, Darü'l Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 1991; Zuhayli, V, 155.

⁵³⁰ Buhari, Şürut, 18.

etmektedirler. İnsanlar, bu İlahi öğretiden uzaklaşınca onların bütün eylemlerine, yine onların her birinin hakkını korumak amacı ile zaman zaman İlahi müdahaleler olmuştur.

Zira bütün peygamberlerin gönderiliş gayesi ve vahyin nihai hedefi insanların hayatlarının tamamını kuşatacak şekilde onlara yol göstermektir. İnsanlar gönderilen vahyi değiştirip hayat kurallarını vahiyden bağımsız bir şekilde kendileri inşa etmek istediklerinde hayatın tamamını yani bütün insanların ve diğer tüm varlığın haklarını kuşatıcılıktan uzak oldukları için İlahi müdahale kaçınılmaz olarak tekrarlanmıştır.

Yeni gelen her bir müdahale önceki uygulamaların bir kısmını aynen bırakırken bozulmuş olan ilişkileri ise yeniden düzenlemektedir. Son müdahale Hz. Muhammed'e gönderilen son vahiy olan Kur'an ile olanıdır.

Kur'an ve onun hayata tatbiki olan Sünnet, önceki milletlerin uyguladıkları birçok şeyi aynen kabul etmiştir. Ama dinin aslında olmamakla birlikte zamanla insanların dini tahrif ederek tevhit inancına aykırı ve insanların haklarını ihlal eden faiz, aldatma vb. uygulamalarını ise nesh ederek ortadan kaldırmıştır.

Özellikle inanç ve ibadetlerle ilgili olmayan daha çok muamelat alanını ilgilendiren Kur'an ve Sünnet'in yasaklamadığı ama kabul ettiğine dair de bir açıklama bulunmayan hükümlerin bizim için kaynak değerinin ne olduğu alimler arasında tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk bunu kabul etmiştir.⁵³¹ Kabul eden çoğunluk ta zaten onu asli bir kaynak değil diğer delillerle birlikte değerlendirilecek yardımcı bir kaynak olarak görmüşlerdir.⁵³²

Mesela müctehitler, borçlar hukuku ile alakalı olarak ortak mülkiyete konu olan malın kullanımı ile ilgili muhayee/dönüşümlü kullanım hükmünü hem ilgili hadislerle hem de Hz. Salih peygamberin devesi ile toplumu hakkındaki Kur'an kıssası ile belirlemişlerdir.⁵³³ Burada anlatılan olayda bu uygulamanın kabul veya reddine dair bir ifade yoktur. Bu paylaşım usulünün neshedildiğine dair başka bir delil de olmadığına göre bu bizim için de bağlayıcıdır denilmektedir.⁵³⁴ Zira Kur'an kendinden önceki kitapları tasdik edici olarak gönderilmiştir.⁵³⁵

⁵³¹ Zeydan, *Usul'ul fıkah*, 209-211; *Medhal*, 175-178; Hudari, 316; Hallaf, 93.

⁵³² Yaman - Çalış, 49; Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 224.

⁵³³ Kamer 54/28.

⁵³⁴ Şaban, 182.

⁵³⁵ Hallaf, 94.

2.2.5.3. Örf

Bozulmamış akıl ve tabiat tarafından benimsenen olgu anlamında; toplumda yerleşmiş davranış şekilleri ve özel bir anlamda kullanılması teamül haline gelen lafızlar⁵³⁶ anlamındaki hukuki bir norm olan örf, yazılı olmamakla birlikte toplumun ortak vicdanının bir ürünü ve adaleti gerçekleştirme maksadının bir aracıdır.⁵³⁷

Örf asli bir kaynak olmayıp daha ziyade nasların anlaşılması ve yorumlanması sırasında görülen boşlukların doldurulması noktasında ve hukuki bir işlem tesis edilirken kullanılan lafızların yorumlanmasında müctehitlerin, istihsan veya ıstıslah/maslahat-ı mürsele yöntemlerini de kullanarak hükme ulaşmaya çalıştıkları fer'i bir kaynaktır.⁵³⁸ Asıl kaynaklara aykırı olup olmamasına göre sahih ve fasit diye ikiye ayrılır. Fasit örfün kaynak değerinin olmayacağı aşikardır.⁵³⁹

Örfün kaynak değeri olabilmesi için sahih olmasının yanında, toplumda sürekli, yaygın ve baskın olmalı, hukuki işlemin yapıldığı esnada mevcut olmalı ve aksi yönde açık bir belirleme olmamalıdır.⁵⁴⁰

Örfü kaynak olarak kabul eden hukukçular; “ Adet muhakkemdir.”⁵⁴¹ “Örflle sabit olan nassla sabit olan gibi kabul edilir.”⁵⁴² “ Örfen bilinen şey şart kılınmış gibidir.”⁵⁴³ vb. hukuki prensip ve külli kaideleri zikrederek bunun önemine dikkat çekmişlerdir.

Buna göre akl-ı selim sahibi kimselerin ihtiyaca binaen bir takım iktisadi, siyasi, kazai ve sosyal düzenlemeleri teamül haline getirmeleri durumunda oluşan örfe itibar etmek gerekir. Çünkü İslam hukukunda hükümlerin konmasındaki asıl gaye, insanların ihtiyaçlarını karşılamak, durumlarını düzeltmek, aralarında adaleti gerçekleştirmek ve onların sıkıntılarını gidermektir. İnsanların uygulaya uygula benimseyip örf/adet haline getirdikleri ve akl-ı selimin kabul ettiği şeyleri dikkate almamak onları sıkıntıya düşürür. Bu ise hukukun ana gayesine aykırı olur.⁵⁴⁴

⁵³⁶ Hallaf, 89; Şaban, 175; Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 217.

⁵³⁷ Zeydan, *Usul'ul Fıkıh*, 201; Yaman - Çalış, 50.

⁵³⁸ Hallaf, 91; Hudari, 320; Şaban, 176.

⁵³⁹ Hallaf, 89-91; Hudari, 320.

⁵⁴⁰ Yaman - Çalış, 52.

⁵⁴¹ Mecelle, md, 36.

⁵⁴² Mecelle, md, 45.

⁵⁴³ Mecelle, md, 43.

⁵⁴⁴ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 203.

İslam hukukunun ilk iki kaynağı, o güne kadar insanların uygulaya geldikleri yani örfleşmiş birçok davranışlarını olduğu gibi kabul ederek bu yöntemin doğruluğunu da te'yd etmiş olmaktadır. Diyebiliriz ki riba, kumar ve aldatma gibi haksızlığa sebep olanların dışında borçlar hukuku alanındaki akitlerin hemen hemen tamamı insanların bir ihtiyaca binaen uyguladıkları ve zamanla örf haline gelen ve Kur'an ve Sünnet'in onayladığı hukuki durumlardır.⁵⁴⁵

İslam hukukçuları daha sonraki dönemlerde de insanların maslahatını dikkate alarak ihtiyaçlarını karşılayabilmek, sıkıntılarını giderebilmek ve adaleti tesis edebilmek için diğer sahalarda olduğu gibi borçlar hukuku alanında da bu yöntemi kullanmışlardır.

Fıkıh kitaplarına baktığımızda birçok meseleye, örf deliline dayanılarak istihsan veya masalih-i mürsele gereğince hüküm verildiğini görmekteyiz. Mesela ortada olmayan bir şeyin satışı aslen yasak iken teamül haline gelip örfleştiği için istina'/sipariş akdi bu kıyasa/genel kurala aykırı olmasına rağmen istihsanen caiz görülmüştür.⁵⁴⁶

Hanefilerde akitlerin uygulanmasında insanların örf haline getirdikleri bir takım şartlar, akdin muktezası ve akde mülayim olmamalarına rağmen sahih kabul edilmiştir.⁵⁴⁷ Aslında Hanefiler, "Peygamberimiz şartlı satışı yasaklamıştır." hadisine dayanarak akdin gereği olmayan ve taraflardan birine menfaat sağlayan şartı caiz görmemişlerdir. Bu hükmün illeti, zikredilen şartın anlaşmazlıklara sebebiyet vermesidir. Ancak böyle bir şart umumi örf/âdet haline gelirse koşulabilir ve akdi bozmaz; çünkü âdet haline gelmiş bir şart tartışma ve anlaşmazlık konusu olamaz.⁵⁴⁸

Zamanın ve şartların değişmesi ile örfün de değişeceği ve buna bağlı olarak da örf'e dayalı verilen hükümlerin de değişeceği açık bir durumdur. Çünkü asıldaki bir değişimin fer'de de değişiklik getirmesi kaçınılmazdır.⁵⁴⁹ Nitekim aynı mezhep imamlarının örfedeki değişiklik sebebi ile farklı hüküm verdiklerini görmekteyiz.⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ Şaban, 176-177.

⁵⁴⁶ Hudari, 320-321; Zeydan, *Usul'ul Fıkıh*, 203.

⁵⁴⁷ Hallaf, 90.

⁵⁴⁸ Hayreddin Karaman, "âdet", *DİA*, I, 371-372.

⁵⁴⁹ Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 219.

⁵⁵⁰ Şaban, 178.

“Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkar olunamaz”⁵⁵¹ Mecelle kaidesi bu gerçeğe işaret etmektedir.

Nitekim hukukçular, içtihadı dayalı hükümlerin büyük bir kısmının müctehidin yaşadığı çağın örf ve âdetine bağlı bulunduğunu, aynı müctehid başka sosyal çevrelerde yaşasaydı içtihadının da değişik olmasının kaçınılmaz olduğunu söylemişlerdir. Örf/adet değiştiği halde eski âdetlere bağlı hükümlerde ısrar etmenin halka zorluk ve sıkıntılar getireceğini sıkça tekrarlamış ve tarih boyunca âdete bağlı olarak değişmiş hükümlerden örnekler vermişlerdir. Hamam içinde kalınacak müddet ve kullanılacak su miktarı belirlenmeden yıkanma akdi bilinmezlik içerdiği için ve sipariş yoluyla alışveriş akdi henüz olmayan bir şeyin satışı olduğu için kıyasa/genel kaidelere göre fasit akidler olmasına rağmen, âdet ve ihtiyacın değişmesi sebebiyle caiz ve muteber sayılmıştır.⁵⁵²

Verdiğimiz bu örnekler göstermektedir ki ihtiyaca binaen sonradan meydana gelen akitler zamanla toplumda genel kabul görmesi/ örf haline gelmesi halinde İslam hukuku nazarında kabul görmektedir. Zira İslam hukuku, akit hürriyetini temel bir ilke olarak kabul eder. Bu akitlerin örf haline gelebilmesi için asli kaynaklara ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir durum içermemesi şartı ile birlikte insanların maslahatına olduğuna dair de zamanın müctehitlerinin ortak kanaatinin olması icâbeder.

2.2.5.4. İstihsan

İslam hukukunun esnekliğini en iyi ifade eden ve hukukun gayesini dikkate alarak hüküm koymayı en iyi işleyen delillerden bir tanesi de şüphesiz istihsan prensibidir. Zira bu prensibe dayanılarak verilen hükümlere ve yapılan uygulamalara baktığımızda hepsinde hukukun temel gayesi olan insanların maslahatının adaletle karşılanma hedefinin gözetildiğini görmemiz mümkündür.

Ancak kaynaklık değeri üzerinde hala güncelliğini koruyan tartışmaların olduğu da unutulmamalıdır. “Denebilir ki İslam hukuk düşüncesindeki en karmaşık konulardan biridir. Bu gün hala istihsanın neyi ifade ettiği tam olarak netleştirilebilmiş değildir.”⁵⁵³

⁵⁵¹ Mecelle, md, 39.

⁵⁵² Karaman, “âdet”, *DİA*, I, 371-372.

⁵⁵³ Pala, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 137.

İstihsan; bir meseleye hüküm verileceği zaman, benzerlerine verilen genel hükme ve yerleşik genel kurala/ kıyasa uymayıp özel bir nass, icma, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi gerekçelerle İslam hukukunun gayeleri doğrultusunda ve hakkaniyet esaslarına göre hüküm vermektir.⁵⁵⁴ Böylece kelimenin sözlük anlamını çağrıştıracak şekilde bir şeyi güzel yapmak ve güzel bir sonuca varmak hedeflenmektedir.

Konunun anlatıldığı usul eserlerinde vechü'l- istihsan/ istihsanın gerekçeleri olarak her ne kadar nass, icma, kıyas-ı hafi, örf, maslahat ve zaruret olduğu söylene de aslında nass, icma ve gizli kıyas ile yapılan istihsanın gerekçelerinin de örf, maslahat veya zarureten biri olduğu görülmektedir.⁵⁵⁵ Haddi zatında örf de, zaruret, ihtiyaç ve maslahata binaen oluşmaktadır.

Buna göre bir meselede genel kurallardan ayrılıp istihsanen hüküm verilirken gözetilen gaye, hukukun sağlamak istediği maslahat ve hakkaniyet ölçülerine göre insanların ihtiyaçlarının ve sorunlarının giderilmesidir. Bu bağlamda dindeki ruhsatlar ile istihsan arasındaki paralelliğe bakılırsa istihsanın genel espirisinin kolaylık sağlamak olduğu görülür.⁵⁵⁶

Fıkıh kitaplarına baktığımızda istihsanı kabul eden fakihlerin bu adla, kabul etmeyenlerin ise aynı adı kullanmamakla birlikte aynı gerekçelerle benzerlerine verilen hükümden vaz geçip yeni bir hüküm verdikleri birçok meselenin olduğunu görmekteyiz.⁵⁵⁷

Borçlar hukukundaki akitlerle ilgili de birçok örnek olmakla birlikte burada bir iki örnek vereceğiz. Mesela genel kural; henüz sahip olunmayan şeyin satılmasının yasak olmasına⁵⁵⁸ rağmen insanların ihtiyacını gidermek amacı ile henüz orta olmayan bir şeyin cinsini, türünü, miktarını, özelliklerini ve teslim süresini belirlemek şartıyla para ile vadeli satış olan selem akdi caiz görülmüştür.⁵⁵⁹ Hanefiler, selem kıyasa/genel kurala aykırı olmakla birlikte istihsanen meşru kabul edilmiştir derler.⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ Şaban, 162; Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 181-182; Hallaf, 79.

⁵⁵⁵ Yaman - Çalış, 55-56.

⁵⁵⁶ Pala, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 138.

⁵⁵⁷ Mezheplere göre İstihsan'ın tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Çolak, *İslam Hukuk Tarihi*, 182-189.

⁵⁵⁸ Bu genel kuralın dayanağı; Hz. Peygamberin Hakim b. Hizam'a "Sahip olmadığın şeyi satma." talimatıdır. Ebu Davud, Buyu, 70.

⁵⁵⁹ Selem akdini caiz kılan özel delil, Ebu Davud, Buyu, 70'de geçen Hz. Peygamberin, "selem yoluyla satış yapan ölçü/tartı ve özelliklerini ve teslim zamanını belirleyerek yapsın." hadisidir. Hz. Peygamber,

Yine akitlerde asıl kural, akit kurulduğu andan itibaren her iki tarafı bağlayıcı olmasıdır. Ancak aldanmaların önüne geçmek ve taraflara akitten sonra da düşünme imkanı vermek amacıyla Hadis'te özel izinle üç güne kadar şart muhayyerliği hükmü istihsanen caiz görülmüştür.⁵⁶¹

Bunlar gibi birçok akdin genel hüküm ve kıyasa aykırı olarak istihsanen meşru kılındığını görmekteyiz. Akit anında akdin mevzuunun ortada olmadığı icare, muzaraa, musakaat, sipariş akitleri,⁵⁶² hamamlarda yıkanma gibi içinde belirsizlik barındıran akitler, zirai arazinin satımı ile bu araziye ait irtifak hakları olan şirb, mesil ve mürûr haklarının intikali, akitlerde örfleşmiş şartların ileri sürülebileceği, menkul malların da gayr-ı menkul mallar gibi vakfedilebileceği ve ziraat ortaklığında ortaklardan birinin ölmesi durumunda ortaklığın bozulmayıp devam etmesi gibi akitler hep istihsanen caiz olan akitlerdir.⁵⁶³

Bütün bu örnekler göstermektedir ki İslam hukuku kendine has yöntemlerle insanların ihtiyaç duyduğu ve birbirlerinin haklarını ihlal etmeden yaptıkları akitleri hukuk dairesinin içine alıp onları meşru olarak tanımaktadır. Böylece insanlara akit yapma hürriyeti noktasında çok geniş bir alan açmaktadır.

2.2.5.5. İstislah/ Maslahat-ı Mürsele

İslam hukukunda bir olaya hüküm verileceği zaman önce asli kaynaklarda o meselenin veya benzerinin olup olmadığına bakılır. Eğer o meselenin çözümü bu kaynaklardan elde edilemezse o zaman hukukun genel ilkelerine ve reddetmediği maslahata göre hüküm verilir.⁵⁶⁴

İslam hukukunda, şari' tarafından kabul edilip edilmemesi açısından maslahatlar; kabul edildiğine dair özel nass olanlara muteber maslahat, geçerli sayılmadığına dair

Medine'ye geldiğinde insanların ihtiyaca binaen henüz ortada olmayan meyvelerini bir iki yıllığına selem yolu ile sattıklarını görünce, hem insanların ihtiyaçlarının giderilmesini sağlamak hem de haksızlıkların önüne geçmek amacı ile bu talimatı vermiştir.

⁵⁶⁰ Şaban, 164

⁵⁶¹ Buhari, Buyu, 48; Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 183.

⁵⁶² Hallaf, 81.

⁵⁶³ Şaban, 164-173; Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 183-184.

⁵⁶⁴ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 187-188; Hallaf, 84; Hudari, 318; Şaban, 151; Yaman - Çalış, 56.

yine özel nass bulunanlar mülğa maslahat, kabul edildiğine veya reddedildiğine dair özel bir nass bulunmayanlar ise mürsel maslahat diye üçe ayrılır.⁵⁶⁵

Hukukçuların ayrı bir delil olarak kabul ettikleri işte bu üçüncü kısım olan, menfaat ve mefsedetin varlığını ve oranlarını tesbit etmek ve delil olarak tercih etmek hukukçulara bırakıldığı için serbest bırakılmış maslahat anlamındaki maslahat-ı mürseledir.⁵⁶⁶

Hukukçular hüküm verecekleri meselelerdeki maslahatı doğru tesbit edebilmek için Şari'in itibar ettiği yani hukukun ana gayeleri olan can, mal, nesil, akıl ve din'in muhafazası için gözettiği maslahatı, acele etmeden derinlemesine incelemeli ve aynı maslahatları ortaya koymalıdır. Aksi halde gerçekten maslahat olmayan bir şeyin hükme kaynak olması veya şahsî arzulara ve sübjektif mülâhazalara göre karar verme söz konusu olur ki bu, hukukun ana gayelerine aykırı hareket etmek olur.

Bunun içindir ki hukukçular, maslahat-ı mürselenin delil olabilmesi için; varlığı kesin olmalı, kişisel değil genel olmalı, zaruri olmalı ve akl-ı selim tarafından kabul edilir olmalı şartlarını getirmişlerdir.⁵⁶⁷

Fıkıh kitaplarında aynı isimle olmasa bile hemen hemen bütün fakihlerin aynı gerekçelerle hüküm verdiklerini görmekteyiz. Malikilerin mesalih-ı mürsele, Hanefilerin istihsan, Şafii ve Hanbelilerin ise kıyas metodu ile gözettikleri gerekçelerin dikkatli bakıldığında aynı olduğu görülür.⁵⁶⁸

Borçlar hukuku sahasında; piyasadaki malların fiyatlarıyla halkın zararına yol açacak şekilde sun'i olarak oynanması durumunda devletin fiyatlara sınırlama getirme/narh koyma yetkisinin tanınması ve terzi, tamirci gibi meslek sahiplerine kendilerine sipariş veya tamir için teslim edilen mallara zarar gelmesi durumunda tazmîn sorumluluğunun getirilmesi hükümleri mesalih-ı mürseleyle göre olmuştur.⁵⁶⁹

Hukukçular, İslam hukuk prensiplerinin en önemlilerinden biri olan mesalih-ı mürseleyle göre İslam hukukunun ruhuna ve temel kurallarına uygun olarak toplumun yeni ihtiyaçlarına cevap verebilir ve insanların maslahatına olacak hükümler vaz

⁵⁶⁵ Zeydan, *Usul'ul fıkıh*, 187-188; Hallaf, 84-85; Hudari, 318.

⁵⁶⁶ Yaman - Çalış, 56.

⁵⁶⁷ Şaban, 152-153.

⁵⁶⁸ Hallaf, 86.

⁵⁶⁹ Yaman - Çalış, 57.

edebilirler. Bu bağlamda insanlar, ihtiyaç duydukları yeni akit tiplerini istedikleri şekillerde meydana getirebilirler.

2.2.5.6. Sedd-i Zeraî‘

Her hukuk sistemi gibi İslam hukuk sistemi de vermiş olduğu hükümler ve getirmiş olduğu düzenlemelerle insanların hayatlarını düzenli bir şekilde ve birbirlerinin haklarını gözeterek sürdürmelerini sağlamayı amaç edinmektedir. Daha hukuki bir ifade ile söyleyecek olursak, def-i mefasit ve celb-i menafi‘i sağlamayı gaye edinmiştir.

Akit hürriyetinin sınırlarını belirlemede bu ilke önemli ve esnek bir zemindir. Zira zamana, zemine ve duruma göre değişebilir olması kamu otoritesine bu noktada geniş bir imkan verir.

Bunu bir kaynak olarak kabul eden İslam hukukçuları, aslında mubah olan bir şeyin, hukuken haram olan bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetli bir ihtimal olması halinde o şeyi de yasaklamak suretiyle mefsedete giden yolları kapatarak toplumun maslahatını sağlamayı hedeflemektedir.⁵⁷⁰

Aslında şari‘in yasakladığı şeylere baktığımızda hepsinde gayenin def-i mefsedet ve celb-i maslahat olduğu görülür. Sedd-i zeraî‘i ilkesini kabul eden hukukçu aslında Şari‘in maksadını iyi anlamış ve aynı yöntemi kullanmış demektir.⁵⁷¹

Savaş zamanında av silahı ticareti yapmak, şarap üreten bir kimseye üzüm satmak, î‘ne satışı yani bir malın vadeli olarak satılıp sonra satıcı tarafından o kişiden daha düşük fiyata peşin olarak alınması bu sedd-i zeraî‘e verilen örneklerdir.⁵⁷²

Önleyici tedbir de diyebileceğimiz bu yöntem ile aslında mubah olan bazı şeylere yasak hükmü verilmesi, borçlar hukuku açısından düşündüğümüzde ilk etapta sanki bu alanda esas kabul edilen akit hürriyeti prensibine aykırı gibi gözükmemektedir. Fakat daha ayrıntılı bakıldığında toplumun daha fazla zarar görmemesi için konulan bu tedbir sonuç itibari ile toplumun yararına olacağından hukukun ana gayesi olan sonuç elde edilmiş

⁵⁷⁰ Zeydan, *Usul’ul fıkıh*, 195; Medhal, 171; Pala, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 143.

⁵⁷¹ Pala, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, s. 132, 142.

⁵⁷² Yaman - Çalış, 58.

demektir. Akit hürriyetini kısmi olarak sınırlandırırsa da hukuki norm korken şeklilikten ziyade maksatları dikkate almayı göstermiştir.⁵⁷³

2.2.5.7. İstışhab

Önceki halin devam ettiğini ifade eden bu kavram, geçmişte varlığı bilinen bir durumun değiştiğini gösteren bir delil olmadıkça halen devam ettiğine ve yine geçmişte yok olduğu bilinen bir şeyin de sonradan meydana geldiğine dair bir delil olmadıkça halen yok olduğuna hükmetmektir.⁵⁷⁴

Tariftten de anlaşılacağı gibi istışhab, aslında ortaya yeni bir hüküm koymuyor, daha önce var olan niteliği ortaya çıkartarak asli hükmün varlığını koruduğunu belirtiyor. Bu sebeple istışhab, olanı olduğu gibi bırakma konusunda delildir, olmayanı var kabul etmek için huccet değildir.⁵⁷⁵

İstışhab; ibaha-i asliyye, beraet-i asliyye ve vasıf istışhabı diye üç gruba ayrılır.

Cumhurun kabul ettiği ve “eşyada asıl olan ibahadır.” cümlesinde özetlenen ibaha-i asliyye; aksine delil bulunmadıkça bir eşyadan faydalanma veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğunu ifade eder.⁵⁷⁶

Bu bölümün baş tarafında delillerini ayrıntılı bir şekilde verdiğimiz bu prensip, bizim konumuz olan akit hürriyeti prensibinin de kaynağıdır. Zira bu temel kurala göre insanların bir ihtiyaca binaen aralarında yapmış oldukları bütün akitler mubahtır, ta ki aksine yasaklayıcı bir delil bulununcaya kadar.

İslam hukukun bu prensibi için belki de denebilir ki, İslam hukukunun insanlığa en büyük armağanıdır. Zira temelde her şeyin insan için olduğunu beyan etmiş ve insana bütün tasarruflarında serbest olma gibi büyük bir imkan bahsetmiştir. Ayrıca insanı suç ve borçtan beri kılarak doğuştan onu ağır bir yükün altına sokmamıştır.

Buna göre hukukçu yeni bir akit tipi ile karşılaşınca buna bir hüküm vermesi gerekecek. Bunun için asli kaynaklara bakacak benzerleri varsa onlara kıyas ederek

⁵⁷³ Zeydan, *Usul’ul fıkah*, 196.

⁵⁷⁴ Muhammed Fethî Dirîni/Düreyni, *Buhusu mukarene fi'l-fikhi'l-İslâmî ve usulihi*, I, 359, I-II, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1994; Yaman - Çalış, 59; Zeydan, *Usul’ul fıkah*, 213; *Medhal*, 178; Hallaf, 91; Hudari, 315.

⁵⁷⁵ Şaban, 191.

⁵⁷⁶ Dirîni, *Buhusu mukarene*, I, 372-385; Hallaf, 91; Hudari, 315; Zeydan, *Usul’ul fıkah*, 213; *Medhal*, 178.

veya diğer delilleri işleterek bir karara varacak. Eğer bu yollardan hiç birinde çıkış bulamazsa o zaman bu prensip gereği o akdin mubah olduğuna hükmedecek. Tabii asli kaynaklarda o akdin benzerini yasaklayan durumlar varsa o zaman ona kıyasla bu akdin de yasak olacağı aşıkardır.

Beraet-i asliyye denilen ikinci kısım ise, delil bulunmadığı sürece kişinin zimmetinin suç ve sorumluluktan arınmış olduğu anlamına gelir.⁵⁷⁷ “Beraet-i zimmet asıldır.” Cümlesi de bunu özetler.

Mesela bir kimse, birisinde alacağı olduğunu iddia etse fakat bu iddiasını isbat edemese, dava edilen o kimsenin borçsuz olduğuna hükmedilir. Çünkü aksine delil bulunmadıkça kişinin borçsuz olduğu asıldır.⁵⁷⁸

Hukukî hüküm diğer adı ile vasıf istishabı; sabit olan bir şer’î hükmün, değiştiğini gösteren bir delil bulunmadıkça o hükmün halen devam ettiği kabul edilir.

Örneğin bir kimse bir mala sahip olsa o malın o kimsenin mülkiyetinden çıktığına dair bir delil olmadığı sürece o mal o kimsenin mülkünde olmaya devam ediyor demektir. Yine bir kimsenin, birisine borcu olsa, o borç ödenmediği veya ibra edilmediği sürece o kimse borçlu demektir.⁵⁷⁹

Buraya kadar yazdıklarımızın neticesinde şunu ifade edebilirizki; ilahî meşe’li olan İslam hukukunun bütün çağlarda ve coğrafyalarda yürürlüğünü sürdürebilmesi için kendine has geliştirmiş olduğu usullerle ve ehil ellerle bu canlılığını koruduğunu görmekteyiz.

Ehil alimler/müctehit fakihler, her hangi bir meselede hüküm verme işini yaparken şahsî arzularına göre veya sübjektif mülahazalara göre değil tarihin süzgecinden süzüle süzüle gelen ve ortak selim aklın ürünü olan objektif hukuk normlarına göre yapmışlardır.

Diyebiliriz ki hukuk tarihinin hiçbir devresinde İslam hukuk tarihinde olduğu kadar bu normlara kafa yorulmamış, cehd ve gayret sarf edilmemiş ve ictihatta bulunulmamıştır. İşte bu ictihadi gayretlerin sonucunda ortaya çıkan ve tali deliller dediğimiz bütün bu kaynak ve yöntemler bu söylediğimizin delildir.

⁵⁷⁷ Yaman - Çalış, 59.

⁵⁷⁸ Şaban, 190.

⁵⁷⁹ Zeydan, *Usul’ul fıkıh*, 214.

Müctehitler, bu kaynak ve yöntemleri belirlerken az önce de söylediğimiz gibi şahsî arzularına göre değil asıl şari'in maksatlarını ve hüküm vaz etme yöntemlerini tesbit ederek ve bu maksatları gözetip ve bu yöntemleri tatbik ederek bu sonuca ulaşmışlardır. Yani tali kaynakların asıl menbaı ve mihengi yine ana çerçeveyi çizen ilk iki kaynaktır.

Asli ve tali kaynakların olaylara hüküm verirken gözettikleri asıl maksat, insanların haklarının korunmasıdır. Buna göre hiç kimse yaptığı bir akit ile diğer bir kişiye/lere zarar vermeyecek ve on/la/un hakkını ihlal etmeyecek. Bununla birlikte yaptıkları eylemin hem kendilerine hem de diğer insanlara bir menfaati olacak. Bütün hükümlerin asıl gayesinin insanların maslahatı olduğunu söylersek abartmış olmayız. Zira bu din/hukuk sistemi insanların hayatını düzenlemek ve onların dünya ve ahiret mutluluğunu temin etmek için vardır.

Zira tali kaynakların, hukuki işlemlerin hükümlerine delil olabilmesi için müctehitlerin yapmış oldukları titiz çalışmalarda/ictihatlarda hep asli kaynaklardaki hükümlerin asıl gayesinin ne olduğunu tesbit ederek sonuca vardıklarını görmekteyiz.

Bu verilerden hareketle konumuz olan borçlar hukukundaki akitlerin durumunun ne olduğunu ve insan için akit hürriyetinin nereye kadar olduğunu ifade edecek olursak; akitler ihtiyaçları karşılamak için yapılır, eğer insanlar birbirlerinin haklarını ihlal etmeden ve karşılıklı menfaatlerini dengeli bir şekilde sağlayarak bu işi yapıyorlarsa onları sınırlayan başka hiçbir şey yoktur.

Akitleri ilk defa İslam hukuku tesis etmedi. İnsanlar tarih boyunca ihtiyaç duydukları akitleri oluşturdular. Bu akitler insanlar arasında o kadar yaygınlık kazandı ki herkes karını zararını ölçüp biçerek bu akitler vasıtası ile ihtiyaçlarını gideriyorlardı. İslam hukukunun oluştuğu döneme kadar uygulanan akit türlerini bu hukuk sistemi genel olarak onaylayarak artık bunların hukukun koruması altında olduğunu göstermiş oldu. Ancak bazı akit türlerini veya şekillerini ise neticede insanların zararına oldukları için yasakladı.

İslam hukukunun ilk iki kaynağının kullanmış olduğu bu yöntem, tali kaynaklardan olan icma, örf ve şer'u men kablena'nın kaynak olarak kabul edilmesinin isabetini de ortaya koymaktadır. Zira asli delillerin, kendi teşri'lerinden önce uygulana uygulana artık üzerlerinde toplumsal icma diyebileceğimiz, örf haline gelen ve önceki

milletlerde var olan bir vakıayı onaylaması bunların da delil olabileceğini göstermektedir

Akitlerde asıl olan gönül rızasıdır. Hiç kimse istemediği bir akdi yapmaya zorlanamaz. Bunun istisnası olan durumlarda ise toplumun çoğunluğunun menfaati öne alınarak o akde zorlanan kimsenin hakları da tamamen yok sayılmadan genel maslahat gözetilmiştir.

Akit kelimesinin sözlük anlamının da çağrıştırdığı gibi kendi rızası ile akit yapan kişi artık kendini bağlamıştır. Bu andan itibaren o akdin gereğini yerine getirmekle mükelleftir. Bir benzetme ile ifade edecek olursak, adak adayan kimse bir mecbûriyet yokken kendi iradesi ile kendini sorumlu hale getirdiği gibi akit yapan kimse de yaptığı akitle kendisini sorumlu hale getirmiştir.

Akit yapma yasağı olan veya akit yapmayı sınırlayan bütün örneklerle baktığımızda bu yasak ve sınırlamaların yine insanın menfaatlerini korumaya yönelik olduğunu görürüz.

İslam hukukunun genelde güçlüye karşı zayıf olanı veya daha az olana karşı daha çok olanı yani ferde karşı toplumu –ki burada maslahatın daha fazla olmasını amaçlayarak- koruduğunu söyleyebiliriz. Akit hürriyetini sınırlayan durumlarda da bu ilkelerinin gözetildiğini görmekteyiz.

2.2.6. Akit Hürriyetine İşaret Eden Külli Kaideler

İslam hukuku, ilahî temele dayanan ve müctehid hukukçular tarafından sistematize edilen hükümlerden teşekkül eder. Hukukçu, önüne gelen bir meselenin çözümünde sırasıyla bundan önce buraya kadar zikrettiğimiz aslî ve fer'î kaynaklara müracaat ederek, ictihadda bulunur ve bir hüküm verir.

İslam hukuku meseleci (kazuistik) bir hususiyet arz eder yani her hukukî mesele ayrı ayrı ele alınıp çözüme kavuşturulmuştur. Bununla beraber, her hukukî mesele için müşterek esaslar da belirlemiştir. Nitekim çoğu Hanefi mezhebinden olan bir kısım hukukçular bu hükümler için müşterek olan kâideleri tesbit etmişlerdir. Hukukun umumî prensipleri de denilebilecek ve hukuki hayatın en mühim esaslarını gösteren bu külli kâidelerin en önemlileri, Mecelle'nin ilk yüz maddesini teşkil eder. Küllî kâideler,

fürü-ı fikh sahasını teşkil eden onbinlerce mesele tedkik olunup, birbirine benzeyenlerin aynı başlık altında toplanması suretiyle meydana getirilmiştir. Bunu gerçekleştiren İslam âlimlerinin yorucu çalışmaları ve derin vukufları takdire şayandır.⁵⁸⁰

Küllî kaideler; insan düşüncesinin derinlik ve genişliğinde billurlaşmış, her devirde realite ile bağdaşabilen, insanın fitrat ve özelliklerinin ayrılmaz bir parçası ve insanın yaratılışı ile birlikte var olduğu kabul edilen tabiî hukukun parlak bir şekilde ifade edilmesinden ibarettir.⁵⁸¹ Diğer bir ifade ile bu kaideler, müctehit hukukçuların; Kur'an, Sünnet ve diğer ilim dallarından titiz bir çalışma ve büyük bir vukufiyetle süzerek ortaya çıkarttıkları ve onların ortak akıllarının ürünü olan şaheser hukuk kurallarıdır.

Bu küllî kâideler, umumiyetle İslam hukukunun tâlî kaynakları içinde mütâlaa edilir. Belli bir kalıpta veciz bir şekilde ifade edilen ve hukukun özünü yansıtan bu küllî kaideler hukukî meselelerin çözüme kavuşturulup bir hükme bağlanmasında asıl gayeyi göstermeleri sebebiyle yeri geldiğinde kaynak olarak kullanılmıştır.⁵⁸² Ancak bunların tamamını her mezheb aynı şekilde kabul etmez.⁵⁸³

Yeri geldiğinde kaynak olabilir denmesinin sebebi, bunlar her ne kadar kuşatıcı olurlarsa olsunlar bunların da istisnaları vardır. Bu sebeple bu küllî kaideler, hukuki meselenin ilkten ve doğrudan çözüm kaynağı değildir.⁵⁸⁴ Nitekim Mecelle'nin esbâb-ı mûcibe mazbatasında da yazdığı üzere, hâkimler, fıkıh kitaplarında veya Mecelle'nin diğer maddelerinde açık bir delil bulmadıkça yalnız bu küllî kâidelerle hükmedemez.⁵⁸⁵ Bu sebeple küllî kâideler hüküm kaynağı değil, daha önce zikrettiğimiz delillere istinâden verilmiş hükmün şâhid ve desteği olarak görülebilir.⁵⁸⁶

Biz burada bu küllî kaidelerin her birinin ayrıntısına girecek değiliz. Çünkü bu başlı başına bir çalışmayı gerektirir. Biz sadece İslam borçlar hukukunda akit

⁵⁸⁰ Ekrem Buğra Ekinci, "Mecelle'nin küllî kâideleri", 1 Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle kitabından alınmıştır. KTB Yayınları, İstanbul 2008.

⁵⁸¹ Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 116, 2. Baskı, Sebil Yayinevi, İstanbul 1977.

⁵⁸² Yaman - Çalış, 60.

⁵⁸³ Ekinci, 2.

⁵⁸⁴ Yaman - Çalış, 61.

⁵⁸⁵ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hukkam*, I, 3.

⁵⁸⁶ Ekinci, 1.

hürriyetine ışık tutan kaideleri ele alacağız ve konumuzla irtibatını kurmaya çalışacağız. Bunun için de önce kısaca tanımını ve temel özelliklerini ifade edeceğiz.

Kaide kelimesi sözlükte “her şeyin aslı, esası ve temeli” gibi anlamlara gelmektedir. Bu kelime ile eş ve benzer anlamlı olan kelimeler ise şunlardır: asıl, kanun, mesele, zabıt, maksat. İlgili kavramlar ise şunlardır; eşbah ve’n-nezair, fûruk, nazariye, prensip, küllîyat ve genel hüküm.⁵⁸⁷

Müctehitlerin ortak aklının eseri olan ve hukuki tefekkürün temel elemanlarını oluşturan bu külli kaideler; objektif, soyut, ağlebi/genel, sürekli ve müsellemtan olma gibi özellikleri vardır.

Külli kaideler, konuyla ilgilenen alimler tarafından değişik derecelendirme ve tasniflere tabi tutulmuştur. Hukukun bütününe şamil olup hemen hiç istisnasının olmadığı ve herkes tarafından kabul edilen ana kaideler olduğu gibi bunların dışında da külli kaideler vardır.⁵⁸⁸

İbn Nüceym’in eserinde yer alan ilk altı kaide, diğer kaideleri kapsamına alan en geniş ve temel kurallar niteliğindedir. Bu temel kaideler şunlardır: “Sevap ancak niyet iledir/ ameller niyetlere göredir.” “Bir işten maksat ne ise ona göre hüküm verilir.” “Şekk ile yakın zail olmaz.” “Zorluk, kolaylık tanımayı gerektirir.” “Zarar giderilir.” “Adet, hakem kılınmıştır.”⁵⁸⁹ Külli kaidelerden ancak 100 tanesi Mecelle’ye alınmıştır.

Biz burada Mecelle’de geçen ve konumuz olan İslam borçlar hukukunda akit hürriyetine ışık tutacağını düşündüğümüz maddeleri verip konumuzla bağlantısını kurmaya çalışacağız.

“Bir işten maksat ne ise, hüküm ona göredir.”⁵⁹⁰

Yani bir işleme verilecek hüküm, o işten maksat ne ise ona göre olur. Bu kaide, “ameller niyetlere göredir.”⁵⁹¹ anlamındaki hadis-i şerif’inden alınmıştır. Bu kaideye göre işlemler, o eylemde bulunan kişinin o işlemi yaparkenki maksadına ve niyetine göre değerlendirilir. Şekil şartlarına nispetle iç iradenin daha önemli olduğunu ifade eden bu kaide, İslam hukukunda şekilci bir anlayışın değil eylemlerdeki asıl maksadın

⁵⁸⁷ Abdullah Demir, *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, 15-29, Katre Yayınları, İzmir 2008.

⁵⁸⁸ Demir, 72; Ekinci, 1

⁵⁸⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve’n-Nezair*, 29-115.

⁵⁹⁰ Mecelle, md, 2; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve’n-Nezair*, 39.

⁵⁹¹ Buhâri, *Bed’ü'l-Vahy*, 1.

önemli olduğuna vurgu yapmaktadır.⁵⁹² Bu kaideye göre borçlar hukuku alanına giren her hangi bir akdi yaparken de aynı şekilde asıl olan niyet olduğu için şekli şartların fazla önemi yok demektir.

Ahlak ve hukukta kasıt ve niyetin önemi büyüktür. Bu konularda olaylar, her zaman amaç ve niyet göz önünde bulundurularak değerlendirilir. Bu kaide, fıkıhtaki kaidelerin pek çoğunu kapsamaması ve fıkıhın bütün alanlarına şamil olması itibari ile çok önemlidir.

Ancak kasıt ve niyet kalp ile ilgili bir mesele olduğundan, bir insanın kasıt ve niyeti ancak dışa yansıyan söz, hal ve fiillerden anlaşılabilir. Meselâ, kaybedilmiş bir malı yolda bulan kimsenin ilân etmesi, bunu ileride sahibi çıkarsa ona vereceğine delil teşkil eder ve böyle bir mal bulanın kusuru olmaksızın zayi’ olursa tazmin gerekmez. İlân etmezse, gasp ettiğine delâlet eder ve her halde ödemesi gerekir.⁵⁹³

“Ukûdda itibâr makâsîd ve meâniyedir; elfâz ve mebâniye değildir.”⁵⁹⁴

Aslında bir önceki maddenin daha genel ifade ettiği şeyi bu madde sınırlandırarak sadece akitlerdeki durumu ifade etmektedir. Aslında bu kaidenin vurguladığı gibi manaya itibar edilmeli fakat lafızlar da manaların kalıpları olduğundan lafızlar da dikkate alınır. Ancak yapılan bir sözleşmede kullanılan lafızlar/sözler ile kastedilen anlam farklı farklı ise, o takdirde lafıza/söze değil anlama bakılarak değerlendirme yapılır. Mesela, bir kişi şu kadar para karşılığında şu malımı sana “hibe ettim” dese karşı taraf ta bunu kabul etse yapılan bu sözleşme, “hibe değil” “satım akdidir.”⁵⁹⁵

İslam hukuku açısından son derece önemli olan irade kavramının borçlar hukukundaki yansımaları olan her iki kaide de akit hürriyeti açısından değerlendirildiğinde akitlerde şekil şartlarına nispetle iç iradenin daha önemli olduğunu ifade ederek İslam hukukunda şekilci bir anlayışın değil eylemlerdeki asıl maksadın önemli olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir. Böylece akitlerde bu hürriyetin varlığı akit yapacak kimseler açısından geniş bir kolaylık sağlamaktadır. Zira akit hürriyetinin en önemli parçalarından birisi de akitlerin belli bir şekle bağlı olup olmamaları ile ilgilidir. Bu kaidelere göre akitlerde önemli olan şekil, kalıp, söz değil akit yapan

⁵⁹² Ali Haydar Efendizade, I, 28.

⁵⁹³ Demir, 225; Ekinci, 11.

⁵⁹⁴ Mecelle, md, 3.

⁵⁹⁵ Ali Haydar Efendizade, I, 35-36.

tarafların iradeleridir. Buna göre taraflar akit yaparken daha rahat ve hür hareket etme imkanına sahip olmaktadırlar.

Bu maddenin istisnaları da vardır. Mesela bir kimse bedelsiz şunu sana sattım dese yapılan bu akit batıl satış akdi olur, bedelsiz dendiği için hibe akdi sayılmaz.⁵⁹⁶

“Şek ile yakîn zâil olmaz.”⁵⁹⁷

Bir şeyin varlığı veya yokluğu kesin olarak biliniyorsa sırf şüphe ile ortadan kalkmaz. Buna göre, eşyada asıl ve kesin olanın mubah olması ve akitlerde ve diğer davranışlarda da asıl ve kesin olanın -kişiler birbirlerine zarar vermeden- her türlü davranışın serbest olması kabul edilmesi durumunda yani istishab deliline göre bu kesin olan ibaha halinin şüphe ile yani zanni delillerle haram kılınması kabul edilemez.

Mesela temiz olup olmadığı bilinmeyen su temiz kabul edilir. Çünkü suyun aslı temizdir; necis olması ise şüphelidir. Kazancının bir kısmı gayrimeşru olan kimsenin verdiği malın, gayri meşru yollardan geldiği kesin olarak bilinmediği zaman, bu malı satın almak veya yemek caizdir.⁵⁹⁸

Şu külli kaideler de bu ana kaidenin alt dalları sayılır ve hepsi de varlığı kesin olarak bilinen bir şeyin aksine delil olmadığı sürece o hal üzere olduğunun kabul edilmesine değişik açılardan vurgu yapmaktadırlar.

“Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır.”⁵⁹⁹

Bir şey bir zamanda ne hal üzere bulunmuş ise o halin değiştiğine dair delil olmadıkça o şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır ve tercih edilendir. Zira eşyada asıl olan var olmasıdır, yokluk ise sonradan gelir. Bu kaidede de hukukun kaynaklarından olan istishab ile alakalıdır. İstishab geçmişte bir şeyin sübutu biliniyorsa şimdi de değiştiğine dair bir delil bulunmadıkça sübutuna hükmedilir. Örneğin bir kişi kaybolda öldüğüne dair bir delil veya hakim kararı olmadıkça o kimse sağ kabul edilir ve ölüye uygulanan hükümler buna uygulanmaz.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ Ali Haydar Efendizade, I, 38.

⁵⁹⁷ Mecelle, md, 4; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 75.

⁵⁹⁸ Ekinci, 14.

⁵⁹⁹ Mecelle, md, 5.

⁶⁰⁰ Ali Haydar Efendizade, I, 41.

Bu kaideye göre akit hürriyetini temel bir ilke kabul eden hukukçulara göre bu hürriyeti kısıtlayan kesin bir delil olmadıkça bu hürriyet halinin devam ettiği kabul edilmektedir.

“Kadîm kıdemi üzere terk olunur.”⁶⁰¹

Bir önceki kaide ile aynı anlama gelmektedir. Yani bir şey öteden beri meşru bir şekilde devam edegeldiği hal üzere bırakılır. Karşı bir delil olmadıkça o eski hal terkedilmez.⁶⁰² Mesela eskiden beri süregelen mürûr/geçiş, mesil/su akıtma ve mecrâ/su alma irtifâkları bu prensibe göre devam eder. Yani bir yerde bir yol varsa ve bundan önce onun yerinde ne olduğunu bilen kimse de bulunmuyorsa orası yol olarak devam eder. Birisi çıkıp da burası benim tarlamdı diyemez. Herkesin istifade ettiği pınar ve kuyular da böyledir. Eskiden beri herkesin su aldığı bir kuyu için birisi çıkıp da mülkiyeti bana aittir iddiasında bulunamaz.⁶⁰³

“Zarar kadîm olmaz.”⁶⁰⁴

Bir önceki maddenin istisnası olan bu kaideye göre zarar, zaman aşımına uğramaz. Gayrı meşru bir iş, eskiden beri yapılagelse de, buna itibar edilmez, aşırı zarar giderilir. Meselâ, eskiden beri umumî yola veya içme suyu kanalına akan bir pis su kanalı veya evlerden umumî yola çıkan cumbalar/balkonlar kadîm olsa bile umuma zarar verdiği için izale olunur.⁶⁰⁵

“Berâet-i zimmet asıldır.”⁶⁰⁶

İnsan doğuştan suçlu ve borçlu olmaz. Her insan için borçsuzluk ve masumluk asıldır. Borçlu veya suçlu olmak insanın sonradan yapacağı eylemleriyle oluşur. Dolayısıyla bir kimse birinin malını telef edip miktarı belirlenemese, borçsuzluk esas olduğundan, malı telef eden kimsenin sözü esas alınır.⁶⁰⁷

⁶⁰¹ Mecelle, md, 6.

⁶⁰² Demir, 226.

⁶⁰³ Ekinci, 15

⁶⁰⁴ Mecelle, md, 7.

⁶⁰⁵ Ali Haydar Efendizade, I, 47.

⁶⁰⁶ Mecelle, md, 8; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 78.

⁶⁰⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 48.

“Sîfât-ı ârızada asıl olan ademdir.”⁶⁰⁸

Sîfatlar, arızî ve aslî sıfat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî sıfat, hayat gibi mevsufla birlikte var olan şeylerdir. Arızî sıfat ise ticaret, kâr, ayıp gibi malın aslıyla ilgili olmayan, sonradan arız olan haldir. Bu kaide bir önceki “Beraet-i zimmet asıldır.” maddesiyle bağlantılıdır. Sonradan ortaya çıkan, geçici, arızî sîfâtlarda, esas olan bir şeyin yokluğudur. Mesela, müdârebe (emek-sermaye) şirketinde, kâr olup olmadığına dair ihtilâf çıktığında, kârın yokluğu asıl olduğundan, sermayeyi işleten emek sahibinin sözüne itibar edilerek sermaye sahibi kârın varlığını ispatlamak zorundadır. Yine bir müşteri aldığı malda kusur olduğunu iddia etse satıcı da olmadığını söylese asıl olan kusurun olmaması olduğu için ispat etme sorumluluğu müşterinindir.⁶⁰⁹

“Bir zamanda sabit olan şeyin, hilâfına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur.”⁶¹⁰

Bu kaide 5. madde ile aynı anlama gelir. Yani geçmişte sabit olan bir şeyin aksine delil olmadıkça halen onun devam ettiğine hükmolunur. Mesela bir kimsenin mülkü olduğu bilinen bir şey, satış ve bağışlama gibi mülkiyeti gideren bir durum söz konusu olmadıkça o kimsenin mülkü olarak kalmaya devam eder.⁶¹¹

“Bir emr-i hâdisin akreb-i evkatına izafeti asıldır.”⁶¹²

Sonradan ortaya çıkan bir işin, uzak bir zamanda meydana geldiği ispatlanamazsa, şimdiki hâle en yakın zamanda gerçekleştiği kabul edilir. Mesela bir satış akdinde muhayyerlik hakkı olan taraf muhayyerlik süresi içerisinde akdi fesh ettiğini iddia etse, karşı taraf ta süre dolduktan sonra olduğunu söylese fesh işlemi sürenin dolmasına daha yakın olduğu için muhayyerlik süresi geçtikten sonra fesh işlemi oldu diyen kişinin iddiası kabul edilir.⁶¹³

“Kelâmda asıl olan manayı hakikîdir.”⁶¹⁴

Bir söz söylendiğinde o sözde asıl olan ve tercih edilen gerçek manadır. Gerçek manaya yorulması mümkün oldukça mecaz manaya yorulmaz. Meselâ, evlât sözü

⁶⁰⁸ Mecelle, md, 9; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 82-84.

⁶⁰⁹ Ali Haydar Efendizade, I, 50-52.

⁶¹⁰ Mecelle, md, 10.

⁶¹¹ Ali Haydar Efendizade, I, 53-54.

⁶¹² Mecelle, md, 11; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 84.

⁶¹³ Ali Haydar Efendizade, I, 55-57.

⁶¹⁴ Mecelle, md, 12; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 91.

çocuklar demektir. Evlâda yapılmış bir vakıfta vakfedenin çocukları varsa, vakıf lehdârı olarak bunlar kabul edilir, torunları değil. Ama vakfedenin evlâdı olmayıp sadece torunları varsa evlât sözünden artık torunları anlaşılır.⁶¹⁵

“Tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur.”⁶¹⁶

Bir söz veya fiilde açıklık söz konusu olduğunda başka mana aranmaz. Sarahat /açıklık yoksa delâlete göre hareket edilir. Meselâ bir adam bir malı bağışladım dediğinde bağışlama tamamdır. Artık karşı tarafa bunu al demesine ihtiyaç kalmadan o mal teslim alınabilir.⁶¹⁷

Şu kaideler de sözün nasıl anlaşılması ile alakalıdır. “Kelâmın i’ mâli ihmâlinden evlâdır.”⁶¹⁸ “Manâyı hakikî müteazzir oldukda mecâza gidilir.”⁶¹⁹ “Bir kelâmın i’ mâli mümkün olmaz ise ihmâl olunur.”⁶²⁰

Bu kaideler akitlerin kuruluşu, işleyişi ve sona erdirilmesi esnasında vuku bilecek herhangi bir anlaşmazlık anında nasıl hareket edileceğini göstermesi açısından önem arz etmektedir.

“Mevrid-i nassda ictihada mesâğ yoktur.”⁶²¹

Yani hakkında Kitap ve sünnette açık hüküm bulunan meselede ictihat yapılarak kıyasa gidilemez. Zira ictihat, hakkında açık bir nass bulunmayan meselelerde, şari’in maksadını arayıp bulmak için yapılır. Hükümü açık ve kesin bir nassla belirlenmiş olan meselelerde çalışıp yorulmaya gerek yoktur. Mesela satım akdinin meşruluğu, gasp, itlaf ve hırsızlığın haram olması nass ile açıkça belirlenmiş olduğundan, bunlar hakkında ictihat caiz değildir.⁶²²

Akit hürriyetinin Kur’an ve sünnetteki dayanakları kısmında ifade ettiğimiz üzere borçlar hukukundaki akitlerin büyük bir kısmı bu naslarla sabit olduğundan bunlar üzerinde tekrar ictihat etmenin bir anlamı yoktur.

⁶¹⁵ Ali Haydar Efendizade, I, 60-63.

⁶¹⁶ Mecelle, md, 13.

⁶¹⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 63-65.

⁶¹⁸ Mecelle, md, 60.

⁶¹⁹ Mecelle, md, 61.

⁶²⁰ Mecelle, md, 62.

⁶²¹ Mecelle, md, 14.

⁶²² Ali Haydar Efendizade, I, 65-66.

“Ala hilafi’l-kıyas sabit olan şey sâire makîsün aleyh olmaz.”⁶²³

Kıyasa/ana ilkeye aykırı olarak nassla sabit olmuş veya zaruret icabı kabul edilmiş bir hüküm, buna benzer başka meselelere delil olmaz. Nitekim kıyas/ana ilke gereği mevcut olmayan bir şeyi satmak caiz değildir. Buna göre selem veya istisna‘ akitlerinin caiz olmaması gerekirdi. Fakat insanların ihtiyacı sebebiyle Peygamberimiz selem ve istisna‘ya izin vermiştir. Dolayısıyla selem ve istisna‘ akitleri kıyasa aykırı olmakla beraber nass ile sabittir. Artık nasıl olsa selem ve istisna‘ caizdir öyleyse buna kıyasen mevcut olmayan herşeyi satmak da caiz olur denilemez.⁶²⁴

“İctihat ile ictihat nakzolunmaz.”⁶²⁵

Müctehidin içtihadında hata veya isabet etmesi muhtemeldir. İctihatla hükmü verilen meselelerden bir mesele hakkında müctehitlerin ictihatları biri birine uymayabilir. Ya da bir müctehidin bir zamandaki içtihadı diğer zamandaki içtihadından farklı olabilir. Hukûkî istikrar açısından son derece önemli olan bu kurala göre bir müctehidin usulüne uygun olarak yaptığı bir ictihat, bir başka müctehidin aynı konudaki bir başka ictihadını bozmaz. Yine bir müctehidin bir hadisede kendi içtihadıyla hükmettikten sonra o olay hakkında içtihadı değişse önceki içtihadına göre vermiş olduğu hükmü bozmaz. Ancak Müctehitler, ictihat ettikten sonra, yeni bir bilgi yani nassdan delil olacak bir şey öğrendikleri zaman veya insanların ihtiyaçları, örf ve âdetler değiştiği ve zaruret olduğu zaman ictihatlarını değiştirebilirler. Buna ictihâdın yenilenmesi denir. Müctehit artık önceki ictihâdından dönmüş sayılır.⁶²⁶

Buraya kadar verdiğimiz külli kaideler, konumuz olan akitler açısından değerlendirildiğinde bir kısmı akitlerin kuruluşu, devamı ve ihtilaf olması durumunda neticeye kavuşturulması noktasında bir kısmı ise delillendirilmeleri noktasında bize ışık tutmaktadır.

Maddeleri anlatırken verdiğimiz örneklerden de anlaşıldığı üzere eşyada asıl ve kesin olanın mubah olması ve akitlerde ve diğer davranışlarda da asıl ve kesin olanın serbest olmasıdır. Bunu kısıtlayacak tek şey kişilerin birbirlerine zarar vermeleri veya taraflardan birinin diğer tarafı icbar etmesi durumudur. Buna göre insanlar birbirlerinin

⁶²³ Mecelle, md, 15.

⁶²⁴ Ali Haydar Efendizade, I, 67.

⁶²⁵ Mecelle, md, 16.

⁶²⁶ Ali Haydar Efendizade, I, 68.

haklarını koruyarak ve kendi rızaları ile istedikleri akitleri istedikleri şekillerde yapabilirler.

Bir şeyin aksine delil olmadıkça bulunduğu hal üzere kalması, bununla birlikte zararın ise her halükarda bertaraf edilmesi, insan için asıl olan şeyin borçsuzluk ve suçsuzluk oluşu, borç ve suç gibi arızı sıfatların sonradan insanın kendi eylemleri ile ortaya çıkışının esas alınması gibi kurallar, insanın bütün eylemlerinde olduğu gibi akitlerde de başkasına zarar vermeden serbestçe hareket edebileceğini göstermektedir.

Kelamda asıl olanın, hakiki manasının olması ve açık olması durumunda delaletle itibar edilmeyeceği kuralları akitlerle ilgili bir şüphe ya da ihtilaf olması durumunda olayın nasıl çözüme kavuşturulacağını göstermektedir.

Nassın olduğu yerde ichihat yapılamaması, ictihadın diğer bir ictihadı nakzetmemesi ve kıyasa aykırı sabit olan bir şeye başka bir şeyin kıyaslanamaması gibi kaidelerden öğrendiğimiz ise nasslarda açıkça geçen ve genel olarak bütün akitlere riayet edilmesi gerektiğini ifade eden ve ihtiyaç olması durumunda ana ilkeye/kıyasa aykırı bir hüküm bina edilebileceği hükmü de akitler açısından kişiye hem akdî sorumluluk hem de geniş bir imkan vermektedir.

“Meşakkat teysîri celbeder.”⁶²⁷

Yani zorluk kolaylığa sebep olur. Darlık zamanında genişlik gösterilir. Karz, havâle, hacr, selem akdi, gabin muhayyerliği, ikale, rehin, daman, şirket, sulh, Vekâlet, icare, müzaraa, müsakaat, mudarebe, ariyet, ve vedia gibi akitlerin meşruiyeti ve ikrah ile yapılan bey’ ve hibe gibi akitlerin muteber olmaması, insanın hayatında yerine getiremediği borç ve iyiliklerin yapılması için vasiyet edebilmesi gibi pek çok fikhî hüküm bu esasa dayanır. Yani insan tek başına hayatın yükünü taşımaya güç yetiremeyeceği için böyle bir meşakkat karşısında kolaylık olarak diğer insanlarla bu yükü paylaşmaya vesile olan bu akitleri ihdas etmiştir ve hukuk sistemi de bunları kabul ederek meşrulaştırmıştır. Hukukçuların hukuki meselelerde gösterdiği ruhsatlar ve hafifletmeler de hep bu kaideden çıkarılmıştır.⁶²⁸

Şu kaideler de bu kaide ile alakalıdır.

⁶²⁷ Mecelle, md, 17; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve’n-Nezair*, 96.

⁶²⁸ Ali Haydar Efendizade, I, 70.

“Bir iş zıyk oldukça müttesi’ olur.”⁶²⁹ “Zaruretler memnu’ olan şeyleri mubah kılar.”⁶³⁰ “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.”⁶³¹ “Bir özür için caiz olan şey, o özrün zevaliyle batıl olur.”⁶³² “Mâni zail oldukça memnu’ avdet eder.”⁶³³ “Hacet umumî olsun, hususî olsun, zaruret menzilesine tenzil olunur.”⁶³⁴ “İztırar gayrın hakkını iptal etmez.”⁶³⁵ “Alması memnu’ olan şeyin, vermesi dahi memnu’ olur.”⁶³⁶ “İşlenmesi memnu’ olan şeyin, istenmesi dahi memnu’ olur.”⁶³⁷

Bütün bu kaideler gösteriyor ki hayatın seyri içerisinde zorlukla birlikte kolaylık ta vardır. Yasak olan eylemler de vardır serbest/mubah olanlar da. Hukuk insanların hayatlarını zorlaştırmak için değil belli bir düzen içerisinde, birbirlerinin haklarını ihlal etmeden uyum içerisinde ve birbirlerine destek olarak hayatı sürdürmelerini temin için vardır.

Hayatın yükünü paylaşmak için icat edilen akitler, insanların birbirlerine zulmetme aracı olarak kullanılmasına dönüştürülmez. Çünkü böyle bir sonuç bu akitlerin amacı ile ters düşer. İşte hukuk bu noktada koyduğu kurallar ile bu amaca hizmet etmektedir. Borçlar hukuku alanında akit hürriyetinin temel ilke olarak benimsenmesi de bu amaca yöneliktir. Bu temel ilkeye göre insanlar, ihtiyacı olan her hangi bir şeyi karşılayabilmek için karşı tarafa zarar vermeden karşılıklı olarak istedikleri akitleri yapabilirler.

“Zarar izale olunur.”⁶³⁸

Asıl olan ilkten hiç kimseye zarar vermemektir. Ancak çok boyutlu sosyal ve hukuki ilişkilerde bir kimse başkasına bir zarar vermişse bu zarar meşru bir surette ve imkan ölçüsünde giderilmelidir. Ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliği, şart muhayyerliği, nakit muhayyerliği, diğer muhayyerlikler, tazmînât, şartları oluştuğunda zoraki taksim, hacir ve şuf’a halleri zararı gidermek içindir.

⁶²⁹ Mecelle, md, 18.

⁶³⁰ Mecelle, md, 21.

⁶³¹ Mecelle, md, 22.

⁶³² Mecelle, md, 23.

⁶³³ Mecelle, md, 24.

⁶³⁴ Mecelle, md, 32.

⁶³⁵ Mecelle, md, 33.

⁶³⁶ Mecelle, md, 34.

⁶³⁷ Mecelle, md, 35.

⁶³⁸ Mecelle, md, 20.

Aynı zamanda akitlerle elde edilmek istenen bir menfaati temin edeyim derken insan bu akitler sebebiyle zarar görmemelidir. Çünkü def-i mefsedet celb-i menafiden evladır. Ancak bir zarar kendi misliyle giderilemez ve zarar veren kimseye, aynı şekilde zarar vererek mukabele edilemez.

Mecellenin şu kaidelerinin hepsi de “Zarar izale olunur.” kaidesi ile alakadardır.

“Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur.”⁶³⁹ “Bir zarar kendi misliyle izale olunamaz.”⁶⁴⁰ “Zarar-ı ammı def için zarar-ı has ihtiyar olunur.”⁶⁴¹ “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur.”⁶⁴² “İki fesad tearuz ettikte, ehaffi irtikap ile, a’zâmının çaresine bakılır.”⁶⁴³ “Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur.”⁶⁴⁴ “Def-i mefâsid celb-i menâfi’den evlâdır.”⁶⁴⁵ “Zarar bi kaderi’l-imbân def olunur.”⁶⁴⁶

Bu kaidelerden anlaşılan odur ki insan hiçbir şekilde başkasına zarar vermemelidir. Ancak bilerek veya bilmeyerek bir zarar verilmişse o zaman bu zarar usulünce ve imkanlar ölçüsünce giderilmelidir ve bu zarar giderilirken zarar veren kimseye de zarar verilmez.

Toplumun zararı ile daha az sayıda kimselerin zararları karşılaştığında daha fazla kimse zarar görmesin diye az sayıdaki kişilerin zararına katlanılır. Aynı şekilde daha şiddetli zarardan kaçınmak için daha az/hafif zarara katlanılır.

Her halükarda zararın olmaması asıl olduğu için def-i mefsedet celb-i menafiden evladır ilkesince, her hangi bir akitle elde edilmek istenen bir faydaya ulaşayım derken eğer insan bir zarar görüyor veya karşı tarafa bir zarar veriyorsa o akit ile elde edilmek istenen menfaatten vaz geçilir.

Borçlar hukuku alanındaki akitlerde nassların ve diğer delillerin yasakladığı davranışlara baktığımızda hepsinde de bir başkasının hakkının bilerek veya bilmeyerek ihlal edilmesi durumunun olduğunu görmekteyiz. Bu külli kaidelerde ifade edilen de bundan başkası değildir. Bunlar akit hürriyetinin sınırlarını belirleyen kurallardır. Bu

⁶³⁹ Mecelle, md, 19.

⁶⁴⁰ Mecelle, md, 25.

⁶⁴¹ Mecelle, md, 26.

⁶⁴² Mecelle, md, 27.

⁶⁴³ Mecelle, md, 28.

⁶⁴⁴ Mecelle, md, 29.

⁶⁴⁵ Mecelle, md, 30.

⁶⁴⁶ Mecelle, md, 31.

sınır bir başkasının zarar gördüğü noktadır. Aslında sınırı bu şekilde belirlemekle hürriyet alanını da ne kadar geniş olduğunu görmüş olmaktadır.

“Âdet muhakkemdir.”⁶⁴⁷

Hakkında nass bulunmayan olaylarda o olayın hukuki hükmünü ispat etmek için ittîfâkla umumi olsun hususi olsun örf ve adete baş vurulur. Yani hakkında nass olmayan konularda örf ve âdet hakem kabul edilerek gereğince amel edilir.

Örf ve âdet, insanlar arasında düzenli olarak uygulanan ve selim tabiatlı kimseler yanında makbul olan işlerdir. Bir şeyde âdetin varlığı, o şeyin düzenli olarak, çok kere tekrarıyla ortaya çıkar yoksa bir iki kere gerçekleşmesiyle âdet olmaz.

Örf, sahih ve fasitdiye ikiye ayrılır. Hukuka ve akla aykırı olmayan örfler sahih, yani muteberdir. Hukuka ve akla aykırı bir şey, örf bile olsa fasittir muteber değildir. Burada esas alınan sahih örftür.

Mecelle'nin şu Maddeleri de örf ile alakalı olup bunun dikkate alınması gerektiğine değişik ifadelerle vurgu yapmaktadır.

“Nâsın isti'mâli bir hüccettir ki onunla amel vâcib olur.”⁶⁴⁸ “Adeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir.”⁶⁴⁹ “Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.”⁶⁵⁰ “Âdetin delâletiyle manâ-yı hakîkî terk olunur.”⁶⁵¹ “Âdet ancak muttarit yahut galip oldukta muteber olur.”⁶⁵² “İtibar galib-i şayiadır, nadire değildir.”⁶⁵³ “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.”⁶⁵⁴ “Beyne't-tüccar maruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir.”⁶⁵⁵ “Örf ile tayin, nass ile tayin gibidir.”⁶⁵⁶

Tali deliller başlığı altında örfün akitlere etkisini anlatırken ifade ettiğimiz gibi akitler, insanların uygulaya uygulaya örf haline getirdiği eylemlerdir. Buna göre akl-ı selim sahibi kimselerin ihtiyaca binaen bir takım iktisadi, siyasi, kazai ve sosyal düzenlemeleri teamül haline getirmeleri durumunda oluşan örfe itibar etmek gerekir.

⁶⁴⁷ Mecelle, md, 36.

⁶⁴⁸ Mecelle, md, 37.

⁶⁴⁹ Mecelle, md, 38.

⁶⁵⁰ Mecelle, md, 39.

⁶⁵¹ Mecelle, md, 40.

⁶⁵² Mecelle, md, 41.

⁶⁵³ Mecelle, md, 42.

⁶⁵⁴ Mecelle, md, 43.

⁶⁵⁵ Mecelle, md, 44.

⁶⁵⁶ Mecelle, md, 45.

Çünkü İslam hukukunda hükümlerin konmasındaki asıl gaye, insanların ihtiyaçlarını karşılamak, durumlarını düzeltmek, aralarında adaleti gerçekleştirmek ve onların sıkıntılarını gidermektir. İnsanların uygulamaya uygula benimseyip örf/adet haline getirdikleri ve akl-ı selimin kabul ettiği şeyleri dikkate almamak onları sıkıntıya düşürür. Bu ise hukukun ana gayesine aykırı olur.⁶⁵⁷

Burada zikrettiğimiz örfle ilgili külli kaideler de örfün akitlere etkisini ve sağlamış olduğu imkanı göstermektedir. Şunu ifade edebiliriz ki akit hürriyeti açısından örfün geniş bir imkan verdiği inkar edilemez. Zira akitler insanların bir ihtiyaca binaen ihdas edip sürekli uyguladıkları eylemleridir. Sürekli uygulanan bir akit ise zamanla örf haline gelmektedir.

Mecelle'nin baş kısmında 100 Maddede toparlanan külli kaidelerin bir kısmı belli bir üst başlık altında toplanarak bütün akitlerde ve diğer hukuki tasarruflarda geçerli olmakla birlikte diğer bir kısmı ise müstakillen belli bir konuya mahsustur.

Buraya kadar belli bir başlık altında toplanan kaidelerin dışında şu kaideler de akitlerdeki şartlar ve akit hürriyeti ile ilgilidir.

“Şartın sübûtu ndinde ona muallak olan şeyin sübûtu lâzım olur.”⁶⁵⁸

Hukukî tasarrufların bir şarta bağlanması caizdir ve bu şart sabit olduğunda o iş de sabit olur. Meselâ bir kimse, birisine eğer senden alacağım varsa ibra ettim/bağışladım dese ve gerçekten alacağı varsa bu alacak ortadan kalkar. Bu ve bundan sonraki iki madde İslam hukukunda şartlı tasarruflar konusunu esas hatlarıyla ele almaktadır. Akitlerde şart ileri sürme hususu akit hürriyeti ile doğrudan alakalıdır. Zira akit hürriyetinin bir parçası olan akdi düzenleme hürriyeti daha çok akitlerde ileri sürülen şartlarla oluşmaktadır.

“Bi kaderi’l-imbân şarta mürâat olunmak lâzım gelir.”⁶⁵⁹

Mümkün mertebe akitlerde koşulan şartlara riayet etmek gerekir. Bir sonraki başlıkta mezheplerin görüşlerini verirken göreceğimiz üzere hangi şartlara riayet etmek gerekir konusu hukukçular arasında farklı değerlendirilmiştir.

⁶⁵⁷ Zeydan, *Usul’ul fıkıh*, 203.

⁶⁵⁸ Mecelle, md, 82.

⁶⁵⁹ Mecelle, md, 83.

“Va’dler sûret-i ta’lîki iktisâ ile lâzım olur.”⁶⁶⁰

Vaadler talik şeklinde/şarta bağlı yapılırsa bağlayıcı olur. Meselâ, “Bu malı falana sat eğer o ücretini ödemezse ben ederim şeklinde yapılan bir vaad bağlayıcıdır.

“Cevâz-ı şer’î damâna münâfi olur.”⁶⁶¹

Hukukun izin vermesi, hukuka aykırı bir fiilden dolayı tazmîninde bulunmayı ortadan kaldırır. Buna göre bir kimsenin kendi bahçesinde kazdığı kuyuya bir başkasının hayvanı düşüp ölse tazmîn etmesi gerekmez. Çünkü hukuken herkes kendi mülkünde istediği gibi tasarruf edebilir. Bu ilkeden hareketle hukukun cevaz verdiği akitleri yapacak olan kimse, bu akdinden dolayı her hangi bir tazmîn ile mükellef olmayacağı için rahat hareket etme imkanı elde etmiş olur. Bu imkan o kimsede akit hürriyeti fikrini geliştirmiş olur.

“Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır.”⁶⁶²

Başkasının malında sahibinin izni olmadıkça tasarruf edilemediği gibi bir başkasına da yine başkasının malında tasarruf etmesi hususunda emretmesi bu malı kullanma hakkını vermez.

“Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âher bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir.”⁶⁶³

Herkes kendi malını serbestçe kullanabilir. Ancak bir başkasının malını, onun sarih/açık veya zımnî/örtülü izni olmadıkça o malı almak veya kullanmak ya da başka tasarruflarda bulunmak caiz değildir. Dolayısıyla bir başkasının evine ondan izinsiz girilmez, arsası işgal edilemez, tarlası ekilmez ve eşyası kullanılmaz. Burada hukukun tanıdığı zaruret halleri müstesnadır.

“Bilâ-sebeb-i meşru birinin mâlını bir kimsenin ahz eylemesi câiz olmaz.”⁶⁶⁴

Hukuken izin verilmemiş, meşru olmayan bir yolla başkasının malını almak caiz değildir. Hırsızlık, gasp, rüşvet ve kumar gibi yollarla alınan malların da iade edilmesi gerekir. Çünkü bunlar meşru yollar değildir.

⁶⁶⁰ Mecelle, md, 84.

⁶⁶¹ Mecelle, md, 91.

⁶⁶² Mecelle, md, 95.

⁶⁶³ Mecelle, md, 96.

⁶⁶⁴ Mecelle, md, 97.

Meşru sebepler; borçlar hukukunda caiz görülen satım, hibe, karz, âriyet ve icâre akitleri gibi olan tasarruflardır.

Son üç kaide akit hürriyetinin temel taşı sayılan akitlerde tarafların rızası ilkesini, mülkiyet üzerindeki bütün tasarruflarda aynı ilkenin gerekli olduğunu zikrederek ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile mülkiyet üzerindeki akitlerde mutlaka mülk sahibinin rızası olmalıdır hükmü, akit hürriyetinde temel olan tarafların rızası ilkesini ifade etmektedir.

Mecelle'nin ilgili külli kaidelerini zikretmemizin sebebi her birinin mutlaka diğer hukuki tasarrufların yanında akitlerle de bağlatısı olması sebebiyledir. Özellikle ilk 45 maddeyi belli başlıklar altında topladık ve akitlerle irtibatını ve akit hürriyetine katkısını ifade ettik. Sonraki ilgili maddeleri ise tek tek ele alıp kısaca izah ettik.

Özellikle konumuz açısından 83 ve 84. maddeler akitlerdeki şartlar açısından ve 95, 96 ve 97. maddeler ise akitlerin temelini teşkil eden akitlerde rıza konusuna vurgu yapmaları açısından önem arz etmektedir.

Buraya kadar Kur'an ve Sünnet'te akitler ve akit hürriyeti ile alakalı ayet ve hadisleri zikredip bir kanaate ulaştıktan sonra tali delillerin ve külli kaidelerin akit hürriyetine etkisini de ifade ettik. Şimdi ise mezheplerin/hukukçuların konumuzla alakalı ayet ve hadisleri nasıl anladıklarını, istinbat metodlarını kullanarak diğer tali delilleri nasıl kullandıklarını ve sonuç itibari ile akit hürriyeti konusundaki görüşlerinin ne olduğunu anlatacağız.

2.3. İSLAM HUKUKÇULARININ AKİT HÜRRİYETİ VE AKDİ ŞARTLAR HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Akit hürriyeti, insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerden birisini teşkil eder. Zira sosyal bir varlık olan insanın, varlığını devam ettirebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ilişkiler kurabilmesi için akit hürriyetinin olması kaçınılmazdır. Çünkü insanlar sosyal ve iktisadi hayatta ihtiyaçlarını karşılayabilmek için çoğunlukla akit ve benzeri hukuki muamelelere ihtiyaç duyarlar.

Daha doğrusu akitlerin temelinde bireyin ihtiyaçları ve rızası yatmaktadır. İnsan tüm ihtiyaçlarını kendisi tek başına karşılama imkanına sahip olmadığı için diğer insanlarla mutlaka iletişime geçecek ve ihtiyaç duyduğu şeyi onlar vasıtası ile

giderecektir. Bu ise ancak akit denilen vasıtalarla olmaktadır. Akitlerin temelinde ise kişinin rızası vardır. Buna göre kişinin rızası ve iradesi dışında akit yapmaya zorlanmaması, istediği biçimde akit yapması, bu ilişkinin karşı tarafını ve muhtevasını dilediği şekilde belirlemesi, kendisini belirli kalıplara bağımlı hissetmemesi en tabii hak olarak görülmektedir.⁶⁶⁵

Bununla birlikte bu hakkın kullanımı esnasında üçüncü şahısların hukukunu koruma ve toplumun menfaatini gözetme amacıyla bazı kısıtlamalar gerekebilir ki bunları ayrıntılı olarak üçüncü bölümde anlatacağız.

Burada şunu kısaca ifade edelim ki; her şeyden önce hem bu akit hürriyetinin varlığı hem de buna getirilen kısıtlamalar, İslam hukukunun hak anlayışı ve adalet ilkesinin gereğidir. Buna göre kişi ihtiyaç duyduğu şeyi hür iradesi ile yapacağı akitlerle temin etmeli ancak bu hakkını kullanırken üçüncü şahıslara ve topluma da zarar vermemelidir. Böyle bir durumda menfaatler çakışırsa; “Zarar-ı ammı def” için zarar-ı has ihtiyar olunur.”⁶⁶⁶ “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur.”⁶⁶⁷ “İki fesad tearuz ettikte, ehaffı irtikap ile, a’zâminin çaresine bakılır.”⁶⁶⁸ “Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur.”⁶⁶⁹ “Def-i mefâsid celb-i menâfi’dan evlâdır.”⁶⁷⁰ gibi külli kaidelerin ifade ettiği minval üzere hareket edilir ve akit hürriyeti kısmen kısıtlanır. Ancak bu kısıtlama temel kural değil, maslahat temelinde adil bir dengenin sağlanması için istisnai olarak ve ihtiyaç ölçüsünde başvurulmuş bir tedbirdir.⁶⁷¹

İslam hukukçularının akit hürriyeti konusundaki görüşlerini anlatırken bununla beraber izah edilmesi gereken diğer bir husus ise akitle ilgili şartlardır. Zira üçüncü bölümde işleyeceğimiz tezimizin ana teması olan akit hürriyetinin kısımlarını açıklarken göreceğimiz üzere akit hürriyetinin kısımlarından biri de akdin şeklini ve muhtevasını tespit ve düzenleme hürriyetidir. Yani akdin tarafları akdin işleyişini, hükümlerini ve sonuçlarını diledikleri tarzda düzenleme hürriyetidir. Taraflar akdin kuruluşu esnasında akdin işleyişi, hükümleri ve sonuçlarıyla ilgili yapmak istedikleri değişiklik ve düzenlemeyi karşı tarafa şart olarak ileri sürer ve karşı tarafın bu şartları kabul etmesi

⁶⁶⁵ Hafif, 265; Yaman - Çalış, 271

⁶⁶⁶ Mecelle, md, 26.

⁶⁶⁷ Mecelle, md, 27.

⁶⁶⁸ Mecelle, md, 28.

⁶⁶⁹ Mecelle, md, 29.

⁶⁷⁰ Mecelle, md, 30.

⁶⁷¹ Yaman - Çalış, 271-272.

durumunda akdi yapacağını belirtir. Karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi halinde, akit bu şartlar ile gerçekleşmiş olur.

Bu nedenle akitlerin kuruluş, işleyiş, hüküm ve sonuçlarıyla alakalı bu tür şartların tez konumuz olan akit hürriyeti ile yakın alakası vardır. Çünkü akitle birlikte ileri sürülmüş bu şartlar, akdin işleyişine ve doğuracağı hukuki neticelere doğrudan tesir eder. Bu yakın alaka sebebiyledir ki bazı çağdaş İslam hukukçuları akit hürriyeti denilince sadece akitlerle ilgili şart hürriyetini anlamaktalar ve çalışmalarını bu minval üzere devam ettirmektedirler.⁶⁷² Biz konunun bu kısmında şart hürriyetini merkeze alarak akit hürriyeti konusunda mezheplerin görüşlerini inceleyeceğiz.

Şart hürriyetinin akit hürriyeti ile irtibatlandırılması ve hukukçuların bu konudaki sınırları dar ya da geniş tutmalarındaki yaklaşım farklılıklarının en başta gelen sebebi, usul-i fıkıhta ayrıntılı bir şekilde ele alınan akitlerin neticelerini Şari'in fiili saymada hukukçuların gösterdiği farklı tavırlardır.⁶⁷³

Usul-ı fıkıhta benimsenen kurala göre müsebbepler Şari'in fiilidir. Yani akitler ve diğer tasarruflar insanların kendi iradeleri ile meydana gelirler fakat bunların sonuçları yani hukuki neticeleri Şari'in hükmü ile olmaktadır. Buna göre insan kendi iradesi ile istediği akdi yapıp yapmamakta hürdür fakat iradesini her hangi bir akdi yapma yönünde kullandığı zaman o akdin hukuki neticesi Şari'in hükmü ile olduğu için kişi o hükme uymak zorundadır.⁶⁷⁴ Hukukçular bu kuralı şöyle ifade ederler; “akitler hukuken kurucu bir sebeptir, müsebbepler (o sebebe bağlı hukuki neticeler) ise Şari'in fiilidir.”⁶⁷⁵

İbn Teymiyye de aynı manada şunları söylemektedir; “alış-verişle sabit olan mülkiyet, nikâhla sabit olan eşlerin birbirlerine helal olması gibi bizim fiillerimizle sabit olan hükümler; biz bu hükümlerin sebeplerini meydana getiririz, Şari' ise bizden sebepleri sabit olan o şeylerin hükümlerini sabit kılar.”⁶⁷⁶

⁶⁷² Özdirek, 136.

⁶⁷³ Bardakoğlu, 9-29.

⁶⁷⁴ Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usul'üs- Serahsî*, I-II, Daru'l Marife, Beyrut ty., I, 100-110.

⁶⁷⁵ Zerka, *el-Medhal*, I, 547; Zeydan, *Medhal*, 327.

⁶⁷⁶ Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, I-VI, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, 1987, III, 78.

Bu kuraldan şunu anlıyoruz ki insanların kendi iradeleri ile oluşturdukları akitler yani sebepler ihtiyari olsa bile o sebebe bağlı neticeler Şari'in emri/ izni ile tahakkuk eder ve o sebebi/akdi ortaya koyan insan istemese de o akdin hukuki neticeleri hasıl olur.⁶⁷⁷ İşte bu neticelerin Şari'in fiili ile meydana geliyor olması hukukçuları, akit yapan şahısların bu neticeleri istedikleri gibi değiştirip değiştiremeyeceklerini araştırmaya sevk etmiştir. Yani Şari'in fiili ile ortaya çıkan bu hükümler kesin, bağlayıcı, değiştirilemez ve emredici midir? Yoksa akdin taraflarının karşılıklı rıza ve anlaşmaları ile yani istedikleri şartlar doğrultusunda düzenleyebilecekleri hükümler midir? Bu konuda hukukçular temelde iki farklı grupta toplanmıştır. Bir tarafta şahıslara akdin sonuçlarını değiştirme ve düzenleme yetkisi vermeyen yani şart hürriyetini kabul etmeyen Zahiriler, diğer tarafta ise akdi kuranlara şart hürriyetini tanıyan cumhur vardır.

Genel hatları ile verdiğimiz bu yaklaşımların ayrıntısına ve mezheplerin şartlar konusundaki bu görüşlerini dayandırdıkları delillerin incelemesine geçmeden önce şart kavramı ve şartın kısımlarına kısaca değinmek gerekir.

2.3.1. Şart kavramı

Şart, usul-i fıkıhta vaz'î hükümlerden biri olup; "bir hükmün (bir sonucun) varlığı kendi varlığına bağlı olmakla birlikte kendisinin varlığı onun varlığını zorunlu kılmayan ve onun yapısından bir parça teşkil etmeyen, onun varlığına bir etki ya da sebep olmayan fiil ya da vasıftır."⁶⁷⁸ Diğer bir ifade ile "varlığı hükmün varlığını gerektirmemekle birlikte yokluğu hükmün yokluğunu gerektiren ve onun yapısından bir parça oluşturmayan durumdur."⁶⁷⁹ Şart; tanımdaki "onun yapısından bir parça oluşturmayan" ifadesi ile rükünden ve "kendisinin varlığı onun varlığını zorunlu kılmayan" ifadesi ile de sebepten ayrılır. Mesela nikah akdinin sahih olabilmesi için şahitlerin varlığı şarttır. Şahitlerin varlığı ise nikah için ne müessir ne de sebeptir, yani şahitler bulunduğu halde nikah olmayabilir diğer bir ifade ile şahitlerin bulunması nikahın olmasını zorunlu kılmaz. Şahitlerin bulunması nikahın rükünlerinden de değildir. Ancak bir nikah akdinin sahih olabilmesi için mutlaka şahitlerin bulunması şarttır.

⁶⁷⁷ Zeydan, *Usul'ul Fıkıh*, 45.

⁶⁷⁸ Buhari, *Keşfu'l-Esrar Şerh-ı Usul-ı Pezdevi*, IV, 206; Erdoğan, "şart", 519.

⁶⁷⁹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-muhtâr*, I, 94; Mehmet Boynukalın, "Şart" *DİA*, XXXVIII, 364.

Füru-ı fıkıhta ise şart; bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasının veya işlemekte olan hükümlerin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanmasını ya da hukuki işlem için kayıtlar konmasını ifade eder.⁶⁸⁰

Şartlar onları şart kılanlar bakımından iki kısma ayrılır; şer'i/hakiki şart ve ca'li/iradi şart. Şer'i şart, usul-i fıkıhtaki vaz'i hükümlerden biridir. İradi/ca'li şart ise füru-ı fıkıhla ilgilidir.

Şer'i/Hakiki Şart; şariat/hukuk nazarında başka bir şeyin varlığı kendisine bağlı olan şarttır, diğer bir ifade ile Şari'in, bir hükmün muteber bir şekilde gerçekleşebilmesi için koyduğu şarttır ki bu bulunmadıkça o şey hakkındaki hüküm doğmaz.⁶⁸¹ Şari' ibadetlerde olduğu gibi hukuki muamelelerde de onların sahih olarak gerçekleşebilmeleri için bir takım şartlar koymuştur. Bu şartlar gerçekleşmedikçe hiçbir ibadet ve hukuki muamele gerçekleşmez.⁶⁸² Mesela namaz ibadeti için abdest ve nikah akdi için şahitler Şari' tarafından konulan birer şarttır. Genellikle şer'i şartlar, Şari' tarafından şart koşuldukları şeyleri tamamlayan ve Şari'in gayelerinin gerçekleşmesini sağlayan hususlardır. Mesela satım akdinin şartlarından sayılan mebiin tesliminin mümkün olması bu akdin gayesini tamamlayan bir husustur. Çünkü satım akdinin sebep olduğu mülkiyetin gayesi satın alınan şeyden faydalanmaktır. Mebiin tesliminin mümkün olmaması ise ondan faydalanma gayesini engeller.⁶⁸³

İradi/Ca'li şart; kişilerin kurdukları hukuki işlemlerde ileri sürdükleri şartlardır ki bunlar da ta'liki, izafi ve takyidi diye üç gruba ayrılır.

Ta'liki şart; bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasının veya işlemekte olan hükümlerin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanmasını ifade eder.⁶⁸⁴ Bu şekilde gerçekleşen akde muallak akit denir. Günümüz hukuk ıstılahında teknik anlamda şart denilince fıkıhtaki bu ta'liki şart kastedilir. Bu da tanımdan da anlaşılacağı gibi eğer hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlaması gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanmışsa ta'liki şart, hukuki işlemin

⁶⁸⁰ Boynukalın, "Şart" *DİA*, XXXVIII, 364.

⁶⁸¹ Özdirek, 138; Erdoğan, "şart", 519.

⁶⁸² Buhari, *Keşfu'l-Esrar*, IV, 203.

⁶⁸³ Usul-ı fıkıhtaki şart kavramının değişik açılardan tasnifleri için bkz; Boynukalın, "Şart" *DİA*, XXXVIII, 364.

⁶⁸⁴ Teftazani, *Şerhu't- Telvih ala't- Tevzih*, II, 294-295.

hükümlerinin sona ermesi gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanmış ise infisahi şart diye ikiye ayrılır.

İnsanların bir işlem yapmasını etkileyecek her dış olay şart olarak ileri sürülebilir. Ancak şart; hukuka, örf ve ahlaka aykırı olmamalıdır, gerçekleşmesi fiilen ve hukuken mümkün olmalıdır, geleceğe ilişkin ve olması muhtemel olan bir şey olmalıdır. Dolayısıyla gerçekleşmesi fiilen ve hukuken mümkün olmayan, şu anda ya da geçmişte olan ve gerçekleşmesi gelecekte kesin olan şeyler şart olarak ileri sürülemez.⁶⁸⁵

Ta'liki şart, şart gerçekleşmediği sürece akdin hukuki varlık kazanmasına engeldir. Alım-satım, kira, hibe, müzaraa, müsakaat, ikale ve rehin gibi konusunu mal veya menfaatin oluşturduğu ve mülkiyetin devrini doğuran akitlerde ta'liki şart ileri sürülemez. Kefâlet, havale, vasiyet ve Vekâlet gibi akitleri ise mahiyetleri gereği ta'liki şarta elverişlidir.⁶⁸⁶

İzafi şart; bir hukuki işlem gelecekte gerçekleşmesi kesin olan bir şeye bağlanırsa daha doğrusu akdin hükmü gelecek bir zamandan itibaren geçerli olması şart kılınırsa burada izafi şart söz konusu olur. Buna göre akit meclisinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının buluşmasıyla akdin kuruluşu tamamlanmış, sadece işleyişi ve hükümlerini doğurması gelecek bir zamana bağlanmıştır.⁶⁸⁷ Böyle bir akde muzaf akit denir. Eğer akit, ta'liki ve izafi şartları taşımıyorsa yani akdin derhal geçerli olması durumunda ise buna tenciz, böyle bir akde de münecciz akit denir.⁶⁸⁸

İzafi şartı, akdin kuruluşu ile birlikte mülkiyetin naklini doğuran ve konusunu muayyen bir malın/ayn'ın oluşturduğu alım-satım ve hibe gibi akitlerle nikah akdinde geçersiz, konusunu menfaatin oluşturduğu kira ve ariyet gibi akitlerde, tarım ortaklığında ve vasiyet gibi özelliği itibari ile hükmünü zaten gelecekte doğuran akitlerde geçerlidir.⁶⁸⁹

Takyidi şart; her hangi bir akdi yapan kişilerin, yaptıkları bu hukuki işlemleri bazı kayıtlarla sınırlandırılmasına ilişkin ileri sürdükleri şartlardır. Burada söz konusu olan, genelde akit hürriyeti özelde ise akdin muhtevasını tayin hürriyeti çerçevesinde

⁶⁸⁵ Osman Kaşıkçı, “Şart” *DİA*, XXXVIII, 365; Zerka, *el-Medhal*, I, 573-575.

⁶⁸⁶ Yaman - Çalış, 264.

⁶⁸⁷ Yaman - Çalış, 264.

⁶⁸⁸ Hafif, 282-284; Çeker, 94.

⁶⁸⁹ Yaman - Çalış, 264.

akdin işleyişinin ve hükümlerinin taraflarca belirlenmesidir.⁶⁹⁰ Buna akdi şartlar da denir. Bu sebeple akit hürriyetini sınırlayan şart kavramı denince daha çok bu takyidi/akdi şartlar kastedilmiş olur.⁶⁹¹

Akitlerde rıza ve iradenin merkezi rolü göz önünde bulundurulduğunda acaba taraflar akdin muhtevasını belirleme hakkına sahip midir? Şayet böyle bir yetkileri varsa bunun kapsamı ve sınırı nedir? Bu takyidi şartlar akit hukuku açısından bağlayıcı mıdır? Burada takyidi şartlar konusundaki mezheplerin/ hukukçuların görüşlerinin ne olduğunu anlatacağız.

2.3.2. Zahirilerin Görüşü

Az önce de zikrettiğimiz gibi şarta bağlı hukuki işlem yapma açısından tarafların iradelerini en dar tutanlar Zahirilerdir. Bunlara göre her hangi bir akit veya şartla ilgili sarıh bir nas yani Allah'ın bir ayeti, Resulünün bir hadisi veya icma' varsa sadece bu tür akit ve şartlar geçerlidir, bunların dışındakiler batıldır. Naslarda belirtilenlerin dışında yeni bir akit türü icat etmek ve yine naslarda belirtilenlerin dışında akdin içeriğini düzenleyen veya değiştiren bir şeyi şart olarak ileri sürmek konusunda asıl olan yasaklıdır. Dolayısıyla eğer bir insan bu yasağa rağmen böyle bir işlem yaparsa bu, batıldır hükümsüzdür.⁶⁹²

Bilindiği üzere Zahiriler sadece nasların zahiri ile hareket ettikleri ve o naslardaki hükümlerin arka planı olan illetlerini dikkate almadıkları için onlara göre Şari'in vaz etmediği bir akdi icat etmek veya bir şartı ileri sürmek Allah'ın koymuş olduğu sınırları çiğnemek ve dinde olmayan bir şeyi dine dahil etmek demektir. Dinde olmayan bir şeyi ihdas etmek de ittîfâkla batıldır.⁶⁹³

Şu ayetler Zahirilerin bu görüşlerinin dayanağıdır; “...*Bunlar Allah'ın yasalarıdır, onları bozmayın. Allah'ın yasalarını bozanlar ancak zalimlerdir.*”⁶⁹⁴ “*Bugün, size dininizi ikmal ettim, üzerinize olan nimetimi tamamladım, din olarak sizin için İslam'ı*

⁶⁹⁰ Yaman - Çalış, 264.

⁶⁹¹ Dirîni, *Buhus mukaren*, II, 415; Kaşıkçı, “Şart” *DİA*, XXXVIII, 365; Özdirek, 139; Zerka, *el-Medhal*, I, 575-577.

⁶⁹² Hafif, 270; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 204.

⁶⁹³ Abbas Hüsnü, 42.

⁶⁹⁴ Bakara 2/229; Benzer diğer ayetler için bkz; Bakara 2/178, 190; Nisa 4/14; Maide 5/87, 94; Talak 65/1.

beğendim.”⁶⁹⁵ Bu ayetlere göre din, insanların bütün iş ve işlemlerini içerecek şekilde tamamlanmış, onların fiillerine dair helal-haram bütün kurallar belirlenmiştir. Dolayısıyla insanların ileride karşılaşacakları her türlü problemin çözümünde ayet, hadis ve icma yeterlidir, buna rağmen insanların dine dair bir şeyler söylemesi Şari‘in koymuş olduğu bu kuralları ihlal etmek demek olur ki bu da ittîfâkla haramdır.⁶⁹⁶

Zahiriler, “*Ey iman edenler akitleri yerine getirin.*”⁶⁹⁷ ayetini de kendi görüşlerini desteklemek için delil olarak kullanmaktadırlar. Şöyle ki onlara göre buradaki emir mutlak ve umumi değildir. Eğer mutlak olarak bütün akitlere şamil olsaydı faiz içeren akitler de bir tür akit olduğu için bunun gibi gayrı meşru akitleri de içermesi gerekirdi. Hâlbuki dinin yasakladığı akitleri yerine getirmek gerekmez daha doğrusu bunlar batıldır, hükümsüzdür. Öyleyse bu ayette, mutlak olarak bütün akitleri değil sadece meşru olan akitleri yerine getirmekten söz edilmektedir.⁶⁹⁸ Zahiriler şartları da akitler gibi kabul ettiğinden şartlara uyma ve şartların geçerliliği konusunda da meşru olma sınırlaması getirmektedirler.⁶⁹⁹

Eğer mutlak olarak ileri sürülen her şarta uymak gerekseydi faiz şart koşulan bir akdi de kabul etmek gerekirdi ki bu, yasak olan şartları da meşru kabul etmeye götürürdü. Bu ise ne aklen ne de naklen caizdir.⁷⁰⁰ Aslında Cumhura göre de hem akitler hem de şartlar konusunda meşru olma kaydı vardır. Ancak Zahirilere göre meşru olmanın ölçüsü sadece naslarda açıkça zikredilenler olduğu için bu noktada Cumhurdan ayrılmaktadırlar.⁷⁰¹

Zahirilerin sünnetten delilleri ise şu hadislerdir; Hz. Âişe (r.a)’den gelen rivayete göre Rasulüllah(sav); “Her kim bizim şu dinimizde ondan olmayan bir bid’at icat ederse, o batıldır” buyurmuştur.⁷⁰² Bu hadis Müslim’de de yine Hz. Aişe’den rivayetle gelmiştir ve oradaki ifade ise “merduttur/reddedilmiştir” şeklinde aynı manayı ifade etmektedir.⁷⁰³ Zahirilerin kendi görüşlerini desteklemek için kullandıkları bu hadis,

⁶⁹⁵ Maide 5/3.

⁶⁹⁶ Zeydan, *Medhal*, 328; İbn Teymiyye, *Fetâva-i Kübra*, IV, 79.

⁶⁹⁷ Maide 5/1.

⁶⁹⁸ İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Said b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî, *el- Muhalla bi'l Asar*, V, 303, I-XII, Daru'l Fikir, Beyrut-ty.

⁶⁹⁹ - Özdirek, 140.

⁷⁰⁰ İbn Hazm, *el- Muhalla*, VI, 466.

⁷⁰¹ Dirîni, *Buhus mukaren*, II, 418.

⁷⁰² Buhari, *Sulh*, 5; Büyü, 60; İ'tisam, 20.

⁷⁰³ Müslim, *Akziye*, 8/1718.

Nevevî'nin beyanına göre Peygamber (sav)'in cevâmiu'l-kelim hadislerinden biridir. Bu sebeple İslam'ın en temel kaidelerinden biri de şudur ki, Kitap ve sünnette bulunmayan ve Müslümanların örfüne uymayan her şey batıldır. Nevevî, Müslim'in şerhinde bu hadisi izah ederken şu rivayeti de alıyor; “Kim, hakkında emrimiz olmayan bir amel işlerse, o amel batıldır.”⁷⁰⁴

Zahiriler, bu ve benzeri ayet ve hadisleri mutlak olarak ele alıp Kur'an'da lafzen açıkça zikredilmeyen ve Hz peygamberin hadislerinde de geçmeyen ve sonradan ortaya çıkan her türlü dini işlemler bidattır ve merduttur demektedirler.

Ancak Buhari bu hadisi sulh babında haksızlık üzerine anlaşma yapma alt başlığı içinde ve alış-veriş babında hileli satış alt başlığında vermektedir. Aynî'nin açıklamasına göre hadisin zikredildiği başlığa uygunluğu dikkate alındığında yani bir haksızlık üzerine anlaşma yapan kişi dinde olmayan daha doğrusu dinin yasaklamış olduğu bir şey yapmıştır. Yine neceşli/hileli artırmanın yasaklığı da kesindir. Onun için dinin yasaklamış olduğu bu tür haksızlık ve zulüm anlaşması ve haksızlığa dayalı alış-verişler reddedilmektedir.⁷⁰⁵ Yine Müslim'de de bu hadis, batıl hükümleri yıkmaya ve bidat olan şeyleri red babında zikredilmektedir. Yani haddizatında dinin yasakladığı bir şeyin yapılmasından söz edilmektedir. Zahirilerin anladığı gibi mutlak olarak sonradan ortaya çıkan her şeyin reddedilmesi kastedilmemektedir. Zira mutlak surette sonradan ortaya çıkan her şey haram değildir. Bunların içinde vâcib derecesinde müstahsen ve makbul olanları vardır. Kitap telifi, okul inşası bu kabil bid'atlardandır.⁷⁰⁶

Zahirilerin delil olarak kullandıkları diğer bir hadis de yukarıda Berire hadisi diye zikrettiğimiz Peygamberimizin, “Bir takım adamlara ne oluyor ki onlar Allah'ın Kitabında bulunmayan şartlar ileri sürüyorlar. Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır. Allah'ın hükmü uyulmaya en haklı, Allah'ın öğrettiği şart da en sağlam ve en güvenilecek şarttır.”⁷⁰⁷ buyruğudur. Onlara göre bu hadis açıkça göstermektedir ki Kur'an'da, Sünnet'te ve bunların delaleti ile delil kabul edilen İcma'da açıkça zikredilmeyen her türlü akit ve şart batıldır. Bu

⁷⁰⁴ İbn Mace, Mukaddime 2/14.

⁷⁰⁵ Sofuoğlu, Mehmet, *Sahih-i Buhari ve Tercemesi*, Sulh, 5 mezkur hadisin dip notu. I-XVII, Ötüken Yayınları, İstanbul 2009.

⁷⁰⁶ *Müslim Tercüme ve Şerhi*, Akzıye 8/1718 hadisin açıklama kısmı.

⁷⁰⁷ Buhari, Büyü, 73.

sebeple akit yapanlar sadece naslarda açıkça yer alan veya hakkında icma bulunan şartları ileri sürebilirler.

İbn Hazm, genel anlamda ayet ve hadislerin metnine bağlı kalıp bu nasların benzer olaylara uygulanması ve geniş yorumu demek olan kıyası kabul etmediği için akit ve şartlar konusunda da aynı görüşünü uygulamaktadır. Bu sebeple akit ve şartlar konusunda asıl olanın ibaha olduğunu söyleyenlerin kullandıkları delillerin bir kısmını kabul etmemekte diğer kısmını ise kendi görüşüne uygun bir şekilde yorumlamaktadır.⁷⁰⁸ Mesela yukarıda zikrettiğimiz “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar.”⁷⁰⁹ hadisini sübut yönünden reddetmek, şayet sübutunun kesinliği kabul edilecek olursa, Müslümanlar ancak Allah’ın Kitabında ve Rasûlüllah’ın sünnetinde olan şartlara bağlıdırlar şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.⁷¹⁰ Aslında o hadisin devamındaki cümlede “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar. Ama helali haram kılan, haramı helal kılan şartlar geçersizdir.” ifadesi hangi tür şartların ileri sürülüp sürülemeyeceğini izah ediyor.

Yine yukarıda zikrettiğimiz bir yolculuk sırasında Cabir bin Abdullah (r.a)’tan Rasûlüllah (sav)’ın Medine’ye dönünceye kadar onun binmesi şartı ile bir deve satın aldığı hadisi ile alakalı olarak da İbn Hazm şu değerlendirmeyi yapmaktadır. Cabir’in yolda deveye binmesi alışveriş esnasında Cabir tarafından koşulmuş bir şartın gereği değil, Peygamberimizin akit sonrası Cabir’e bir ikram ve iyiliği olarak anlaşılmalıdır. Akit esnasında ileri sürülmüş bir şart olarak kabul edilse bile bu, Peygamberimizin yolculuk esnasında alışverişini tamamlamayıp Medine’ye döndükten sonra akdi tamamladığı, dolayısıyla Cabir’in kendi devesine binmiş olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.⁷¹¹

Zahiriler görüşlerini akli olarak ta şöyle gerekçelendiriyorlar; yeni bir akit ihdas eder fakat onu bağlayıcı kabul etmezsek bu, akit olmaz. Eğer kendimizi onunla bağlı sayarsak o zaman da dinde, din dışı bir şey ihdas etmiş oluruz. Yani vâcib olmayan bir şeyi kendimize vâcib hale getirmiş oluruz. Halbuki bir şeyi ancak Allah vâcib kılar.⁷¹²

⁷⁰⁸ Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 204-206.

⁷⁰⁹ Tirmizî, *Ahkâm*, 17/1352; Ebu Davud, *Akziye*, 12/3594 (Bu kaynakta hadisi Ebu Hureyre rivayet ediyor.); İbn Mâce, *Ahkâm*, 23/2353.

⁷¹⁰ İbn Hazm, *el- Muhalla*, VI, 465-467; Bardakoğlu, 18.

⁷¹¹ İbn Hazm, *el- Muhalla*, IIV, 328-329; Bardakoğlu, 18.

⁷¹² Hafif, 267.

Kısaca ifade edecek olursak Zahirilere göre insan iradesinin, naslarda bulunan isimli akitlerin ve şartların dışında yeni bir akit yapma ve şart koşma yetkisi yoktur. Akitlerde ve şartlarda asıl olan yasak oluşturmaktır. Bu konuda temel dayanak Peygamberimizin, “Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır. Allah'ın hükmü uyulmaya en layık, Allah'ın öğrettiği şart da en sağlam ve en güvenilecek şarttır.”⁷¹³ Akitlere ve şartlara bağlılığı emreden naslar, Allah'ın emrettiği ve uygun gördüğü akitler ve şartlar şeklinde anlaşılmalıdır.⁷¹⁴

Akit hürriyetini ve akitlerde şart koşma hürriyetini daraltan bu görüş sahiplerinin önde gelen ismi İbn Hazm'a göre alışveriş akdinde akitten önce veya sonra koşulan şartlar batıl fakat akit sahihtir. Buna karşılık akdin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlar ise batıldır ve aynı zamanda akdi de iptal etmektedir.⁷¹⁵

Zahirilere göre sahih olan şartlar sadece şunlardır; vadeli akitlerde alacaklının alacağını garanti altına alabilmek amacı ile karşı taraftan rehin almayı şart kılması,⁷¹⁶ yine vadeli bir akitte borçlunun borcunu ilerideki bir tarihte vermek üzere satıcıya/karşı tarafa vade şartını koşması,⁷¹⁷ vadeli bir şekilde mal veya borç alan kişinin vadesi gelmesine rağmen imkansızlık sebebi ile borcunu ödeyememesi durumunda alacaklıya imkanı olunca ödeme şartını ileri sürmesi,⁷¹⁸ müşterinin mal alırken satıcıya kendisini aldatmamasını aldatması halinde üç gün muhayyer olmayı şart koşması⁷¹⁹ ve müşterinin satın alacağı malın cinsi ve kalitesi ve o malın bedelinin özellikleri hususunda tarafların karşılıklı olarak razı olacakları bir takım şartlar ileri sürmesi⁷²⁰ gibi her biri hakkında ayet veya hadis varit olan şartlardır.⁷²¹

⁷¹³ Buhari, Buyu, 73.

⁷¹⁴ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, IV, 76-108; İbn Hazm, *el-İhkam fî Usulî'l Ahkam*, V, 23, I-VIII, Daru'l Afaki'l Cedide, Beyrut; *el- Muhalla*, VII, 267.

⁷¹⁵ İbn Hazm, *el- Muhalla*, VII, 320, IX, 90; Abbas Hüsnü, 42.

⁷¹⁶ Bakara 2/283.

⁷¹⁷ Bakara 2/282.

⁷¹⁸ Bakara 2/280.

⁷¹⁹ Müslim, Buyu, 12/48/1533.

⁷²⁰ Nisa 4/29.

⁷²¹ İbn Hazm, *el- Muhalla*, VII, 267; Hafif, 270; Abbas Hüsnü, 42-43; Bardakoğlu, 19; Özdirek, 141.

2.3.3. Hanefilerin Görüşü

Hanefiler de akitlerdeki şartlar konusunda ilk başta çerçeveyi dar tutmuş ve asıl olanın tahrir olduğunu söylemişlerdir. Bunlara göre ivazlı mali akitlerde akdin muktezasının dışında ilave bir menfaat içeren her türlü şart akdin yapısına aykırı ve akdi ifsat edicidir. Evlilik akdi gibi mali olmayan akitler ile bir bedel karşılığında yapılmayan teberru akitlerinde ise bu tip şartlar lagv/geçersizdir akde olumsuz anlamda bir tesiri olmaz.⁷²² Yani işin başında sadece akdin muktezası olan şartlar ile naslarda varit olan şartları kabul ederek Zahirilere daha yakın bir konumda idiler. Fakat zamanla diğer delillerin delaleti ile bu çerçeveyi genişletmişler yani akde mülayim ve örf haline gelen şartları da kabul etmek suretiyle bu konuda sınırları geniş tutan Hanbeliler ile dar tutan Zahirilerin arasında orta yerde bir konum almışlardır.⁷²³

Fıkıhın tarihi seyri içerisinde bu değişikliği kabul eden Hanefi hukukçulara göre akitle ilgili şartlar üçe ayrılır; sahih, fasit ve batıl.⁷²⁴ Akitlerle ilgili şartların bu şekildeki taksiminin konumuz açısından önemi, her bir şartın akde olan tesirinin farklı oluşudur. Hanefiler akdin muktezası görüşünde diğer mezheplerle birleşmekle birlikte akdin muktezasına uygun olmayan şartların hangi akitlerde ne gibi sonuçlar doğurduğunda oldukça farklı bir sistem benimsemişlerdir.⁷²⁵ Şimdi Hanefilerin akitlerle ilgili şartların tasnifini ele alıp ve bunlardan her birinin akde tesirinin ne olduğunu inceleyeceğiz.

Hanefilere göre takyidi şartlar üç kısımdır; sahih, fasit ve batıl.⁷²⁶ Sahih şartta hem şart hem de akit sahihtir. Fasit şartta şart fasit olduğu gibi beyi‘, kira, bazı ortaklıklar, taksim ve mali davalarda sulh gibi mali muavazalı akitlerde akdi de ifsat etmektedir, ancak bu mahiyette olmayan hibe ve karz gibi teberru nitelikli akitlerde, şüf‘a hakkını kullanmama gibi ıskatlarda, rehin, kefâlet, havale, Vekâlet ve vasiyet gibi muavazalı olmayan akitlerde ise şart fasit olmakla birlikte akdin sıhhatine halel getirmez. Batıl şartta ise şart batıl yani geçersiz akit ise sahihtir.⁷²⁷ Hem sahih şartlarda hem batıl şartlarda hem de fasit şartların muavazalı akitlerin dışındaki akitlerde akdin sahih

⁷²² Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 101-152; Zerka, *el-Medhal*, I, 550.

⁷²³ Zeydan, *Medhal*, 331; Abbas Hüsnü, 62.

⁷²⁴ Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 206-208.

⁷²⁵ Dirîni, *Buhus mukaren*, II, 420; Bardakoğlu, 20.

⁷²⁶ Hafif, 271.

⁷²⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 179, 290; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 192.

olması demek akit hürriyeti açısından bakıldığında geniş bir hürriyet alanı tanınmış demektir. Zira bu durumlarda şartlar, akdin geçerliliğine bir zarar vermemektedir.

Şimdi bunları ayrıntılı olarak ele alacağım.

2.3.3.1. Sahih Şart

Hanefilere göre bir şartın sahih olabilmesi için şu dört/beş temel kuraldan birine dahil olması gerekir.

2.3.3.1.1. Akdin Gereği/Muktezası Olan Şartlar

Akit yapıldığı zaman doğal olarak, kendiliğinden akdin taraflara yüklediği hak ve sorumluluklara akdin muktezası/gereği denir. Buna göre akdin muktezası olan borçlar, tarafların açıkça beyanı ve şart koşması gerekmeksizin akdin yapılmasıyla kendiliğinden ortaya çıkan borçlardır. Mesela satım akdinde satıcının satılan malı alıcıya teslim etmesi ve müşterinin de satıcıya o malın parasını teslim etmesi satım akdinin muktezasıdır. Yine icare akdinde kiracının kiraladığı yerin kirasını ödemesi ve mal sahibinin de kiraya verdiği yeri kiralayana teslim etmesi, işçinin çalışması ve işverenin ücret ödemesi gibi borçlar icare akdinin muktezasıdır. Yani akdin muktezası dediğimiz şey, o akdin yapılması ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkan akdin hukuki sonuçlarıdır. Akdin muktezası olan bu sonuçlar, akdin hukuki neticeleri olduğundan akit esnasında şart koşulmasalar bile bağlayıcı olup akitle birlikte ortaya çıkarlar.⁷²⁸

Hanefiler, akdin muktezasından olan bir şartın –akit esnasında açıkça ifade edilmesine gerek olmamasına rağmen- ileri sürülmesi halinde bu şartın sahih ve geçerli olacağını söylerler. Zira bu şekilde açıkça ifade edilmesi akdin muktezasını teyit içindir.⁷²⁹

⁷²⁸ Serahsî, *Mebhut*, XII, 200, XIII, 15; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, VI, 277; Ali Haydar Efendizade, I, 291; Mecelle, md, 186; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 106; Zeydan, *Medhal*, 332; Bardakoğlu, 19; Hafif, 272.

⁷²⁹ Serahsî, *Mebhut*, XIII, 15, 93; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 107, 151; Özdirek, 143.

2.3.3.1.2. Akdin Gereğini Kuvvetlendiren/Akde Mülâyim Şartlar

Akdin muktezasından olmayıp fakat akdin taraflarının haklarını koruyan, hak ve sorumluluklarını kuvvetlendiren şartlardır. Mesela vadeli akitlerde alacaklının alacağını garanti altına almak amacı ile borçluya kefil göstermesini veya her hangi bir malı rehin vermesini şart koşması gibi. Böylece vadesi geldiğinde borçlu borcunu ödemezse alacaklı kefil veya rehin yoluyla alacağını garanti altına almış olmaktadır. Bu gibi şartlar akdin muktezasından olmamakla birlikte akdin muktezası olan borçlunun borcunu ödemesini mesela satım akdinde satıcının sattığı malı, müşterinin de o malın parasını ödemesini güçlendirmektedir. Bu sebeple bu şartlara akde mülâyim/uygun, akdi müekkit-mukarrır/kuvvetlendiren şartlar denir.⁷³⁰

Akdin muktezasından olmayan ve taraflardan birine ilave bir menfaat sağlayan bir şartın ileri sürülmesi aslında Hanefilere göre kıyasen/temel kural olarak akdi ifsat eden bir şarttır. Dolayısıyla böyle bir şartın geçerli olmaması gerekir.⁷³¹ Fakat akdin muktezasını kuvvetlendiren yani alacağı garanti eden kefil ve rehin gibi şartların ileri sürülebileceğine dair naslar mevcut olduğu için Hanefiler kıyastan vazgeçerek bu temel kuralın istisnası olarak istihsanen bu gibi şartları kabul etmişlerdir. Bu gibi şartlar her ne kadar akdin muktezasından olmasa dahi akitlerin amacı olan tarafların o akitlerdeki menfaatlerini korudukları için manen akdin muktezasından sayılırlar. Bu sebeple de istihsanen geçerlidirler.⁷³²

2.3.3.1.3. Naslarda Cevaz Verilen Şartlar

Şart olarak ileri sürülebileceğine dair şer'i bir delil bulunan şartlar. Satım akdinde satılan malın parasının belli bir süre sonra verilmesinin (te'cil'üs-semen) şart koşulması, tarafların her biri için yaptıkları akdi kabul edip etmemek için belli bir süre muhayyer olmaları (hıyar'uş-şart) ve buna kıyasla diğer muhayyerlikler bu tip şartların örneğidir.⁷³³

⁷³⁰ İbn Abidin, IV, 591; Ali Haydar Efendizade, I, 292; Mecelle, md, 187; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 108; Bardakoğlu, 10; Hafif, 272.

⁷³¹ İbn Abidin, V, 77.

⁷³² Serahsî, *Mebhut*, XIII, 16; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 116-117.

⁷³³ Ali Haydar Efendizade, I, 296; Zerka, *el-Medhal*, I, 551; Zeydan, *Medhal*, 332; Bardakoğlu, 19; Hafif, 272.

Bir alış-verişte satılan malın müşteriye, paranın ise satıcıya hemen teslim edilmesi gerekmektedir. Akdin muktezası ve kıyas/temel kural budur. Bu temel kurala göre paranın geciktirilmesinin şart olarak ileri sürülmesi caiz olmaması gerekir. Çünkü akdin muktezasının dışında taraflardan birine yani müşteriye ilave bir menfaat sağlamakta, karşı tarafa ise geçici de olsa bir zarar vermektedir.⁷³⁴ Fakat Kur'an-ı Kerim'de; "*Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın.*"⁷³⁵ ayeti mutlak olarak borçlanmayı zikretmek suretiyle hem karz akdindeki borçlanmaya hem de diğer borç doğurucu vadeli akitlere işaret etmektedir. Buna göre akdin muktezasından ve akde mülayim olmadığı halde nassın cevaz verdiği bu tip şartlar da sahih kabul edilmiştir.⁷³⁶

Akitlerde muhayyerlik şartının da temel kurala/kıyasa göre fasit olması gerekir. Çünkü böyle bir şart akdin muktezası ile çelişir. Zira ivazlı akitlerde mal ve onun bedelinde tarafların mülkiyet hakkı akit sırasında sabit olur. Muhayyerlik şartı ise akdin muktezası olan bu sonucu geciktirmekte veya engellemektedir. Fakat insanların yaptıkları akitlerde aldanmalarını önlemek amacı ile -kıyasa/temel kurala aykırı da olsa- istihسانen bu tip şartlar da geçerli sayılmıştır.⁷³⁷ Abdullah İbn Ömer (r.a)'den rivayet edildiğine göre bir adam (Habbân b. Münkız el-Ensârî) Peygamberimiz (s.a)'e alışverişlerde aldatıldığını söyledi. Bunun üzerine Peygamberimiz (s.a) ona; "Bir alışveriş yaptığın zaman 'aldatma yok de' buyurdu. Ondan sonra bu adam bir alışveriş yaptığı zaman, 'aldatma yok' derdi."⁷³⁸ Beyhakî'nin rivayetinde Peygamberimiz (s.a)'in Habbân'a; "Sonra sen, satın aldığın her malda üç gün muhayyersin" buyurduğu ifade edilmiştir.⁷³⁹ Böylece onun, mal satın alırken "Kandırma yok" dediği takdirde üç gün muhayyer olduğunu, isterse bu müddet zarfında yaptığı akitten dönebileceğini bildirmiştir.⁷⁴⁰

Hanefiler işte bu hadise dayanarak alışverişlerdeki şart muhayyerliğinin caiz olduğuna hükmetmişlerdir. Şart muhayyerliği; alım satım akdi yapan tarafların, akit esnasında, isterse akdi bozabileceklerini şart koşmalarıdır. Eğer her iki taraf da muhay-

⁷³⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 101.

⁷³⁵ Bakara 2/282.

⁷³⁶ Özdirek, 145.

⁷³⁷ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 41.

⁷³⁸ Buhari, *Buyu*, 48; Müslim, *Buyu*, 48/1533; Ebu Dâvud, *Buyu*, 66/3500; Tirmizî, *Buyu*, 28/1250; Nesâî, *Buyu*, 51; *Muvatta*, *Buyu*, 98; Canan, 3/54.

⁷³⁹ Beyhaki, *Sünen-i Kübra*, *Buyu*, V, 449.

⁷⁴⁰ *Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, XIII, 50.

yerlik şartı koşmuşsa ikisi de muhayyer olur. Birisi şart koşmuş öbürü de kabul etmişse, sadece şart koşan muhayyerdir. Diğer muhayyerlikler de buna kıyas edilerek caiz kabul edilmiştir.⁷⁴¹

2.3.3.1.4. Örf Haline Gelen Şartlar

Akitlerin uygulanmasında insanların örf haline getirdikleri bir takım şartlar da – akdin muktezası ve akde mülayim olmamalarına rağmen- sahih kabul edilmiştir. Çünkü örfün, temelde akdi ifsat eden bir şartı sahih kılma özelliği vardır. Zira örfle sabit olan şer’î bir delille sabit olan gibidir.⁷⁴² Diğer taraftan açık adet haline gelen ve insanların teamül olarak uyguladığı şeylerden vazgeçmek birçok zorluğu beraberinde getirir ki bu da akitlerde var olan kolaylık prensibine aykırıdır.⁷⁴³

Örf haline geldiği için sahih kabul edilen şartlara örnek olarak; satıcının satılan malın belli bir süre bakım ve tamirini üstlenmesi ve yine satıcının sattığı malın nakliyesini üstlenmesi şartıyla yaptığı satış işlemleri gösterilebilir.⁷⁴⁴ Zira günümüz ticari hayatında daha önce görülmeyen bazı şartlar ileri sürülmekte ve bunlar taraflardan birine ilave bir sorumluluk yüklerken diğer tarafa ilave bir menfaat sağlamasına rağmen zaman içerisinde toplumda genel kabul gördüğü için artık örf haline gelmiştir. Nitekim günümüzde yaygınlaşan bazı dayanıklı tüketim mallarının satımında, o ürünün müşterinin istediği yere ulaştırılması, kullanılacak hale getirilmesi ve belli bir süre içerisinde bozulması halinde tamir edilmesi veya değiştirilmesi garantisinin verilmesi gibi satım akdinin muktezasından olmayan ve satıcıya ilave bir sorumluluk yükleyen uygulamalar artık genel kabul görmüştür. Çünkü bu tip uygulamalar müşteri tarafından ileri sürülen bir şart olmaktan ziyade malın satışını artırdığı için satıcı tarafından kendiliğinden üstlenilen bir yükümlülük olmuştur. Diğer taraftan satılan bu ürünlerde üretim hatası varsa bu süre içerisinde tespit edilerek yeni üretilecek mallarda bu hatanın düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Netice itibari ile bu tip şartlarla yapılan bu

⁷⁴¹ Zerka, *el- Medhal*, I, 551.

⁷⁴² İbn Abidin, III, 144, IV, 55; Serahsî, *Mebhut*, XVI, 19.

⁷⁴³ Ali Haydar Efendizade, I, 295; Mecelle, md, 188; Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 118; Bardakoğlu, 19; Hafif, 272.

⁷⁴⁴ Zerka, *el- Medhal*, I, 551; Özdirek, 145; Bardakoğlu, 19.

uygulamalar toplum menfaatini koruduğu için teamül halini almış ve istihsanen caiz kabul edilmiştir.⁷⁴⁵

Hanefilere göre örf haline gelmiş şartların normalde kıyasa/temel kurala göre caiz olmaması gerekir. Çünkü burada akdin muktezasından olmayan ve taraflardan birine ilave bir menfaat sağlayan bir şart ileri sürülmektedir. Bu ise hadis'te yasaklanan akit içinde ikinci bir akit veya fazlalık ribası şüphesi taşımaktadır.⁷⁴⁶ Faiz şüphesi taşıyan veya faize götüren uygulamalar da yasaktır. Diğer taraftan böyle bir şart, akdin tarafları arasındaki olması gereken dengeyi bozduğu için tarafların anlaşmazlığa düşmelerine sebep olur ki bu, akitlerin genel maksatları ile çelişir ve insanların akitler aracılığı ile ulaşmak istedikleri neticeleri ortadan kaldırır.⁷⁴⁷

İfade edilen bu gerekçeler sebebi ile böyle bir şartın normalde kıyasa/temel kurala göre akdi fasit kılması gerekir. Fakat bu tip şartların insanlar arasında yaygın kullanımı ile örf ve teamül haline gelmesi ile bunlar caiz görülmüştür. Çünkü Hanefilerin genel kural olarak kabul ettikleri “adet muhkemdir/örf muteberdir, nâsın isti‘mali huccettir, örfen maruf/sabit olan şer‘an sabit olan gibidir, tücaar arasında maruf olan şey aralarında şart kılınmış gibidir ve örf ile tayin nas ile tayin gibidir.”⁷⁴⁸ İlkeleri burada devreye girmekte ve toplumun maslahatı gereği istihsanen bu şartlar caiz görülmüştür.⁷⁴⁹ Bu tür örflerin dikkate alınması hile ve istismarın bulunmaması şartı ile kayıtlıdır.

Hanefilerin temel kural kabul ettikleri akdin taraflarından sadece birine ilave bir menfaat sağlayan şartın akdi ifsat etmesi gerektiği düşüncelerinden vazgeçmeleri,⁷⁵⁰ aslında insanların zaman içerisinde tecrübe ile ulaştıkları akdin taraflarının ortak menfaatini dikkate almaları sebebiyledir. Zira yaşanan uzun tecrübelerin neticesi olan bu uygulamalar, ticari hayatta özel bir öneme sahiptir. Yani teamül haline gelen bu uygulamalar büyük ölçüde ticari hayatı istikrara kavuşturmuş ve ticari hayatta kendilerini kabullendirmiştir. Çünkü insanlar bu tip muameleleri yapa yapa zamanla neyin kendileri için zararlı neyin ise faydalı olduğunu öğrenmiş bulunmaktalar ve ona

⁷⁴⁵ Özdirek, 147.

⁷⁴⁶ İbn Hanbel, Müsned, VI, 324, hadis no, 3783.

⁷⁴⁷ Abbas Hüsnü, 65-67.

⁷⁴⁸ Mecelle, md, 36, 37, 43, 44 ve 45.

⁷⁴⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 120; Zerka, *el-Medhal*, I, 551; Özdirek, 146.

⁷⁵⁰ İbn Abidin, V, 77.

göre düşünüp kararlarını vermekteler ve böylece aldanma riskini ortadan kaldırmaktadırlar. Bu varılan sonuç da Hanefilerin akitlerde gözettikleri taraflar arasındaki anlaşmazlık/alданma sebeplerinin ortadan kaldırılmasını temin ettiği için ilk başta düşündükleri prensiplerinden vazgeçerek istihsan kuralına göre bu tip şartları sahih kabul etmişlerdir.⁷⁵¹

Aslında Hanefiler, akitlerde gözettikleri en önemli husus olan ‘akdin taraflarının ortak menfaati ilkesini’ farklı bir yolla temin etmişler, aynı sonuca farklı bir yoldan varmışlardır. Hanefilerin örf haline gelen uygulamaları istihsan kuralına göre sahih kabul etmeleri, şart ve akit hürriyeti konusunda insanların iradelerine büyük bir esneklik getirmiş ve ticari hayatın canlanmasını fikren desteklemiştir. Böylece insanların akitlerde istedikleri gibi şart koşma hürriyetini asıl kabul etmiş ve bu hürriyeti, insanların akitleri zora sokacak ve aldanmalara sebep olacak nitelikte değil, aksine akitlerdeki zorlukları ve anlaşmazlıkları ortadan kaldıracak nitelikte kullanmalarını sağlamıştır. Varılan bu sonuç, zaten insanların akitler ile elde etmek istedikleri menfaatleri/maslahatları-birbirlerine zarar vermeden/adaletle- temin ettiği için herkesin kabul ettiği bir durumdur.⁷⁵²

Hanefilerin örf haline gelen şartları sahih kabul etmesi akit hürriyetinin sınırlarını genişletme bakımından çok önemlidir. Zira bu yaklaşım ferdin akitle ilgili istediği şartı ileri sürebilme hürriyetini oldukça genişletmiştir. Bazı hukukçular bunu şart/akit hürriyetinin kapısını sonuna kadar açmak olarak nitelerken bazıları da günümüzdeki akitle ilgili şartların artık belli bir istikrara kavuşarak örf ve teamül halini alması sebebiyle sahih şart sayılabileceğini ve Hanefilere göre –naslara aykırı olanlar hariç- fasit şart kalmadığını söylemektedirler.⁷⁵³

2.3.3.1.5. Akitten Sonra Va’d Niteliğinde Olan Şartlar

Birçok kitapta sahih şartlar anlatılırken sadece yukarıda anlattığımız, akit tamamlanmadan önce ileri sürülen şartlar zikredilirken bazı kitaplarda ise bir beşinci şarttan bahsedilir. Bu ise akit tamamlandıktan sonra taraflardan birinin veya her ikisinin va’d şeklinde ileri sürdükleri şartlardır. Bunlar akit tamamlandıktan sonra ileri

⁷⁵¹ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 93; Zerkâ, *el- Medhal*, I, 551; Özdirek, 146.

⁷⁵² Özdirek, 146.

⁷⁵³ Zuhaylî, V, 152; Özdirek, 147.

sürüldüğü için fasit şart dahi olsalar önce kurulan akde hiçbir tesiri olmaz. Yani akit sahihtir, o verilen sözün de yerine getirilmesi icâbedir.⁷⁵⁴ Çünkü verilen sözlere bilhassa bu gibi şart konularına riayet etmek gerekir. Zira insanların genel yararını korumak ve yapılan muamelelerin istikrarını sağlamak için verilen sözlerin mutlaka yerine getirilmesi elzemdir.⁷⁵⁵

2.3.3.2. Fasit Şart

Hanefilere göre fasit şart; sahih şartın özelliklerini taşımayan yani akdin muktezası olmayan, akde mülayim olmayan, naslar ile meşru kılınmayan ve örf haline de gelmeyen bununla birlikte akdin taraflarından sadece birine ilave bir menfaat sağlayan şartlardır.⁷⁵⁶ Görüldüğü gibi fasit şart; öncelikle sahih şartın özelliklerini taşımayacak sonra da batıl şarttan farklı olarak taraflardan birine ilave bir menfaat sağlayacak.⁷⁵⁷

2.3.3.2.1. Taraflara Menfaat Sağlayan Şartlar

Fasit şartın özelliği olan bu ilave bir menfaat sağlama; satıcıya, müşteriye veya akdin konusu olan şeye ait olabilir. Alıcı veya satıcıya ilave bir menfaat sağlayan şarttaki fayda bazen akdin konusu olan şeye bitişik bazen ise ondan ayrı olur. Mesela bir kişi sattıktan sonra belli bir süre içinde oturmak şartı ile evini satsa buradaki ilave menfaat satılan şeye bitişik olarak satıcıya ait olur. Bir kişiye evini satmasına karşılık ondan belli bir miktar borç vermesini şart koşma durumunda ise şart koşulan ilave menfaat akde konu olan mebiden ayrı ve müstakil olarak satıcıya aittir.⁷⁵⁸ Müşterinin; satıcıya sattığı şeyi evine kadar getirmesi veya sattığı kumaşı elbise dikmesi şartı ile yapılan işlemlerde ise menfaat satılana bitişik olarak alıcıya aittir. Yine müşterinin; satıcıya bana borç vermek, bir şeyi hediye/tasadduk etmen, başka bir şey daha satman

⁷⁵⁴ İbn Abidin, IV, 532.

⁷⁵⁵ Ali Haydar Efendizade, I, 296; Haçkalı, 119-136.

⁷⁵⁶ Ali Haydar Efendizade, I, 299; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 121-130; Zeydan, *Medhal*, 332; Zuhaylî, V, 152; Bardakoğlu, 19; Hafif, 273; Özdirek, 148.

⁷⁵⁷ Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 207.

⁷⁵⁸ Ali Haydar Efendizade, I, 299-302; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 126-128; Zerka, *el- Medhal*, I, 550; Özdirek, 148; Zuhaylî, V, 152.

veya benden şunu satın alman şartları ile şu şeyi senden satın alırım dese burada da satılan şeyden bağımsız olarak menfaat müşterinin lehine olmuş olur.⁷⁵⁹

Mesadir'ul-Hak'ın yazarı Senhûrî ve Ali Hafif, fasit şartları anlatırlarken, “şart koşulan menfaat bazen de akdin taraflarının dışında üçüncü şahıslar lehine olur demektedir. Mesela bir kişi diğer bir kişiye; şu arsamı sana satarım ama oraya cami vs yapılması şartı ile veya şu şeyi sana satarım ama onu falancaya hediye/tasadduk etmen veya satman şartı ile dese buradaki akdin taraflarının dışındaki üçüncü şahıslar lehine olan menfaat şartı da fasit şartlardandır” derler.⁷⁶⁰

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi ise bu üçüncü şahıslar lehine olan menfaat şartını batıl şartlardan sayar ve akde etkisinin olmayacağını söyler. “Şu örnekleri verir; bir kimse müşteriye, falanca şahsa borç vermesi şartı ile şu malını ona satacağını söylese bu akit sahih olur şart ise batıldır. Yine bir kimse diğer bir kimseye falanca şahsı oturtman şartı ile evimi sana satarım derse bu şart ta batıldır, akit ise sahihtir.”⁷⁶¹

Kanaatimizce aslında bu gibi şartlar her ne kadar üçüncü şahısların lehine ileri sürülmüş ise de haddi zatında akdin taraflarına dolaylı yoldan zarar vermekte iken o şartı ileri süren kişiye de yine dolaylı yoldan menfaat sağlamaktadır. Şöyle ki o kişinin/müşterinin, mülkünde hür bir şekilde tasarruf etmesi sınırlandırılmaktadır. Bu ise o kişiyi sıkıntıya düşürmekte ve dolaylı yoldan ona zarar vermektedir. O şartı ile süren şahsın ise lehine şart koşulan o üçüncü şahısla açık ya da gizli menfaat ilişkisi olabilir. En azından ona iyilik yapmış olur ki bu da dolaylı yolla kendisinin menfaatlenmesi demektir.

Buna göre şartın fasit veya batıl olması meseleyi nasıl ele aldığımız ile alakalıdır. Eğer aleyhine şart koşulan kişinin böyle dolaylı yolla da olsa zarar görmesinin ve lehine şart koşulan üçüncü şahsın menfaat elde etmesinin şart koşan kişiye bir yararı yoktur ki o kişi bu menfaatini talep etmiş olsun da aralarında anlaşmazlık çıksın dersek bu şartı batıl kabul ederiz. Yani böyle bir şart ileri sürülen hususun akdin taraflarına bir faydası olmadığı için takip edeni de olmaz. Dolayısıyla akit sahih olarak kalırken o şart batıldır. Yok, eğer burada şart ileri süren şahsın dolaylı yolla da olsa az veya çok bir menfaati vardır veya üçüncü şahıslar lehine de olsa talep edilen bir menfaat vardır bu ise akit

⁷⁵⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 127.

⁷⁶⁰ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 128; Hafif, 273.

⁷⁶¹ Ali Haydar Efendizade, I, 290, 298.

içinde ikinci bir akdin varlığını zorunlu kılmaktadır dersek bu şartın fasit olduğunu söylemiş oluruz. Çünkü dolaylı ve az da olsa akdin bir tarafı menfaat elde etmiştir. Bu ise temel prensip gereği fasittir. Akit içinde ikinci bir akit ise hadis-i şerifte yasaklanmıştır. Ebû Hüreyre (r.a.)’den gelen bir rivâyette “Rasûlullah, (sav) satışla birlikte borcu ve bir satışta iki satış muamelesini yasaklamıştır.”⁷⁶²

2.3.3.2.2. Garar ve Bilinmezliğe Sebep Olan Şartlar

Taraflardan birine menfaat sağlayan bu fasit şartın dışında aldatma/garar ve bilinmezliğe yol açan şartlar da fasittir. Çünkü bu tip şartlar akdin taraflarını anlaşmazlığa götürür. Akitlerde en önemli olan şey ise tarafların, yaptıkları akitle ilgili her konuda rıza göstererek anlaşmalarıdır. Mesela bir kimse bir koyun sürüsü içerisinde istediği koyunları alıp diğerlerini almaması şartı ile alış-veriş yapsa bu akit fasittir. Çünkü alınacak koyunlar ile geriye bırakılacak koyunlar belli değildir. Bu ise tarafları anlaşmazlığa sevk eder. Zira bir sürü içerisindeki koyunların fiyatları farklı farklıdır. Yine bir kimse, gebe olması şartı ile veya günde şu kadar süt vermesi şartı ile bir hayvan satın alsa bu akitler de fasittir. Çünkü alınan hayvanın gebe olup olmayacağı veya günde ne kadar süt verip vermeyeceği önceden kesin olarak bilinmemektedir. Bu tip bilinmezlik içeren şartlar ise yine tarafları anlaşmazlığa sevk edeceği için fasit kabul edilmiştir.⁷⁶³ Süresiz muhayyerlik ve meçhul vade şartı da yine fasit şartlardır. Çünkü bu tip şartlar da akdi bir yönüyle belirsiz kılmaktadır.⁷⁶⁴

2.3.3.2.3. Haram/Yasak Unsur İçeren Şartlar

Haram bir şeyi ihtiva eden şartlar da akitleri ifsat eder. Mesela adam öldürme veya yaralama şartı ile silah, içki imal etmek şartı ile üzüm vb. şeyler satmak ve almak örneklerinde olduğu gibi bu tip şartlarla yapılan akitler fasittir.⁷⁶⁵ Çünkü bu gibi şartlarda meşru bir maksat bulunmamaktadır. Akitlerin meşru kılınışı sebebine aykırı olup haram kılınmış bir sonuca ulaştırmaktadır.

⁷⁶² Ebu Dâvud, Buyu, 68/3504; Tirmizî, Buyu, 18 /1231.

⁷⁶³ Serahsî, *Mebhut*, XIII, 93.

⁷⁶⁴ Mergînânî, *Hidaye*, III, 27-32.

⁷⁶⁵ Haçkalı, 129.

Fasit şartın akde tesiri konusuna gelince bu, akdin çeşidine göre değişir. Mali mübadele/muavaza akitlerde fasit şart, kendisi fasit olduğu gibi akdi de ifsat eder. Diğer akitlerde ise bu şart lağv/geçersiz, akit ise sahihtir.⁷⁶⁶

Buna göre satış, kira, taksim, muzaraa, müsakat, mali bir anlaşmazlıktan dolayı sulh gibi mali mübadele -yani her iki tarafı da mal olan ve bir bedel karşılığı yapılan- akitlerde şart fasit olduğu gibi akit de fasittir.⁷⁶⁷ Mesela bir kişi diğerine şu malımı sana satarım fakat şu kadar süre ben kullanmam şartı ile derse burada hem bu akit hem de şart fasittir geçersizdir. Zira bu fasit şart bir taraftan taraflardan birine ilave bir menfaat sağladığı için akitlerde olması gereken “teadülü” adaleti/dengeyi bozmaktadır ki bu ilave fazlalık ya faizdir ya da faiz şüphesi taşımaktadır. Bu illeti taşıyan akitler ise fasittir. Zira faizin ve faizli muamelelerin haramlığı Kur’an ile sabittir.⁷⁶⁸ Akitlerde olması gereken adaletin/dengenin bozulması tarafları tartışmaya sevk eder ki bu, akitlerin yapılmasındaki ana gayeye aykırıdır. Diğer taraftan ise mevcut akdin içinde ikinci bir akit daha yapılmaktadır ki bu da Hadis-i Şeriflerde yasaklanmıştır.⁷⁶⁹ Ayrıca böyle bir akdi yapan kişi o şarta binaen akde razı olmuştu. Şartının geçerli olmayacağını bilseydi akde de razı olmayabilirdi. Akitlerde karşılıklı rıza temel esas olduğuna göre rıza olmayan akitler geçersizdir.⁷⁷⁰

Mali mübadele akdi olmayan diğer akitlere gelince fasit şart geçersiz, akitler ise sahihtir. Mesela malı mal olmayan bir şey karşılığında mübadele olan nikah ve mal ile muhalea, hibe ve ödünç verme gibi teberrular, kefâlet, rehin ve havale gibi teminat akitleri, Vekâlet, ikale, vasiyet, talak vb. akitlerde fasit şart geçersiz akit ise sahihtir. Yani bu tip akitlerde böyle fasit şartların akde bir tesiri yoktur. Çünkü bir önceki şıkta olduğu gibi tarafların rızasını ortadan kaldıran bir sebep yoktur.⁷⁷¹ Mesela bir kişi diğerine sana verdiğim şeyi başkasına hediye etmen şartı ile sana ödünç veririm derse bu şart geçersiz, karz akdi ise geçerlidir.

⁷⁶⁶ Hafif, 273.

⁷⁶⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 183.

⁷⁶⁸ Bakara 2/275-279; Al-i İmran 3/130; Nisa 4/161; Rum 30/39.

⁷⁶⁹ Ebu Dâvud, Buyu, 68/3504; Tirmizî, Buyu, 18/1231; Nesâî, Buyu, 73/4553.

⁷⁷⁰ Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 128-130; Özdirek, 148-150; Zuhaylî, V, 152.

⁷⁷¹ Ali Haydar Efendizade, I, 182; Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 130; Özdirek, 150; Zuhaylî, V, 153.

2.3.3.3. Batıl/ Hükümsüz Şart

Hanefilere göre batıl şart; sahih şartların dışında kalan ve fasit şartta olduğu gibi taraflardan birine ilave bir menfaat da içermeyen bununla birlikte herhangi bir kimseye zarar veren ve/veya hiçbir kimsiye yararı da olmayan şarttır. Buna batıl/hükümsüz şart denildiği gibi lağv/geçersiz şart ta denir.⁷⁷²

Mesela satım akdinde satıcı; müşteriye, sattığı şeyi başkasına satmamasını veya hibe etmemesini şart koşarak satsa bu şart batıldır akit ise geçerlidir. Çünkü burada ileri sürülen şart, sahih ve fasit şartlardan olmadığı gibi müşteriye zarar da vermektedir. Zira bir şey satın alan kişi ondan istediği gibi istifade edemezse o şeyi satın almaktaki maslahat gerçekleşmemiş olur ve böylece zarar görmüş olur. Bu açıdan bu şart batıldır. Diğer taraftan müşterinin zarar görmesinin satıcıya bir yararı da yoktur ki satıcı bu menfaatini talep etmiş olsun da aralarında anlaşmazlık çıksın. Yani böyle bir şart ile ileri sürülen hususun kimseye bir faydası olmadığı için takip edeni de olmaz. Takip edeni olmayınca da şart batıl olmakla birlikte akit sahih olarak kurulmuş olur.⁷⁷³

Batıl şart, ister mali mübadele akitlerde olsun isterse nikah, kefâlet ve hibe gibi diğer akitlerde olsun akde olumlu veya olumsuz her hangi bir tesiri olmaz. Yani batıl şart geçersizdir, kıymeti yoktur ve yok hükmündedir. Çünkü böyle bir şart, ne şart koşana ne de karşı tarafa bir fayda sağlamaktadır dolayısıyla takip edeni bulunmamaktadır. Aksine karşı tarafa zarar vermektedir. Asıl olan zararın ortadan kaldırılması olduğuna göre bu şart yok hükmündedir. Bu şartla yapılan akit ise sahihtir. Çünkü akitlerde asıl olan sıhhattir ve onu iptal ve ifsat edecek bir durumda söz konusu değildir.⁷⁷⁴

Hanefilerin akit hürriyetine etkisi açısından akitlerdeki şartlarla ilgili görüşlerini özetleyecek olursak; akdin muktezası olan yani zikredilmese dahi akdin doğal sonucu olan şartları asli bir kural olarak sahih kabul ederler ve bu şartlarla kurulan akit de sahihtir. Akde mülayim olan yani akdin muktezasını teyit eden, naslarda özel izin verilen ve örf haline gelmiş şartları ise istisnai olarak istihsan prensibine göre sahih kabul ederler ve bu şartlarla kurulan akitler de sahihtir. Dolayısıyla bu sahih şartlardan

⁷⁷² İbn Abidin, IV, 386; Zeydan, *Medhal*, 332; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 132; Bardakoğlu, 19; Zuhaylî, V, 153; Hafif, 274; Özdirek, 151.

⁷⁷³ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 131-134.

⁷⁷⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 131-134; Özdirek, 152; Zuhaylî, V, 153.

hangisi ile akit yapılırsa yapılsın hem şart hem de akit sahih kabul edildiğine göre akit ve şart hürriyeti açısından Hanefilerin sınırları oldukça genişlettiklerini söylememiz mümkündür.

Hanefiler temel bir prensip olarak sahih şartlardan olmayan ve akdin taraflarından birine akdin muktezası dışında ilave bir menfaat sağlayan şartları; faiz veya faiz şüphesi taşınması, akitte olması gereken dengeyi bozduğu için tarafları tartışmaya sevk etmesi ve bir akit içinde ikinci bir akdi ilzam etmesi sebepleri ile fasit kabul etmişlerdir. Bu şekildeki fasit bir şart, ivazlı mali akitlerde akdi de fasit kılmaktadır. Bedelli mali akitlerin dışındaki akitlerde ise akdi ifsada götürecek sebepler olmayacağından bu tip şartlar fasit/geçersizdir fakat akitler ise sahih kabul edilir. Böylece Hanefilerin kabul ettiği bu temel prensip gereği bu tip fasit şartlarda, ya hem şartın kendisi hem de -ivazlı mali akitlerde- akit fasit olduğu için ya da ivazlı mali akitlerin dışında akit sahih olmakla birlikte şartlar fasit olduğu için akit ve şart hürriyeti açısından bir kısıtlamayı kabul ettikleri görülmektedir.

Fakat Hanefiler akit ve şart hürriyetini daraltan bu tip fasit şartların birçoğunu yukarıda zikredilen örf haline gelen uygulamaları sahih şartlardan kabul etmeleri sebebi ile artık sahih kabul etmişlerdir. Şöyle ki Hanefiler, başlangıçta ana prensipleri gereği akit ve şart hürriyetini dar tutmalarına rağmen zamanla birçok şeyin örf haline gelmesi ile yani akitlerde arzu edilen istikrarın oluşması sebebi ile artık tarafları nizaya götürecek bir sebep olmadığını söyleyerek bu tip şartları da istihsanen sahih kabul etmişlerdir. Zamanla örfleşmiş şartların artması ile akdin taraflarından birine ilave bir menfaat sağlayan ve fasit olan şartların sayısı ve sahası oldukça daraldığından Hanefilere göre de artık akit hürriyeti ve şart hürriyeti sahası oldukça geniştir.⁷⁷⁵

2.3.4. Şafiilerin Görüşü

Şart hürriyeti konusunda Şafiiler de Hanefiler gibi temel kural olarak şart koşmanın sınırlı olması görüşündedirler. Bununla birlikte örf haline gelen şartları kabul etmemekle bazı açılardan Hanefilerden daha dar bir anlayışı kabul ederlerken diğer bir

⁷⁷⁵ Bardakoğlu, 22.

açından ise akdin maslahatına olan veya ihtiyacın gerektirdiği şartları kabul etmekle Hanefilerden daha geniş bir anlayışta olduklarını görmekteyiz.⁷⁷⁶

Hanefilerde olduğu gibi Şafiilerde de akdin muktezasından olan şartlar, açıkça zikredilmesine gerek olmamakla birlikte açıkça zikredilseler dahi geçerlidir ve bu şartlarla yapılan akitler de sahihtir.⁷⁷⁷ Satıcının malı, müşterinin semeni teslim etmesi gibi şartlar akdin muktezasından olan şartlardır. Onlara göre akdin muktezası olan hususların/şartların tamamı şer'î bir delille sabit olduğundan yine başka bir şer'î delil olmadıkça bu muktezaya aykırı hareket edilemez ve onu kayıtlayacak ilave bir şey ileri sürülemez. Mesela satım akdinde akit yapılır-yapılmaz akdin muktezası gereği satıcı sattığı ürünü alıcıya hemen teslim etmesi gerektiği gibi alıcının da satıcıya o ürünün parasını peşin olarak teslim etmesi gerekir. Fakat bu muktezaya aykırı olarak vadeli satışa dair delil bulunduğundan bu tip akitler de sahih kabul edilmiştir.⁷⁷⁸

Hanefilerin sahih kabul ettiği akdin muktezasına mülayim olan şartlar da Şafiilere göre de sahihtir. Ancak Şafiiler bu tip şartlara akdin maslahatına olan şartlar veya akitlerin uygulanmasında kendisine ihtiyaç duyulan şartlar derler.⁷⁷⁹ Aslında her iki mezhep de aynı şeyi farklı isimlendirmeler ile kabul etmiş oluyorlar. Aralarındaki fark isimlendirmenin yanında bir de Hanefiler bu tip şartları temel kurala aykırı olarak istihsan prensibi gereği kabul ederlerken Şafiiler ise bunları temel kural olarak kabul etmektedirler.⁷⁸⁰

Hanefilerin sahih kabul ettikleri örf haline gelmiş şartları Şafiiler, az önce söylediğimiz gibi akdin maslahatına olan şart veya insanların ihtiyaç duyduğu şart adı altında kabul etmektedirler. Yani Şafiiler, akitle uyumlu şartlar ile uygulamada kendisine ihtiyaç duyulan şartları –ki bu, Hanefilerde ihtiyaca binaen örf haline gelen şartlardır.- bir kabul ederek bunlara akdin maslahatına olan şart veya insanların ihtiyaç duyduğu şart derler.⁷⁸¹

⁷⁷⁶ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 152-154; Hafif, 271.

⁷⁷⁷ Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el- Mecmu' Şerhu'l- Mühezzeb (Mea Tekmiletü's Sübki ve Muti'î)*, IX, 364, I-XX, Daru'l Fikir, yy, ty.

⁷⁷⁸ Dirînî, *Buhus mukaren*, II, 426; Zerka, *el- Medhal*, I, 550; Abbas Hüsnü, 58.

⁷⁷⁹ Nevevî, *el- Mecmu'*, IX, 364.

⁷⁸⁰ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 117, 152, 173.

⁷⁸¹ Nevevî, *el- Mecmu'*, IX, 364-368; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153, 173; Hafif, 272; Abbas Hüsnü, 60.

Hakkında nas bulunan şartlar ya akdin muktezasını bildirdiği veya akdin maslahatına olan bir durumu ortaya koyduğu için her halükarda geçerlidir. Akdin muktezası olmamakla birlikte akde aykırı da olmayan ve bir zarar da içermeyen şartlar da sahihtir. Haddi zatında bunlar akdin maslahatına olan şartlar genel prensibi çerçevesine dâhildirler.⁷⁸²

Görüldüğü gibi Şafiilerde de Hanefilerdeki gibi akdin muktezası olan şartlar, akde mülayim/akdin maslahatını temin eden şartlar, Hanefilerin “örf haline gelen” diye isimlendirdiği Şafiilerin ise “uygulamada kendisine ihtiyaç duyulan” diye isimlendirdikleri şartlar, hakkında özel nas bulunan şartlar ve bir zarar içermeyen şartlar sahihtir.⁷⁸³

Şafiilere göre akdin muktezasından olmayan ve akdin muktezasına mülayim de olmayan bununla birlikte talep edilen bir menfaat içeren şart ileri sürmek yasaktır. Buna göre böyle bir şartla yapılan akit ve şart batıldır. Mesela bir kişi satıcının hasat etmesi şartı ile bir ekin satın alsa bu caiz değildir. Yine bir kişi müşterinin kendisine borç vermesi şartı ile evini satacağını söylese bu akit de sahih değildir.⁷⁸⁴

Akdin muktezasını ortadan kaldıran veya onunla çelişen bir şartla da akit yapmak caiz değildir. Mesela bir malın başka birisine satılmamak şartı ile satılması batıldır.⁷⁸⁵ Çünkü akdin muktezası gereği bir şeyi satın alan kişi o mal üzerinde hür bir şekilde tasarruf yetkisi vardır. Onun bu tasarrufunu engellemek akdin muktezasını ortadan kaldırmaktadır. Yine rehin veren kişi rehin alan kişiye o rehin edilen malı satmamasını veya ona el koymamasını şart koşarsa bu rehin akdi de batıldır. Çünkü rehin almadaki maksat rehin veren kişinin asıl borcunu ödememesi durumunda alacaklının kendi alacağını garanti altına almasıdır. Bu ise ancak rehin alınan mala el koymakla mümkündür. Bu imkanı ortadan kaldıran şart ileri sürülünce bu akit batıl olur.⁷⁸⁶

Şafiiler bir akit içinde iki akit yapılmasını içeren şartı da batıl kabul ederler.⁷⁸⁷ Bu konuda, Ebû Hureyre'den gelen meşhur "Rasûlullah (s.a) bir satış içinde iki satışı

⁷⁸² Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 364-368; Hafif, 271; Özdirek, 155.

⁷⁸³ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 172-174; Özdirek, 154-156; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 208.

⁷⁸⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153.

⁷⁸⁵ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 368.

⁷⁸⁶ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153; Özdirek, 156.

⁷⁸⁷ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 336.

nehyetti."⁷⁸⁸ Hadisini delil olarak alırlar. Onlar bu hadiste yasaklanan satış şeklini iki türlü ifade ederler; bir, bir malın peşin şu fiyata vadeli şu fiyata denilerek birinde karar kılınmadan satılması örneğindeki gibi bir akit batıldır. Çünkü satılan malın peşin ve vadeli fiyatları farklı farklıdır ve hangisine karar verildiği anlaşılmadan akit yapılmıştır. Burada ise tarafları anlaşmazlığa götürecek bir belirsizlik vardır. Fakat bu iki fiyattan birine karar verilir de öyle akit yapılırsa o zaman belirsizlik ortadan kalktığı için akit de sahih olur. İkinci anlaşılma şekli ise mesela satıcı, müşteriye şu malımı sana şu fiyata satarım ama sen de bana şu malını şu fiyata satman ya da şu kadar borç vermek şartı ile dese bu akit batıl olur. Çünkü burada bir satış akdi içerisinde; akdin muktezası olmayan ve ona mülayim de olmayan ve bir tarafın lehine menfaat içeren bir şart ileri sürülmektedir ki bu, akdi batıl kılar.⁷⁸⁹

Özetle ifade edecek olursak Şafiilere göre akdin muktezasını ortadan kaldıran, naslarda kesin yasaklanan, nizaya sebep olacak şekilde garar ve cahalet içeren, sadece bir tarafın lehine talep edilen bir menfaat içeren ve taraflardan hiçbirine bir fayda sağlamayan diğer bir ifade ile taraflara zarar veren şartlar batıldır. Bunlardan ilk dördü kendileri batıl olduğu gibi akdi de batıl kılarlar. Sonuncu şart ise sadece kendisi batıl/lağvdir akit ise sahihtir.⁷⁹⁰

Şafiilere göre batıl şartlar mali olan-olmayan ve bedelli olan-olmayan bütün akit ve tasarruflarda aynı menfi etkiye sahiptir. Yani bu batıl şartlarla yapılan her türlü akit de batıldır. (Zarar veren şartın batıl olmakla birlikte akdin sahih olduğunu söylemiştik.) Bu açıdan bakıldığında Şafiilerin akit hürriyetini sınırlandırma konusunda Hanefilerden daha daraltıcı bir yol izledikleri görülmektedir.⁷⁹¹ Çünkü bu konuda Hanefiler batıl şartları tamamen yok hükmünde sayarak bu şartlarla yapılan akitleri sahih kabul etmektedirler. Fasit şartların akde tesiri konusunda ise sadece mali mübadele akitlerinde fasit şart akdi de ifsat eder diğer akitlerde ise bu şart lağv/geçersiz, akit ise sahihtir. Hanefiler batıl şartları yok saymak sureti ile akde tesir ettirmeyerek ve fasit şartları da akdi fasit kılması noktasında sadece mali mübadele akitleri ile sınırlandırmak sureti ile akit hürriyetine geniş bir alan sağlamış bulunmaktadır. Fakat Şafiiler diğer bir yönden ise Hanefilerin caiz bulmadığı bazı şartları akdin maslahatına olması, ihtiyacın

⁷⁸⁸ Ebu Dâvud, Buyu, 68/3504; Tirmizî, Buyu, 18/1231; Nesâî, Buyu, 73/4553.

⁷⁸⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153; Abbas Hüsnü, 59.

⁷⁹⁰ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 364-368; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153-155; Özdirek, 156-158.

⁷⁹¹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 154.

gerektirmesi veya ibadet olması gerekçesi ile caiz görerek bu hürriyet alanını genişletmişlerdir.⁷⁹²

2.3.5. Hanbelilerin Görüşü

Mezhepler içerisinde akit hürriyeti ve şart hürriyeti konusunda sınırları en geniş tutan mezhep Hanbelilerdir. Diğer bir ifade ile bu konuda bir tarafta Zahiriler karşı tarafta ise Hanbeliler bulunmaktadır. Bunlara göre akitler ve bunlarla ilgili şartlarda asıl olan mubahlıktır. Buna göre dinin açıkça yasaklamadığı bütün akitler geçerli olup bu akitlerin gereğini yerine getirmek zorunlu olduğu gibi yine dinin açıkça yasaklamadığı ve akdin muktezasına ters düşmeyen ve akdin menfaatine olan bütün şartlar da sahihtir.⁷⁹³ Bu sonuç, “eşyada asıl olan ibahadır.” prensibinin merkeze alındığını ve bütün hükümlerin buna göre uyarlandığını göstermektedir. Ancak haramı konu alan akitler geçersiz olduğu gibi helali haram ve haramı helal kılan şartlar da geçersizdir.⁷⁹⁴

Onlara göre akit ve şartlardaki bu hürriyet, genel ve asli bir prensip olup Kur'an ve Sünnetten nakli delillerinin yanında akli delillerle de desteklenmiştir. Şu ayetler ve hadisler bu görüş sahiplerinin delilleridir.

Akitlerle ilgili olarak Kur'an-ı Kerim'de; “*Ey iman edenler! akitleri yerine getiriniz.*”⁷⁹⁵ ayeti, genel olarak “akitler” ifadesini kullanarak her dönem için insanların bildiği ve isimli-isimsiz bütün akit çeşitlerini kapsayacak şekilde yapılan akitlere bağlı kalınması gerektiğini açık bir ifade ile emretmiştir. Akitlerden maksat insanlar arası ilişkilerde yapılan her türlü sözleşmelerdir. “*verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü verilen sözden dolayı sorumluluk vardır.*”⁷⁹⁶ Bu ayetler akitlere vefa gösterilmesini emrediyor, vefa ise ancak akitler geçerli kabul edilmesi halinde gerekli olur. Buna göre şartlarına uygun olarak yapılan akitlerin geçerli olduklarını birinci ayetten, yapılan

⁷⁹² Bardakoğlu, 22.

⁷⁹³ Muvaffakuddin Abdullah bin Ahmed İbn Kudame, *el- Kafi fi Fikhi'l İmam Ahmed*, II, 22-24, I-IV, Daru'l Kutubu'l İlmîyye, 1994; İbn Kudame, *el- Muğni*, IV, 170, I-X, Mektebetü Kahire, Kahire 1968; Dirîni, *Buhus mukaren*, II, 435; Hafif, 275.

⁷⁹⁴ Senhûrî, *Mesadir 'ul-Hak*, III, 161, 168; Zuhaylî, V, 153-156; Zerka, *el- Medhal*, I, 552; Abbas Hüsnü, 72; Bardakoğlu, 23; Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, 209.

⁷⁹⁵ Maide 5/1.

⁷⁹⁶ İsra 17/34.

akitlere ve verilen sözlere riayet edilmesi gerektiğini de her iki ayetten anlamış oluyoruz.⁷⁹⁷

Açıklamasını ayrıntılı olarak daha önce yaptığımız; “*Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, bâtıl yollarla yemeyin...*”⁷⁹⁸ ve “*Kadınlarınıza mehirlerini, gönül rızası ile karşılık beklemezsiniz verin! Ve eğer kendi rızalarıyla bir kısmını size bağışlarsa onu da afiyetle yiyin.*”⁷⁹⁹ ayetlerini de delil olarak kullanan Hanbeliler, bedelli bedelsiz bütün akitlerde “karşılıklı rızadan” başka herhangi bir şart konulmamıştır derler.⁸⁰⁰

Bu ayetleri temel bir kural olarak kabul eden Hanbelîlere göre akit hürriyetinin temelinde karşılıklı rıza bulunmaktadır. Tarafların karşılıklı rızası akitlerin meşru ve helal olmasının sebebidir.⁸⁰¹ Buna bağlı olarak hiçbir mecbûrîyet olmadan akit yapmak suretiyle bir borcu yüklenen kişi o borcu yerine getirmek mecbûrîyetindedir. Bu borç birtakım şartlara bağlanmışsa ve şartlar da naslara aykırı değilse ve taraflar da bu şartları hür iradeleri ile kabul etmişlerse bu şartlara uymak zorundadırlar. Nitekim Kadı Şurayh, “kim nefesine kendiliğinden, hiçbir zorlama olmaksızın bir şey şart kılarsa, o şart ona lâzım olur demiştir.”⁸⁰² İşte bu sebeple şart hürriyeti kaidesi akit hürriyeti kaidesine doğrudan bağlıdır.⁸⁰³

Hanbelilerin akit hürriyeti bağlamında delil olarak kullandıkları “verilen sözlerin yerine getirilmesini emreden” birçok ayet vardır. Bunlardan bazıları şöyledir. “*Antlaşma yaptığınız zaman, Allah'ın ahdini yerine getirin ...*”⁸⁰⁴ Dini-hukuki ve sosyal sorumlulukları anlatan bir ayette; “*Verdiğiniz ahdi/sözü de yerine getirin. Çünkü verilen ahit/söz, sorumluluğu gerektirir.*”⁸⁰⁵ buyurulmaktadır.

Kur'an, insana yaptığı anlaşma aleyhine de olsa ona uyma sorumluluğu yüklemektedir. “*Andolsun ki daha önce onlar, sırt çevirip kaçmayacaklarına dair*

⁷⁹⁷ İbn Teymiyye, Feteva-i Kübra, IV, 97; Hafif, 279.

⁷⁹⁸ Nisa 4/29.

⁷⁹⁹ Nisa 4/4.

⁸⁰⁰ Senhûrî, Mesadir'ul-Hak, III, 169; Zuhaylî, V, 155.

⁸⁰¹ İbn Kudame, el- Kafi, II, 3.

⁸⁰² Buhari, Şürut, 18.

⁸⁰³ Özdirek, 165.

⁸⁰⁴ Nahl 16/91.

⁸⁰⁵ İsra 17/34; ayrıca bkz; Bakara 2/177; Ahde Vefa ile ilgili ayetler için bkz; Bakara 2/27, 40, 80, 100,177; Al-i İmran 3/76, 77; En'am 6/152; Araf 7/102; Enfal 8/56; Tevbe 9/4,7,12, 111; Ra'd 13/20,25; Nahl 16/91,95; İsra 17/34; Müminün 23/8; Ahzab 33/15,23; Fetih 48/10; Necm 53/37; Mearic 70/32.

*Allah'a söz vermişlerdi. Allah'a verilen söz mesuliyeti gerektirir!”*⁸⁰⁶ bu ayet insanın kendi aleyhine yaptığı anlaşmaların da “ahit” kavramı içerisine girdiğini ve buna riayet edilmesi gerektiğini göstermektedir. Yapılan her akit, aynı zamanda verilen bir sözdür. Zaten akit ve ahit kelimeleri eşanlamli olmakla birlikte akit kelimesi, misak gibi kuvvetlendirilmiş ve ilgili kişiyi bağlayıcı hale gelmiş ahit/söz demektir.⁸⁰⁷

Ayrıca kişinin yapamayacağı şeyleri söylemesinin doğru olmadığını vurgulayan şu ayeti de burada delil olarak kullanmaktadırlar. *“Ey iman edenler! Yapamayacağınız şeyleri niçin söylüyorsunuz. Yapamayacağınız şeyleri söylemeniz Allah katında çok çirkin bir şeydir.”*⁸⁰⁸ Buna göre insan yapamayacağı şeyi söylememeli, bir şey yapacağını söylemiş ise de mutlaka yapmalıdır. Aksi bir durum kınanmayı gerektirmektedir.

Hanbelilerin, akit hürriyetine dair delil olarak kullandıkları hadislerin bazıları şunlardır.

Hakim b. Hızam (ra)’ın haber verdiğine göre Rasûlullah buyurdu ki; “alış-veriş yapanlar ayrılmadıkları sürece muhayyedirler.”⁸⁰⁹

Amr b. Avf el Müzenî (r.a.)’in rivayet ettiğine göre Rasûlullah buyurdu ki; “Müslümanlar arasında sulh geçerlidir. Ancak helali haram kılan veya haramı helal kılan sulh geçersizdir. Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar. Ama helali haram kılan haramı helal kılan şartlar geçersizdir.”⁸¹⁰

Hanbelilerin delil olarak kullandığı, akitlere yön veren ve onların muhtevasını farklılaştıran meşru şartların ileri sürülebileceğini ifade eden diğer bir hadis de şudur. Câbir b. Abdullah (r.a.)’tan rivayete göre, şöyle demiştir: Rasûlullah (sav) ile bir yolculukta beraberdim. Rasûlullah (sav): “Deveni bana şu kadar paraya sat” dedi. Bende: “Hayır Sana feda olsun” dedim. Yine: “Onu bana sat” buyurdu. Ben de dediği paraya sattım ve Medine’ye kadar binmeyi de şart koştum.⁸¹¹

Daha önce ayrıntılı olarak verdiğimiz Hz. Aişe (r.a.)’nin rivayet ettiği Berire hadisi

⁸⁰⁶ Ahzab 33/15.

⁸⁰⁷ Yazır, III, 1546.

⁸⁰⁸ Saff 61/3-4.

⁸⁰⁹ Buhari, Buyu, 19/2079.

⁸¹⁰ Tirmizî, Ahkam, 17/1352; Ebu Davud, Akziye, 12/3594; İbni Mâce, Ahkâm, 23/2353.

⁸¹¹ Nesâî, Buyu, 77/4458; Müslim, Müsakat, 21; Ebû Davud, Buyu, 69/3505; Tirmizî, Buyu, 30/1253; Buhari, Buyu, 34, Şürût, 4; İbni Mâce, Ticârât, 29/2205; Canan, III, 67-68.

diye meşhur olan hadiste geçen Rasûlüllah (sav)’ın; "Bir takım adamlara ne oluyor ki onlar Allah'ın Kitabında bulunmayan şartlar ileri sürüyorlar. Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır. Allah'ın hükmü uyulmaya en layık, Allah'ın öğrettiği şart da en sağlam ve en güvenilecek şarttır."⁸¹²

Şart ve akit hürriyeti konusunda asıl olan haramlıktır diyen Zahirilerin de delil olarak kullandıkları bu hadislerde geçen “Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır.” cümlesindeki “Allah'ın Kitabından” maksat Hanbelîlere göre Kur’an değildir. Çünkü Kur’an borçlar hukukuna dair genel prensipler ortaya koymuştur. Akit ve şartlarla ilgili ayrıntılı bir açıklamada bulunmamıştır. Hadisteki “Allah'ın Kitabından” maksat Allah’ın hükmü ve şeriatıdır. Buna göre şeriatın kaide ve maksatlarına aykırı olan şartlar batıldır.⁸¹³ Şayet buradaki “Allah'ın Kitabından” maksat “Kur’an” olsa bile o zaman Kur’an’da ortaya konmuş temel esaslara aykırı şartlar ileri sürülemez anlamı anlaşılır ki bu zaten bütün mezheplerin kabul ettiği bir gerçektir. Yani Allah ve Rasûlünün hükümlerine aykırı her türlü akit ve şartın, bütün Müslümanların ittîfâkı ile batıl olduğu açıktır.

Akitlerde ne tür şartların ileri sürülüp-sürülemeyeceğini zikrettiğimiz bu hadislerden öğrenmiş oluyoruz. Yani hukuka aykırı (Allah’ın kitabı ve Resulünün sünnetine ters) gayrı meşru şartların geçersizliğini Hz. Aişe’den gelen hadislerden, meşru şartların geçerliliğini ise Hz. Amr b. Avf el Müzenî ve Hz. Câbir b. Abdullah’tan gelen rivayetlerden öğreniyoruz.

Hanbelîler, Peygamberimizden “alış-veriş ve şarttan” nehyettiğine dair gelen rivayeti hikaye yoluyla mücmel olarak nakledildiğini ve ittîfâkla sübutu sabit olmadığını söyleyerek sahih kabul etmemektedirler.⁸¹⁴ Sıhhati kabul edilse bile bu yasaklanan şartlar, Berire hadisinde olduğu gibi Şari’in koyduğu esaslara aykırı şartlar olarak anlaşılmalıdır.⁸¹⁵

Muamelatta, “eşyada asıl olan ibahadır.” prensibini temel kabul eden Hanbelîler, akit ve şartların da muamelattan olması hasebi ile bunların cins olarak haramlığına

⁸¹² Buhari, Buyu, 73.

⁸¹³ Zerka, *el- Medhal*, I, 543.

⁸¹⁴ Zerka, *el- Medhal*, I, 544.

⁸¹⁵ Bardakoğlu, 24.

delalet eden bir delil de olmadığına göre akit ve şartlarda da asıl olan mubahlıktır derler. Nelerin haram kılındığını ifade eden “...*Oysa Allah, çaresiz yemek zorunda kaldığınız dışında, haram kıldığı şeyleri size açıklamıştır.*”⁸¹⁶ ayeti hem haram olan nesneleri hem de fiilleri içerecek tarzda genel/âm bir ifadedir. Naslarda nelerin haram kılındığı açıklanmıştır. Akit ve şartların genel olarak yasaklandığına dair her hangi bir delil yoktur. Ayrıca insanlar ihtiyaç duydukları akitleri yaparlar ve yine ihtiyaçları doğrultusunda şartlar ileri sürerler. Dinin zorluğu kaldırma “adem-i harac” prensibi gereği de naslarda açıkça yasaklanmayan akit ve şartlar caizdir.⁸¹⁷

Şatibi bu konuyu şöyle açıklıyor; “muamelat konularında mesela akitlerde ileri sürülen şartlarda sadece naslara aykırı olmaması ile yetinilir. Çünkü bunlarda asıl olan taabbudilik değil, içerdikleri hikmet ve manaları dikkate almaktır. Muamelat konusunda aksine delil olmadıkça serbest olmaktır.”⁸¹⁸

Naslarda açıkça yasaklanmayan ve akdin muktezasına aykırı olmayan bütün şartların temel prensip olarak sahih olduğunu söyleyen Hanbelîlere göre sahih şartları şöyle sıralayabiliriz.

a) Akdin muktezasından olan şartlar. Bu, bütün mezheplere göre sahihtir. Satıcının malı, müşterinin ise parayı teslim etmelerinin şart olarak ileri sürülmesi gibi. Bu tip şartlar zaten akdin gereği olan şeylerdir. Ayrıca zikredilmesine gerek olmamakla birlikte şart olarak zikredilmiş olmaları teyit içindir ve sahihtir. Akde de bir engel teşkil etmezler.⁸¹⁹

Akdin muktezasından olan şartlarla ilgili diğer bir husus da şudur. Hanbelîler “şeran/hukuken sabit olan, şart ile sabit olana mukaddemdir” diyerek akdin muktezasını değiştirecek olan bir şartın ileri sürülmesini ise kabul etmemektedirler. Zira akdin muktezası olan şey, Şari‘ tarafından belirlenmiş olan o akdin meşru kılınış gayesidir. Akit yapacak kişiler bu gayeyi ortandan kaldıracak bir tasarrufta bulunamazlar. Mesela satıcının, müşteriye satın aldığı şeyi asla satmamasını veya kiraya vermemesini şart koşması gibi. Burada hukuken sabit olan şey, akdin muktezası gereği müşterinin, satın aldığı o mal üzerinde tam mülk sahibi olup istediği gibi tasarruf etme hürriyetine sahip

⁸¹⁶ En’am 6/119.

⁸¹⁷ Haçkalı, 133.

⁸¹⁸ Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ b. Muhammed el-Lahmî eş-Şâtibî el-Gırnâtî, *Muvafakat*, I, 283, I-IV, trc; Mehmet Erdoğan, İz Yayıncılık, İstanbul 1990-93; Abbas Hüsnü, 84.

⁸¹⁹ İbn Kudame, *el- Kafi*, II, 22; *el- Muğni*, IV, 170; Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 161.

olmasıdır. Hukuken sabit olan onun bu hürriyetini ortadan kaldıracak olan bir şart ise kabul edilemez.⁸²⁰ Yani böyle bir şart geçersiz, akit ise geçerlidir. Aslında böyle bir durumda akdin muktezası olan şey ile onu ortadan kaldıran bir şart karşı karşıya gelmiştir. Yani iki zıt bir arada bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda kural; mukaddem/önceliği olanın sabit kalması ve diğerinin ise düşmesidir.⁸²¹

b) Akde mülayim ve akdin maslahatından olan şartlar. Akdin muktezasından olmayıp fakat akdin taraflarının haklarını koruyan, hak ve sorumluluklarını kuvvetlendiren şartlardır. Mesela vadeli akitlerde alacaklının alacağını garanti altına almakamacı ile borçluya kefil göstermesini veya her hangi bir malı rehin vermesini şart koşması gibi.⁸²²

c) Akdin muktezasından ve maslahatından olmamakla birlikte akdin muktezasına aykırı olmayan şartlar da sahihtir.⁸²³ Velez ki bu ileri sürülen şart taraflardan birinin lehine olsun ve talep edilen bir menfaat içersin. Mesela evini satan kişi sattıktan sonra belli bir süre içinde oturmak şartı ile satış yapsa müşteri de bunu kabul etse bu akit geçerlidir ve ileri sürülen şart da sahihtir. Yine bir kimse arabasını satsa ve belli bir müddet bindikten sonra müşteriye teslim edeceğini söylese müşteri de bu şartla birlikte kabul etse bu akit de geçerli ve ileri sürülen şart da sahihtir.⁸²⁴

Daha önce ifade ettiğimiz üzere Hanefi ve Şafiilere göre akdin muktezasından olmayan ve akdin muktezasına mülayim de olmayan bununla birlikte akdin taraflarından sadece birine ilave bir menfaat sağlayan şartlar yani akdin taraflarından biri tarafından talep edilen bir menfaat içeren şartlar ileri sürmek yasaktır. Böyle bir şart Hanefilere göre fasit iken Şafiilere göre batıldır. Onlara göre bu hükümlerin akde tesirini ve bu yaklaşımlarının delillerini onların görüşlerini anlatırken ifade etmiştik. Hanbeliler ise bu noktada Hanefi ve Şafiilerin aksine bu tip şartlarla yapılan akitleri geçerli saydıkları gibi bu şartları da sahih kabul etmektedirler. Daha açık bir ifade ile Hanbeliler, hukuken yasaklanmamış olması kaydı ile akdi yapanlardan birinin maslahatına olan bu tip şartları akdin maslahatı olarak kabul etmektedirler.⁸²⁵ Akdin maslahatına olan şartlar da zaten sahihtir. Hanbeliler bu konuda yukarıda zikrettiğimiz

⁸²⁰ İbn Kudame, *el- Kafi*, II, 22-23.

⁸²¹ Zuhaylî, V, 154; Özdirek, 167.

⁸²² İbn Kudame, *el- Kafi*, II, 22; *el- Muğni*, IV, 170; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 162; Hafif, 276.

⁸²³ İbn Kudame, *el- Kafi*, II, 22; *el- Muğni*, IV, 170.

⁸²⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 162.

⁸²⁵ Zerka, *el- Medhal*, I, 556.

bir yolculuk sırasında Cabir bin Abdullah (r.a)'tan Rasûlullah (sav)'ın Medine'ye dönünceye kadar onun binmesi şartı ile bir deve satın aldığı hadisi delil olarak alırlar.⁸²⁶ Hanefî ve Şafiîlerin delil olarak kullandıkları “akit/satış ve şartın yasak olduğu” hadisini⁸²⁷ ise sahih kabul etmezler.⁸²⁸ Sahih kabul edilse bile bu şartlar Berire hadisinde olduğu gibi Şar‘in vaz ettiği esaslara aykırı şartlar şeklinde anlaşılmalıdır.⁸²⁹

Hanbelîlerin sahih kabul ettiği bütün şartlara riayet edilmesi zorunludur. Bunlar ister mali mübadele/muavaza akitlerinde olsun ister teberru akitlerinde, ister teminat akitlerinde isterse nikah ve benzeri akitlerde olsun aynıdır. Bu şartlara uyulmadığı takdirde karşı tarafa akdi feshetme hakkı doğar.⁸³⁰

Hanbelîlere göre şu durumlarda ileri sürülen şartlar fasit olur.

a) Akdin muktezasını/hukuki gereğini ortadan kaldıran bir şeyi şart koşmak. Mesela satım akdinde satıcı, müşteriye sattığı şeyi başkasına satmamasını, hibe etmemesini veya kullanmamasını şart koşması gibi.⁸³¹ Akdin muktezası gereği müşterinin, satın aldığı o mal üzerinde tam mülk sahibi olup istediği gibi tasarruf etme hürriyetine sahip olmasıdır. Şu örnekler de bu tip şartlardandır; müşterinin, satıcıya aldığı malın gasp edilmesi halinde o malın parasını iade etmesini şart koşması, satıcının müşteriye, aldığı malı satacaksa yine kendisine veya kendisinin belirlediği belli bir kişiye satmasını şart koşması gibi. Bu örneklerde görüldüğü gibi gerek satıcının gerekse müşterinin hür iradesini kısıtlama söz konusudur. Onun bu hürriyetini ortadan kaldıracak bir şart ileri sürmek akdin muktezasını yok etmek demektir. Dolayısıyla böyle bir şart fasittir geçersizdir. Biraz önce zikrettiğimiz “şeran/hukuken sabit olan, şart ile sabit olana mukaddemdir” prensibi gereği akdin muktezasını değiştirecek olan bir şartın ileri sürülmesi kabul edilmemektedir. Zira akdin muktezası olan şey, Şari‘ tarafından belirlenmiş olan/hukuken sabit olan o akdin meşru kılınış gayesidir. Akit yapacak kişiler bu gayeyi ortandan kaldıracak bir tasarrufta bulunamazlar.

⁸²⁶ Nesâî, Buyu, 77/4458; Müslim, Müsakat, 21; Ebû Davud, Buyu, 69/3505; Tirmizî, Buyu, 30/1253; Buhari, Buyu, 34, Şürût, 4; İbni Mâce, Ticârât, 29/2205; Canan, III, 67-68.

⁸²⁷ Cemaleddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf ez- Zeylei, *Nasbu'r-Raye li Ahadisi'l Hidaye*, IV, 18, I-IV, Müessesetü'r reyyan, Beyrut 1997.

⁸²⁸ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 162.

⁸²⁹ Bardakoğlu, 24.

⁸³⁰ Zuhaylî, V, 153.

⁸³¹ Hafif, 277.

Akdin muktezasını ortadan kaldıran bir şeyi şart koşmak fasit olunca böyle bir şartla yapılan akdin durumu ile ilgili Hanbelilerde iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre şart fasittir ama akit sahihtir. Nitekim Peygamberimiz, Berire'nin satışı hadisesinde ileri sürülen velanın satıcıya ait olması şartını fasit bularak geçersiz sayarken akdin sıhhatine hükmetmiştir. İkinci görüşe göre ise şart fasit olunca akit de yok olur. Çünkü akdin her iki tarafı da ileri sürülen bu şart ile akde razı olmuşlar idi. Onların razı oldukları şartları fasit sayarken, akdi sahih/geçerli saymak onların rızası olmadan bir akit yapmalarını kabul etmek olur ki bu, akitlerin temelinde olan karşılıklı rıza prensibine aykırıdır.⁸³²

b) Hakkında özel yasaklayıcı bir nas bulunan şartlar. Mesela bir akit içerisinde ikinci bir akdin şart kılınması gibi.⁸³³ Satıcı; müşteriye sana bu evi satarım ama bana şu kadar borç vermen, bir şey hibe etmen veya bu evi falancaya kiraya vermen şartı ile dese, ileri sürülen bu şartlar fasittir.⁸³⁴ Çünkü bir akit içerisinde ikinci bir akit yani borç verme, hibe ve kira akdi şart olarak ileri sürülmektedir ki bunun yasak olduğuyla alakalı Rasûlullah'tan "bir akit içerisinde ikinci bir akit helal değildir."⁸³⁵ Yine bir akitte iki şartın yer alması da sahih değildir. "Bir satışta iki şart helal değildir." Hadisini delil olarak bu sonuca ulaşmışlardır.⁸³⁶

c) Hukuka aykırı olan yani helali haram, haramı helal kılan şartlar. Bu, bütün mezheplerce kabul edilen ve çok açık olan bir şeydir. Akitlerde ileri sürülecek şart, haram bir şeyi helal kılma özelliğı taşıyamayacağı gibi helal olan bir şeyi de haram kılma özelliğı taşıyamaz.⁸³⁷

d) Akdin veya şartın ifâsının mümkün olmaması. Böyle bir akdin yapılamayacağı ve böyle bir şartın gerçekleştirilemeyeceğı gayet açıktır.⁸³⁸

Hanbeli mezhebinin önde gelen hukukçularından biri olan İbnTeymiyye ve onun öğrencisi olan İbn Kayyım, akit hürriyeti ve akitlerdeki şart hürriyeti konusunda en ileri derecede özgürlüğü savunmaktadırlar. Onlara göre yasaklığına dair dinin naslarında ve

⁸³² İbn Kudame, *el- Kafi*, II, 22-23; *el- Muğni*, IV, 170-171; Senhûrî, *Mesadir 'ul-Hak*, III, 163-165.

⁸³³ İbn Kudame, *el- Muğni*, IV, 177.

⁸³⁴ Zuhaylî, V, 154.

⁸³⁵ Tirmizî, *Buyu*, 18/1231; Nesai, *Buyu*, 73/4553.

⁸³⁶ Hafif, 278.

⁸³⁷ Senhûrî, *Mesadir 'ul-Hak*, III, 171.

⁸³⁸ Haçkalı, 134.

kaidelerinde kesin delil olmadıkça akitlerde ve şartlarda asıl olan hürriyettir.⁸³⁹ Dolayısıyla bu çerçevede akit yapanların ileri sürdüğü bütün şartlara riayet etmek zorunludur. Naslara aykırı yani helali haram, haramı helal kılan şartların geçersizliği ise ittîfâkla kabul edilmektedir.⁸⁴⁰

İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyım, bu görüşlerini hem Kur'an ve Sünnet'ten delillerle hem de akli delillerle açıklamaktadırlar. Bunlar, Hanbelilerin delilleri bağlamında yukarıda zikrettiğimiz ayet ve hadisleri delil olarak zikrettikten sonra derler ki; bütün bunların sonucu İslam'ın haram kılmadığı her akit ve şart sahihtir. İnsanların maslahat temini ve ihtiyaçlarını gidermek için yapageldikleri akitleri ve şartları yasaklarsak, Allah'ın haram kılmadığı bir şeyi haram kılmış oluruz.⁸⁴¹

Dikkat çekilen diğer bir husus da şart olarak ileri sürülecek şeyin normalde yapılması yasaksa şart olarak ileri sürülmesinin de yasak oluşudur. Diğer bir ifade ile Allah ve Rasül'ün hükümlerine aykırı olmayan şartların ileri sürülebileceği. Yani ancak mubah olan şeyler şart olarak ileri sürülebilir.⁸⁴²

İbadetlerin aksine muamelatta, “eşyada asıl olan ibahadır.”⁸⁴³ prensibini temel kabul eden İbn Teymiyye, akit ve şartların da muamelattan olması hasebi ile bunların cins olarak haramlığına delalet eden bir delil de olmadığına göre akit ve şartlarda da asıl olan mubahlıktır. Ayrıca insanlar ihtiyaç duydukları akitleri yaparlar ve yine ihtiyaçları doğrultusunda şartlar ileri sürerler. Dinin zorluğu kaldırma “adem-i harac” prensibi gereği de naslarda açıkça yasaklanmayan akit ve şartlar caizdir der.⁸⁴⁴

2.3.6. Malikilerin Görüşü

Akit ve şart hürriyeti konusunda Maliki hukukçularının görüşleri biraz girift ve anlaşılabilir durumdadır. Daha doğrusu Malikilerin ibahayı mı yoksa yasaklığı mı öne aldıkları alimler arasında tartışmalıdır. Akdin muktezasını kabul etmeleri açısından Hanefiler ve Şafiilerle aynı görüşe sahip olduklarını görmekteyiz. Diğer taraftan

⁸³⁹ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, IV, 79-97; İbn Kayyım, *İ'lamü'l-Muvakı'in*, III, 302.

⁸⁴⁰ Zerka, *el-Medhal*, I, 553; Hafif, 278.

⁸⁴¹ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, IV, 79-97; İbn Kayyım, *İ'lamü'l-Muvakı'in*, III, 302; Dirîni, *Buhus mukaren*, II, 442; Hafif, 279; Abbas Hüsnü, 74-82; Haçkalı, 132.

⁸⁴² İbn Kayyım, *İ'lamü'l-Muvakı'in*, III, 302; Zuhayli, V, 155; Haçkalı, 133.

⁸⁴³ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, I, 373.

⁸⁴⁴ İbn Kayyım, *İ'lamü'l-Muvakı'in*, I, 186, 260; Abbas Hüsnü, 79; Haçkalı, 133.

tarafllara makul bir menfaat sağlayan bazı şartlları caiz görmeleri, akdin muktezasına aykırı da olsa akdin kuruluşuna o an için bir müdahalede bulunmayan şartlları sadece “lağv şart” sayarak akdi ifsat ettirmemeleri ve yerine getirilmeyen fasit şartlları da akde tesir ettirmeyerek fasit şartlların akitlere olan menfi tesirini oldukça azaltmaları nokta-i nazarından ise Hanbelîlere daha yakın olduklarını görmekteyiz.⁸⁴⁵ Yine taraflardan birinin kendi menfaatine olarak şart koştuğu, diğer tarafın da hakkına mani olmayan şartlar ve hayır amaçlı olmak üzere ileri sürülen tasarruf sınırlamaları da muteberdir görüşünü kabul etmeleri de şart hürriyeti konusunda ibahayı esas aldıklarını göstermektedir.⁸⁴⁶

Malikilerde şart hürriyeti konusunda asıl olanın yasaklık olduğunu söyleyenler; “Peygamberimiz (s.a) şartlı satışı yasakladı.” Hadisini delil olarak kullanırlar. Şöyle ki Malikiler, bu hadiste geçen şartı, akdin muktezası ile çelişen şart olarak alırlar. Akdin muktezası ile çelişen şart batıl olunca mefhumu muhalifinden hareketle ancak akdin muktezası olan şartlar caiz olur, akdin muktezasından olmayanlar ise yasak olur.⁸⁴⁷ Bu da Hanefilerde olduğu gibi şart hürriyeti konusunda asıl olanın “akdin muktezası” prensibi gereği dar bir alanın olmasıdır. Buna mukabil Malikilerin, fasit ve batıl şartlarla ilgili ortaya koydukları esaslar göz önüne alındığında ise onların şart hürriyeti konusunda ibahayı esas aldıkları görölmektedir. Muasır bazı hukukçular Malikilerin bu iki görüşünü uzlaştırma yoluna gitmişlerdir. Buna göre başlangıçta ve temelde Malikilere göre şart hürriyeti konusunda asıl olan yasak olmaktır. Ancak akdin muktezası olan, akde mülayim olan ve akdin muktezasına aykırı olmayan dolayısıyla akde bir zarar vermeyen şartlların sahih kabul edilmesiyle şart koşma alanının genişletildiğini ve böylece şart hürriyeti konusunda asıl olanın da yasaklık değil ibaha olduğunu söylemişlerdir.⁸⁴⁸

Malikiler, Hanefi ve Şafiilerin sahih kabul ettiği şartlları sahih kabul etmekle kalmamakta onların sahih kabul etmediği birçok şartı da sahih kabul etmekte. Ayrıca Malikilere göre şart ve akitte asıl olan sahih olmaktır, fasit olmaları ise istisnaidir. Bu

⁸⁴⁵ Ebu’l Velid Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Hafid, *Bidayetü’l- Müctehid ve Nihaetü’l- Muktesid*, III, 178-179, I-IV, Daru’l Hadis, Kahire 2004; Dirînî, *Buhus mukaren*, II, 428; Bardakoğlu, 22.

⁸⁴⁶ Abbas Hüsnü, 69; Çalış, 288.

⁸⁴⁷ İbn Rüşd, III, 179.

⁸⁴⁸ İbn Rüşd, III, 178-180; Özdirek, 158.

yaklaşımları ile şart hürriyetinin alanını genişletmek suretiyle Hanefi ve Şafiilerden uzaklaşarak Hanbelîlere daha yakın olduklarını görmekteyiz.⁸⁴⁹

Bu genel bilgileri verdikten sonra şimdi Malikilere göre sahih ve fasit şartları Maddeler halinde sıralayabiliriz.

Malikilere göre sahih şartlar.

a) Akdin muktezası olan şartlar. Akdin yapılış gayesi olan bu tip şartlar diğer mezheplere göre de sahih kabul edilmiştir. Böyle bir şart ileri sürülmesi durumunda şart sahih olduğu gibi yapılan akit de sahihtir. Mesela satım akdinde satıcı, müşteriye parayı vermesini şart koşsa veya müşteri, satıcıya sattığı malı teslim etmesini şart koşsa bir satım akdinin doğal gayesi olan bu şartlar sahihtir. Böyle bir şart ileri sürülmesi dahi akdin gereği olarak müşteri aldığı şeyin parasını, satıcı ise sattığı şeyi teslim etmek zorundadır. Daha önce de ifade edildiği gibi bu tip şartlar ya fazladan dillendirilmiştir ya da teyit amacı ile ileri sürülmüştür.⁸⁵⁰

b) Akdin muktezasına aykırı olmayan diğer bir ifade ile akdin menfaatine olan her türlü şart sahihtir. Malikiler bu ifade ile şart hürriyetini oldukça genişletmiş olmaktadır. Zira “akdin muktezasına aykırı olmayan” ifadesine, Hanefilerin sahih kabul ettiği “akde mülayim ve örf/teamül haline gelen” şartlar dahil olduğu gibi Hanefilerin fasit şart kabul ettiği “taraflardan birine makul bir menfaat sağlayan” şartlar da girer. Bu tip şartlar akde zarar vermediği için sahih kabul edilmiştir. Akitler ibadetlerden değil muamelattandır. Muamelata ise asıl olanın ibaha olması hasebi ile bir şartın akdin muktezasına aykırı olmaması, sahih olabilmesi için yeterli görülmüştür.⁸⁵¹

Buna göre akdin muktezasına mülayim olan müşterinin rehin veya kefil vermesi sahih olduğu gibi Hanefilerce sahih kabul edilmeyen şu şartlar da Malikilerce sahihtir; ibadet/tasadduk maksadı içeren şartlar. Mesela satıcı, müşteriye satın aldığı köleyi azat etmesini, aldığı araziye vakfetmesini veya oraya cami yapılmasını şart koşması gibi. Bu tip şartlar kişinin, mülkü üzerinde tasarruf hürriyetini sınırlandırmakla beraber ibadet maksadını gözettiği için kişiye manevi menfaati olacağından Malikiler bu tip şartları sahih kabul etmişlerdir. Satıcı; müşteriye vadeli olarak aldığı malı, parasını ödeyinceye kadar başkasına satmamasını veya hibe etmemesini şart kılarsa bu tip şartlar da sahihtir.

⁸⁴⁹ Senhûrî, *Mesadir’ul-Hak*, III, 155.

⁸⁵⁰ İbn Rüşd, III, 178.

⁸⁵¹ Hafif, 276; Abbas Hüsnü, 70.

Burada da görünürde müşterinin, mülkü üzerinde tasarruf hürriyetinin sınırlandırıldığı görülmekle birlikte kefil ve rehin vermedeki gibi satıcının hakkı koruma altına alındığı için bu tip şartlar da sahih kabul edilmiştir. Yine taraflardan birine makul bir menfaat sağlayan; satılan evde belli bir müddet oturmayı, satılan hayvan veya arabaya belli bir süre binmeyi veya satılan kumaşı elbise olarak dikmeyi şart koşturmak da sahihtir. Halbuki bu tip şartlar Hanefilere göre taraflardan birine ilave bir menfaat sağladığı için fasit şartlardan sayılmaktadır.⁸⁵²

Malikilerin sahih şartlarla ilgili temel kuralları göz önünde bulundurulduğunda onlara göre sahih şartın üzerine bina edildiği deliller oldukça çok sayıdadır ve sahih şartın sınırları da oldukça geniştir. Buna mukabil yasak şart ve yasaklama sebeplerini oldukça sınırlı tuttuklarını görmekteyiz.⁸⁵³

Malikilere göre fasit şartlar şunlardır;

a) Akdin muktezasına aykırı olan şartlar. Bu tip şartlar diğer mezheplere göre de fasit/batıldır. Çünkü böyle bir şartla akdin maksadı gerçekleşmez. Ancak Malikilere göre böyle bir şartı ileri süren taraf bu şartından vazgeçerse akit sahih olur. Bu durum sadece Malikilere has bir şeydir. Burada istisnai olarak akdin muktezası olan kişinin mülkü üzerinde tam tasarruf hürriyetini sınırlayan ibadet/tasadduk mahiyetli şartların sahih kabul edildiğini az önce söylemiştik.⁸⁵⁴

b) Semende belirsizlik içeren şartlar. Malikiler buna örnek olarak şu durumları gösterirler; akit içinde karşı tarafa borç yükleyen (be'y ve selef) bir şartı içeren akit ve be'y'us-sena (Hanefilerin; be'y bi'l-vefa, Şafiilerin; be'y'ul-uhde ve Hanbelilerin; be'y'ul-eman) dedikleri akit şekli. Akit içinde karşı tarafa borç yükleyen şartın fasit sayılması, akit içinde müstakil ikinci bir akit olarak değerlendirilmesindendir. Bunun yasak olduğuyla alakalı Rasûlullah'tan "Bir akit içerisinde ikinci bir akit helal değildir."⁸⁵⁵ Hadis-i Şerifi delil olarak kullanılmaktadır. Muasır hukukçuların "akitte teklik prensibi" asıldır dedikleri şey de budur. Dolayısıyla bu temel prensibe aykırı şartlar ileri sürmek sahih değildir.⁸⁵⁶

⁸⁵² Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 156.

⁸⁵³ İbn Rüşd, III, 178-180; Özdirek, 160.

⁸⁵⁴ Hafif, 277.

⁸⁵⁵ Tirmizî, Buyu, 18/1231; Nesai, Buyu, 73/4553.

⁸⁵⁶ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 157; Hafif, 277.

c) Garar, riba ve cehalet içeren akitler ve şartlar. Zira bunlar, tarafları nizaya sevk edeceğinden ve akitlerdeki teadülü bozacağından hukuk tarafından kesin olarak yasaklanmıştır. Diğer mezheplerde de akdi ifsat edici olan bu durumlar, Malikilere göre azlık-çokluk durumuna göre akitlerde farklı hukuki sonuçlar doğurur. Garar, riba ve cehaletin tarafları nizaya götürecek kadar fahiş/fazla olması halinde akdin muktezasına aykırı olacağından şart da akit de batıl olur. Çünkü bu tip durumlarda akitlerdeki maksat, maslahat ve adalet gerçekleşmemiş olur ki akitlerin meşru kılınma sebepleri de zaten bunlardır. Akitlerdeki garar, riba ve cehalet bu derece olmamakla birlikte normal seviyede ise şart batıl, akit sahihtir. Şayet dikkate alınmayacak kadar az ise bu durumda hem şart hem de akit sahihtir. Çünkü akitlerde bu tip az miktarda garar, riba ve cehaletten kaçınmak mümkün değildir.⁸⁵⁷

Maliki mezhebinde görüş sahibi olan İbn Rüşd; garar, riba ve cehalet içeren şartın akde tesirinin teorik olarak bu şekilde tasnifinin kolay ve anlaşılır olduğunu fakat bunun uygulamada zor olduğunu belirtiyor. Çünkü gerçekten hangi miktarda garar, riba ve cehaletin az, normal veya çok olduğunu tespit etmek güçtür ya da azlık çokluk subjektif olup kişilere göre farklılık arz eder.⁸⁵⁸

Maliki mezhebinin önde gelen alimlerinden Şatıbî ise farklı bir tasnif ile şartlar konusunda son dönem Hanbeli fakihlerinden olan İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşlerine daha yakın bir duruş sergileyerek akitlerde asıl olanın ibaha ve hürriyet olduğunu ifade etmektedir.

Şatıbîye göre; akdin vaz' edilme amacını/hikmetini tamamlayan, ona destek olan ve aykırı da olmayan yani yukarıdaki ifade ile söyleyecek olursak akdin muktezası ve akde mülayim şartlar sahih, akdin vaz' edilme maksadına uygun olmayan ve akdin hikmetini tamamlayıcı mahiyette olmayan şartlar ise batıldır. Şatıbî bu iki noktada Malikilerin genel kabulü ile aynı istikamette görüş serdetmektedir. Ancak akdin hükümlerine aykırı da olmayan mülayim de olmayan şartlar konusunda farklı yaklaşımlar vardır. Akdin hükümlerine yani muktezasına aykırı olmadığı için sahih kabul edenler olduğu gibi akde mülayim olmadığı için fasit kabul edenler de vardır. İşte bu noktada Şatıbî “muamelatta asıl olan ibahadır.” prensibi gereği muamelat konularında naslara aykırı olmayan yani akdin muktezasına aykırı olmayan tüm şartlar

⁸⁵⁷ İbn Rüşd, III, 178; Özdirek, 162.

⁸⁵⁸ İbn Rüşd, III, 148, 166, 178.

sahihtir ve geçerlidir der.⁸⁵⁹ Buna göre muamelat konularında şart ileri sürmede asıl olan ibahadır. Şatıbî'nin bu yaklaşımı ile Malikiler, başlangıçta Hanefi ve Şafiilere daha yakın durarak şart ileri sürmede yasaklık/kısıtlılık asıldır anlayışından Hanbelilerin görüşüne yaklaşılarak şartlar konusunda asıl olanın ibaha olduğunu benimsemiş olduklarını görmekteyiz.⁸⁶⁰

Şatıbî, akitlerde asıl olan ibaha ve hürriyettir demesine rağmen diğer taraftan Müslümanlara zarar verecek mahiyette olan Müslümanların düşmanlarına silah vb şeylerin satımını caiz görmemektedir.⁸⁶¹

2.3.7. Mezheplerin Görüşlerinin Değerlendirmesi

Akitler ve şarta bağlı hukuki işlem yapma açısından tarafların iradelerini en dar tutan Zahirilerdir. Onlara göre insan iradesinin, naslarda bulunan isimli akitlerin ve şartların dışında yeni bir akit yapma ve şart koşma yetkisi yoktur. Akitlerde ve şartlarda asıl olan yasak oluşturmaktır. Bu konuda temel dayanak Peygamberimizin, “Allah'ın Kitabında bulunmayan herhangi bir şart, yüz kere şart kılınmış olsa da muhakkak surette batıldır. Allah'ın hükmü uyulmaya en haklı, Allah'ın öğrettiği şart da en sağlam ve en güvenilecek şarttır.”⁸⁶² Akitlere ve şartlara bağlılığı emreden naslar, Allah'ın emrettiği ve uygun gördüğü akitler ve şartlar şeklinde anlaşılmalıdır.⁸⁶³

Hanefiler de akitlerdeki şartlar konusunda ilk başta çerçeveyi dar tutmuş ve asıl olanın tahrim olduğunu kabul etmişlerdir. Bunlara göre ivazlı mali akitlerde akdin muktezasının dışında ilave bir menfaat içeren her türlü şart akdin yapısına aykırı ve akdi ifsat edicidir. Evlilik akdi gibi mali olmayan akitler ile bir bedel karşılığında yapılmayan teberru akitlerinde ise bu tip şartlar lagv/geçersizdir akde bir tesiri olmaz.⁸⁶⁴ İlk başda sadece akdin muktezası olan şartlar ile naslarda varit olan şartları kabul ederek Zahirilere daha yakın bir konumda idiler. Fakat zamanla diğer delillerin delaleti ile bu çerçeveyi genişletmişler, akde mülayim ve örf haline gelen şartları da kabul etmek

⁸⁵⁹ Ahmed Reysûnî, *Nazariyyetü'l Makasid Inde'l İmam eş-Şatıbi*, 168, 346, Daru'l Alemiyye lil Kitabi'l İslami, 1992.

⁸⁶⁰ Özdirek, 163.

⁸⁶¹ Mesud, 123-124.

⁸⁶² Buhari, Buyu, 73.

⁸⁶³ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, IV, 76; İbn Hazm, *İhkam*, V, 23; *Muhalla*, VII, 267.

⁸⁶⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 101-152; Zerka, *el-Medhal*, I, 550.

suretiyle bu konuda sınırları geniş tutan Hanbeliler ile dar tutan Zahirilerin arasında orta yerde bir konum almışlardır.⁸⁶⁵

Fıkıhın tarihi seyri içerisinde bu değişikliği kabul eden Hanefî hukukçulara göre akitle ilgili şartlar üçe ayrılır; sahih, fasit ve batıl.⁸⁶⁶

Akitlerle ilgili şartların bu şekildeki taksiminin konumuz açısından önemi, her bir şartın akde olan tesirinin farklı oluşudur. Sahih şartta hem şart sahih hem de akit. Fasit şartın akde tesiri konusuna gelince bu, akdin çeşidine göre değişir. Mali mübadele/muavazalı akitlerde fasit şart, kendisi fasit olduğu gibi akdi de ifsat eder. Diğer akitlerde ise bu şart lağv/geçersiz, akit ise sahihtir. Batıl şart, ister mali mübadele akitlerde olsun isterse nikah, kefâlet ve hibe gibi diğer akitlerde olsun akde olumlu veya olumsuz her hangi bir tesiri olmaz. Batıl şart geçersizdir, kıymeti yoktur ve yok hükmündedir. Bu şartla yapılan akit ise sahihtir. Çünkü akitlerde asıl olan sıhhtir ve onu iptal ve ifsat edecek bir durumda söz konusu değildir.⁸⁶⁷

Hanefîlerin akit hürriyetine etkisi açısından akitlerdeki şartlarla ilgili görüşlerini özetleyecek olursak; akdin muktezası olan yani zikredilmese dahi akdin doğal sonucu olan şartları asli bir kural olarak sahih kabul ederler ve bu şartlarla kurulan akit de sahihtir. Akde mülayim olan yani akdin muktezasını teyit eden, naslarda özel izin verilen ve örf haline gelmiş şartları ise istisnai olarak istihsan prensibine göre sahih kabul ederler ve bu şartlarla kurulan akitler de sahihtir. Dolayısıyla bu sahih şartlardan hangisi ile akit yapılırsa yapılsın hem şart hem de akit sahih kabul edildiğine göre akit ve şart hürriyeti açısından Hanefîlerin sınırları oldukça genişlettiklerini söylememiz mümkündür.

Hanefîler temel bir prensip olarak sahih şartlardan olmayan ve akdin taraflarından birine akdin muktezası dışında ilave bir menfaat sağlayan şartları; faiz veya faiz şüphesi taşınması, akitte olması gereken dengeyi bozduğu için tarafları tartışmaya sevk etmesi ve bir akit içinde ikinci bir akdi ilzam etmesi sebepleri ile fasit kabul etmişlerdir. Bu şekildeki fasit bir şart, ivazlı mali akitlerde akdi de fasit kılmaktadır. Bedelli mali akitlerin dışındaki akitlerde ise akdi ifsada götürecek sebepler olmayacağından bu tip

⁸⁶⁵ Zeydan, *Medhal*, s.331.

⁸⁶⁶ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 15, 20, 93; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 107, 121-132, 151; Ali Haydar Efendizade, I, 299; Zeydan, *Medhal*, 332; Zuhaylî, V, 152; Bardakoğlu, 19; Özdirek, 148.

⁸⁶⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 179, 290; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 131-134; Özdirek, 152; Zuhaylî, V, 153.

şartlar fasit/geçersizdir fakat akitler ise sahih kabul edilir. Fakat Hanefiler akit ve şart hürriyetini daraltan bu tip fasit şartların birçoğunu yukarıda zikredilen örf haline gelen uygulamaları sahih şartlardan kabul etmeleri sebebi ile artık sahih kabul etmişlerdir. Şöyle ki Hanefiler, başlangıçta ana prensipleri gereği akit ve şart hürriyetini dar tutmalarına rağmen zamanla birçok şeyin örf haline gelmesi ile artık tarafları nizaya götürecek bir sebep olmadığını söyleyerek bu tip şartları da istihsanen sahih kabul etmişleridir. Zamanla örfleşmiş şartların artması ile akdin taraflarından birine ilave bir menfaat sağlayan ve fasit olan şartların sayısı ve sahası oldukça daraldığından Hanefilere göre de artık akit hürriyeti ve şart hürriyeti sahası oldukça geniştir.⁸⁶⁸

Şafiilerde de akdin muktezasından olan şartlar, açıkça zikredilmesine gerek olmamakla birlikte açıkça zikredilse dahi sahihtir ve bu şartlarla yapılan akitler de sahihtir.

Şafiiler, akdin muktezasına mülayim olan ve örf haline gelen şartlara, akdin maslahatına olan şartlar veya akitlerin uygulanmasında kendisine ihtiyaç duyulan şartlar der ve sahih kabul ederler. Hanefiler bu tip şartları temel kurala aykırı olarak istihsan prensibi gereği kabul ederlerken Şafiiler ise bunları temel kural olarak kabul etmektedirler.⁸⁶⁹

Şafiiler, hakkında nas bulunan şartlar, ya akdin muktezasını bildirdiği veya akdin maslahatına olan bir durumu ortaya koyduğu için bunları da sahih kabul ederler. Onlara göre akdin muktezası olmamakla birlikte akde aykırı da olmayan ve bir zarar da içermeyen şartlar da sahihtir. Haddi zatında bunlar akdin maslahatına olan şartlar genel prensibi çerçevesine dâhildirler.⁸⁷⁰

Görüldüğü gibi Şafiilerde de Hanefilerdeki gibi akdin muktezası olan şartlar, akde mülayim/akdin maslahatını temin eden şartlar, Hanefilerin “örf haline gelen” diye isimlendirdiği Şafiilerin ise “uygulamada kendisine ihtiyaç duyulan” diye isimlendirdikleri şartlar, hakkında özel nas bulunan şartlar ve bir zarar içermeyen şartlar sahihtir.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ Bardakoğlu, 22.

⁸⁶⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 117, 152, 173.

⁸⁷⁰ Özdirek, 155.

⁸⁷¹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 172-174; Özdirek, 154-156.

Şafiilere göre akdin muktezasını ortadan kaldıran, naslarda kesin yasaklanan, nizaya sebep olacak şekilde garar ve cehalet içeren, sadece bir tarafın lehine talep edilen bir menfaat içeren ve taraflardan hiçbirine bir fayda sağlamayan diğer bir ifade ile taraflara zarar veren şartlar batıldır. Bunlardan ilk dördü kendileri batıl olduğu gibi akdi de batıl kılarlar. Sonuncu şart ise sadece kendisi batıl/lağvıdır akit ise sahihtir.⁸⁷²

Şafiilere göre batıl şartlar mali olan-olmayan ve bedelli olan-olmayan bütün akit ve tasarruflarda aynı menfi etkiye sahiptir. Yani bu batıl şartlarla yapılan her türlü akit de batıldır. Bu açıdan bakıldığında Şafiilerin akit hürriyetini sınırlandırma konusunda Hanefilerden daha daraltıcı bir yol izledikleri görülmektedir.⁸⁷³ Fakat Şafiiler diğer bir yönden ise Hanefilerin caiz bulmadığı bazı şartları akdin maslahatına olması, ihtiyacın gerektirmesi veya ibadet olması gerekçesi ile caiz görerek bu hürriyet alanını genişletmişlerdir.⁸⁷⁴

Mezhepler içerisinde akit hürriyeti ve şart hürriyeti konusunda sınırları en geniş tutan mezhep Hanbelilerdir. Bunlara göre akitler ve bunlarla ilgili şartlarda asıl olan mubah olmaktır. Buna göre dinin açıkça yasaklamadığı bütün akitler geçerli olup bu akitlerin gereğini yerine getirmek zorunlu olduğu gibi yine dinin açıkça yasaklamadığı ve akdin muktezasına ters düşmeyen bütün şartlar da sahihtir.⁸⁷⁵

Hanbelilere göre akdin muktezasından olan şartlar, akde mülayim ve akdin maslahatından olan şartlar ve akdin muktezasından ve maslahatından olmamakla birlikte akdin muktezasına aykırı olmayan şartlar sahihtir.⁸⁷⁶

Hanbelilerin sahih kabul ettiği bütün şartlara riayet edilmesi zorunludur. Bunlar ister mali mübadele/muavaza akitlerinde olsun ister teberru akitlerinde, ister teminat akitlerinde isterse nikah ve benzeri akitlerde olsun aynıdır. Bu şartlara uyulmadığı takdirde karşı tarafa akdi feshetme hakkı doğar.⁸⁷⁷

Hanbelilere göre şu durumlarda ileri sürülen şartlar fasit olur; akdin muktezasını ortadan kaldıran bir şeyi şart koşturmak, hakkında özel yasaklayıcı bir nas bulunan şartlar,

⁸⁷² Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153-155; Özdirek, 156-158.

⁸⁷³ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 154.

⁸⁷⁴ Bardakoğlu, 22.

⁸⁷⁵ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 161.

⁸⁷⁶ Zerka, *el-Medhal*, I, 556.

⁸⁷⁷ Zuhaylî, V, 153.

hukuka aykırı olan yani helali haram, haramı helal kılan şart ve akdin veya şartın ifâsının mümkün olmaması.

Hanbeli mezhebinin önde gelen hukukçularından olan İbn Teymiyye ve onun öğrencisi olan İbn Kayyım, akit hürriyeti ve akitlerdeki şart hürriyeti konusunda en ileri derecede özgürlüğü savunmaktadırlar. Onlara göre yasaklığına dair dinin naslarında kesin delil olmadıkça akitlerde ve şartlarda asıl olan hürriyettir. Dolayısıyla bu çerçevede akit yapanların ileri sürdüğü bütün şartlara riayet etmek zorunludur. Naslara aykırı helali haram, haramı helal kılan şartların geçersizliği ise ittîfâkla kabul edilmektedir.⁸⁷⁸

Malikiler, Hanefi ve Şafiilerin sahih kabul ettiği şartları sahih kabul etmekle kalmamakta onların sahih kabul etmediği birçok şartı da sahih kabul etmekte. Bu yaklaşımları ile şart hürriyetinin alanını genişletmek suretiyle Hanefi ve Şafiilerden uzaklaşarak Hanbelîlere daha yakın olduklarını görmekteyiz. Malikilere göre şart ve akitte asıl olan sahih olmaktır, fasit olmaları ise istisnaidir.⁸⁷⁹

Malikilere göre akdin muktezası olan şartlar ve akdin muktezasına aykırı olmayan her türlü şart sahihtir. Malikiler bu ifade ile şart hürriyetini oldukça genişletmiş olmaktadır. Akitler ibadetlerden değil muamelattandır. Muamelatta ise asıl olanın ibaha olması hasebi ile bir şartın akdin muktezasına aykırı olmaması, sahih olabilmesi için yeterli görülmüştür.⁸⁸⁰

Malikilere göre Akdin muktezasına aykırı olan şartlar fasittir. Bu tip şartlar diğer mezheplere göre de fasit/batıldır. Çünkü böyle bir şartla akdin maksadı gerçekleşmez. Semende belirsizlik içeren bir şart taşıyan akitler ile garar, riba ve cehalet içeren akitler de fasittir. Zira bunlar, tarafları nizaya sevk edeceğinden ve akitlerdeki teadülü bozacağından hukuk tarafından kesin olarak yasaklanmıştır.⁸⁸¹

Maliki mezhebinin önde gelen alimlerinden Şatıbî ise farklı bir tasnif ile şartlar konusunda son dönem Hanbeli fakihlerinden olan İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın

⁸⁷⁸ Zerka, *el- Medhal*, I, 553.

⁸⁷⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 155.

⁸⁸⁰ İbn Rüşd, III, 178; Hafif, 276; Abbas Hüsnü, 70.

⁸⁸¹ İbn Rüşd, III, 178.

görüşlerine daha yakın bir duruş sergileyerek akitlerde asıl olanın ibaha olduğunu daha net ve vurgu bir şekilde ifade etmektedir.⁸⁸²

Şatıbye göre; akdin vaz‘ edilme amacını/hikmetini tamamlayan, ona destek olan ve aykırı da olmayan yani akdin muktezası ve akde mülayim şartlar sahih, akdin vaz‘ edilme maksadına uygun olmayan ve akdin hikmetini tamamlayıcı mahiyette olmayan şartlar ise batıldır.⁸⁸³

Tezimizin bu bölümünde İslam hukukunda akit hürriyeti başlığı altında İslam hukukundaki akit ve şart hürriyetini izah için, Kur’an ve Sünnetteki deliller ile diğer tali delillerin bu konuya etkisini ve hukukun genel ilkeleri denilen külli kaidelerin katkısını açıkladık. Sonra da mezheplerin akit hürriyeti ve şart hürriyeti konusuna dair bu delillerden çıkardıkları sonuçları anlattık.

Bütün bu anlatılanlardan sonra sonuç olarak şunu ifade edelim ki bazı batılı hukukçuların iddialarının aksine Roma hukukundaki akitlerde asıl olan yasak oluş ve şeklilik ilkesinin aksine İslam hukukunda geniş bir akit yapma ve şart koşma hürriyeti vardır. Nazari planda bu konu fukaha arasında tartışılmıştır. Başta Zahiriler olmak üzere bir grup hukukçu, temel ilke olarak akit yapma ve şart koşma yasaktır ancak nasların cevaz verdiği akitler ve şartlar serbesttir derken, fukahanın ekseriyeti tam tersine temel ilke olarak akit yapmak ve şart koşmak serbesttir, ancak nasların yasakladığı akit ve şartlar yapılamaz ve ileri sürülemez demektedirler.⁸⁸⁴

Kanaatimiz o dur ki bugün insanların günlük hayatlarında aktif bir şekilde yapıp ettikleri akit türlerinin hemen hemen tamamı İslam hukukçularının kahir ekseriyetinin benimsemiş olduğu akit hürriyeti prensibi gereğince caizdir ve sahihtir. Akit hürriyeti prensibinin asıl olarak benimsenmiş olması insanlara çok geniş bir sahada akit yapma imkanı vermektedir. Yasak olan alan ise son derece sınırlıdır. Bu ise neticede insanların karşılıklı haklarının adil bir şekilde karşılanıp hiç kimsenin bir başkasına zarar vermemesi ilkesine dayanmaktadır.

Bundan sonraki bölümde ise akit hürriyetinin kısımları olan in’ikad hürriyeti, şekil hürriyeti, akdin içeriğini tesbit ve tanzim hürriyeti ve akdin konusunu değiştirme veya ortadan kaldırma hürriyeti başlıkları altında konuyu detaylandıracağız.

⁸⁸² Abbas Hüsnü, 84.

⁸⁸³ Reysûnî, 168, 346.

⁸⁸⁴ Abbas Hüsnü, 86.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AKİT HÜRRİYETİNİN KISIMLARI VE ONU SINIRLAYAN DURUMLAR

Birinci bölümde kısaca değindiğimiz insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerden birisini teşkil eden akit hürriyeti, insanın düzenli bir hayat sürdürebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ihtiyaç duyduğu ilişkileri kurabilmesi için önemli bir konuma sahiptir. Zira tek başına varlığını sürdürmesi imkansız olan insan, ihtiyaç duyduğu şeylerin bir çoğunu ancak akit denilen ilişki vasıtası ile diğer insanlardan temin edebilmektedir. Bunun için de bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukuk sistemi de tabii olarak bu akit yapma eylemini insan için bir hak olarak görmüş ve bu konuda insana belli bir hürriyet alanı tanımıştır.

Akit hürriyeti; in'ikad hürriyeti yani kişinin akit yapıp yapmama ve akdin karşı tarafını seçme hürriyeti, akdi kuran iradenin belli tarz ve vasıtalarla beyan edilmesi demek olan şekil hürriyeti ve akit çeşitlerinden dilediğini seçebilme, akdin konusunu, muhtevasını ve neticelerini belirleyebilme demek olan tanzim/ düzenleme hürriyeti başlıkları altında ele alınıp incelenecektir.

3.1. AKİT YAPMA VE AKDİN DİĞER TARAFINI SEÇME HÜRRİYETİ VE BUNU SINIRLAYAN DURUMLAR

Sosyal bir varlık olan insan, hayatını normal bir şekilde sürdürebilmesi için diğer insanlarla iletişim kurmaya muhtaçtır. Zira hiçbir insanın, diğer insanlardan kopuk tek başına bir hayat sürdürebilmesi mümkün değildir. Bu şekilde zorunlu olarak bir birlerine bağlı olan insanların, bir birleri ile olan münasebetlerini düzenleyen dînî, hukukî ve ahlakî kuralların olması da bir zorunluluktur. Aksi halde kargaşa ve düzensizlik hayata hakim olur ki bu da insanlar için arzu edilen bir şey olmaz.

Her bir insanın varlığını sürdürebilmesi, düzenli bir hayat yaşayabilmesi ve bütün sorumluluklarını yerine getirebilmesi için korunması gereken temel şeyler vardır. Bunlar bugün insan hakları çerçevesinde düşünülen ve bütün temel hak ve hürriyetleri kapsayan ve İslam bilginleri tarafından “zarurat-ı hamse” diye adlandırılan ve birinci derecede korunması dinin/hukukun ana gayesi olan şeylerdir. Bunlar; can, mal, akıl, din

ve nesil başlıkları altında toplanan beş temel ilkedir.⁸⁸⁵ Bunlar bugün insan hakları veya temel hak ve hürriyetler denilen şeylerden başkası değildir.

Bu beş ilke, bir yönüyle Allah'ın din ve peygamber göndermedeki amaçlarını teşkil ederken,⁸⁸⁶ diğer bir yönüyle de din, dil, ırk ve cinsiyetine bakmaksızın evrensel olarak bütün insanların temel hak ve hürriyetlerini belirlemeye yöneliktir.⁸⁸⁷

Birinci bölümde daha detaylı anlattığımız bu temel hak ve hürriyetleri; şahsî hak ve hürriyetler, manevi hak ve hürriyetler, iktisadi ve sosyal hak ve hürriyetler ve siyasi hak ve hürriyetler şeklinde dört ana başlık altında toplamak mümkündür.

Akit hürriyetinin bütün bunlarla ilişkisi olmakla birlikte özellikle iktisadi ve sosyal hak ve hürriyetler ile sıkı bağlantısı vardır. Zira iktisadi ve sosyal hayatın hemen hemen tamamı akit vb. hukuki muameleler ile yürütülmektedir. İktisadi ve sosyal hak ve hürriyetlerin alt kolları olan mülk edinme, çalışma-çalıştırma ve kamulaştırma hak ve hürriyetleri konumuz olan akit hürriyeti açısından önem arz etmektedir.⁸⁸⁸

Zira insanların sosyal ve iktisadi hayatlarını düzenleyen hukuk kurallarından bir tanesi de borçlar hukuku sahasına giren ve bu bağlamda akitleri düzenleyen hukuk kurallarıdır. İster emredici ister yedek hukuk kuralı olsun bütün hukuk kurallarının bir gayesi olduğu gibi aynı zamanda bu kuralların sınırları da vardır.

Genel anlamda bütün hukuki kuralların olduğu gibi akitlerle ilgili hukuki kuralların da ana gayesi insanların birbirleri ile olan ilişkilerini sürdürüp ihtiyaç duydukları şeyleri temin ederken birbirlerinin haklarını ihlal etmeden bu işi nasıl yapacaklarını sağlamaktır. Yani akitlerle ilgili hukuki kurallar, insanlar ihtiyaçlarını karşılamak için akit yaparlarken ana gaye olan birbirlerine zarar vermeden ve birbirlerinin haklarını ihlal etmeden bu işi ne şekilde yapacaklarının sınırlarını belirler.

Ancak her şeyin olduğu gibi hukuk kurallarının da bir sınırının olması gayet doğaldır. Akitlerle ilgili kuralların sınırları ise hukukun genel kurallarına, genel adap kurallarına ve kamu düzenine ve menfaatine aykırı olmamaktır.

⁸⁸⁵ İbni Aşur, 138-143.

⁸⁸⁶ Boynukalın, "Makasîd'üş- Şeria" *DİA*, XXVII, 423-427; İbni Aşur, 106-150.

⁸⁸⁷ Şentürk, "İnsan Hakları" *DİA*, XXII, 327-329.

⁸⁸⁸ Armağan, 95-224.

Akitlerle ilgili hukuk kuralları; kamu düzenine ve menfaatine, hukukun genel kurallarına ve genel adap kurallarına aykırı olmamak şartı ile akit yapan taraflara geniş bir hürriyet vermektedir. Diğer bir ifade ile bu sahadaki kurallar, daha çok emredici kurallar olmayıp yedek kurallar manzumesine dahil olduğu için akdin taraflarının serbest hareket etme imkanı daha fazladır.⁸⁸⁹

Ancak bu hürriyetin var olması demek, insanın keyfi, sorumsuz ve sınırsız davranması demek değildir. Zira toplum içinde yaşayan insanın hürriyetinin sınırı, diğer insanların hürriyetinin başladığı yerdir. Hukuk sistemleri ortaya koydukları kurallarla insanın hayatını düzenlerken bu genel menfaatleri ve dengeyi gözeterek düzenleme yaparlar ki böylece hukukun genel amacı olan toplumda istikrarlı bir düzeni ve toplumsal huzuru da yerine getirmiş olsunlar.⁸⁹⁰

Akitlerle ilgili hukuki kurallar, hayatı düzenleyen en önemli hukuk kurallarındandır. Çünkü akitler insan hayatının önemli bir kısmını teşkil etmektedir. Bu bağlamdaki akit hürriyeti ise insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerden birisini teşkil eder. Zira sosyal bir varlık olan insanın, varlığını devam ettirebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ilişkiler kurabilmesi yani bir takım akit ilişkilerine girebilmesi için bu sahadaki düzenleyici kuralların olması nasıl gerekli ise aynı şekilde akit hürriyetinin olması da zorunludur. Çünkü hayatı düzene koyan hukuk kuralları, insanların birbirleri ile olan ilişkilerinde karşılıklı olarak birbirlerinin haklarına riayet etmeleri için vaz edilmiştir. Yine insan sosyal ve iktisadi hayatta ihtiyaçlarını karşılayabilmek için çoğunlukla akit ve benzeri hukuki muamelelere başvurarak ihtiyaç duydukları malı ve hizmeti alır-satar, kiralar ve kullanırlar.⁸⁹¹

İkinci bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alıp Kur'an'daki delillerini zikrettiğimiz akitler ve akit hürriyeti ile alakalı örneklerden de anlaşıldığı gibi İslam hukuku temel olarak akit hürriyetini benimsemektedir. Zira Kur'an bunları zikrederken adaletin tesisi, hakların muhafazası, maslahatın temini, verilen sözlere riayet edilmesi ve eşyada asıl olanın mubahlık olması gibi temel ilkeler çerçevesinde -mahzurlu olanlarını yasaklayıp bunun dışındaki- tüm akitleri ve diğer tasarrufları serbest bırakmıştır. Kur'an'ın bu

⁸⁸⁹ Pala, "Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkânı", *İLTED*, Erzurum 2016/2, sayı, 46, ss, 15-49.

⁸⁹⁰ Abbas Hüsnü, 94.

⁸⁹¹ Özdirek, 21.

metodundan anlaşılan şudur ki; İslam hukukunda akit hürriyeti vardır ve bu, insan için bir ihtiyaçtır.

Ayrıca Kur'an'ın hükümleri açıklayış yöntemi gereği bazı hikmetlere binaen daha çok akılla kavranamayan teabbüdi konular veya özel önem verilenler ayrıntılı olarak anlatılırken muamelata dair ve akılla anlaşılabilecek konular ise ayrıntıya girmeden genel ilkeler çerçevesinde ele alınmaktadır.

Kur'an'ın belirlediği bu genel hukuki ve ahlaki ilkelerin bazıları şunlardır. Kainatın insanın emrine verilmesi ve buna bağlı olarak eşyadaki temel niteliğin mubahlık olması, adaletin tesisi, hukukun herkesi bağlaması/kanun önünde eşitlik, akitlere/ahitlere riayet edilmesi, herkesin kendi eylemlerinden sorumlu olması, beraet-i zimmetin esas oluşu/kişinin suç ve borçtan hali oluşu, zaruret halinin dikkate alınıp normal hükmün hafifletilmesi, nimet külfet ve suç ceza dengesine dikkat edilmesi, iyilik ve hayırda yardımlaşmanın teşvik edilmesi, mefsedetın giderilmesi ve maslahatın temin edilmesi.⁸⁹² Bu ilkelerin her birinin ayrıntısına bakıldığında görülecektir ki, insanın davranışlarında hür olması asıldır ve bu kapsamda kişi yapacağı akitlerde genel kurallara riayet etmek şartı ile akit hürriyetine sahiptir.

Kur'an'ın genel çerçevesini belirlemiş olduğu bu hukuk sisteminin, beşeri planda hayata geçirilmesini Peygamberimiz, peygamberlik süresince bütün uygulamaları ile ortaya koymuştur. Bu bağlamda insanların öteden beri yapıp ettikleri bütün akitleri de bu genel prensipler muvacehesinde düzenlemiştir. Tarafların haklarının tam olarak korunup üçüncü şahıslara zararı olmayan akit türlerini serbest bırakırken taraflardan birinin hakkının ihlal edildiği veya akde taraf olmayan üçüncü şahısların zarar gördüğü akit türlerini ise zararın giderilmesi menfaatin sağlanmasından daha önceliklidir prensibi gereğince yasaklamıştır.

Yine ayrıntısını ikinci bölümde verdiğimiz konumuzla ilgili ayet, hadis ve diğer tali delillerden çıkardığımız verilere göre kanaatimiz şudur. Bu hukuk sisteminin bütünlüğü içerisinde insanlar borçlar hukukunun alanına giren her hangi bir akdi, her türlü dış ve iç arızadan arınmış özgür bir irade ile yani karşılıklı rıza ile istedikleri kişilerle ve şekil şartları ile kurabilirler. Çünkü insanın akit yapmasının temel gayesi kendisi veya düşündüğü kimseler için bir menfaati temin etmek ve ihtiyaç duyduğu

⁸⁹² Yaman - Çalış, 43.

şeyleri akit yoluyla karşılamaktır. Ancak kişi bu hürriyeti kullanırken helali haram, haramı helal kılmamak, hukukun amir hükümlerine uymak, bir başkasının hakkını ve kamu menfaatini ihlal etmemek ve genel ahlak kurallarına riayet etmek mecbûriyetindedir.

Buna göre akit hürriyeti; “hukuk düzeninin sınırları içerisinde fertlerin özgür irade beyanları ile diledikleri hukuki sonuçları ortaya koyabilme özgürlüğüdür.”⁸⁹³ Bu tanımdan hareketle şunu diyebiliriz; akit hürriyeti gereği akit yapacak taraflar, yapacakları sözleşmenin nitelik, içerik ve şartlarını istedikleri şekilde belirleme yetkisine sahiptirler. Ancak emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka aykırı olmamalı ve yine diğer şahısların haklarını ihlal edici de olmamalıdır. Diğer bir ifade ile kural olarak akit hürriyeti asıldır, kısıtlanması ise istisnadır.⁸⁹⁴

Akitleri düzenleyen hukuki kuralların temelinde bireyin ihtiyacı ve rızası yatmaktadır. Asıl olan kişinin akit hürriyetine sahip olmasıdır. Buna göre kişinin iradesi dışında akit yapmaya zorlanmaması, istediği tarzda bir borç münasebeti kurabilmesi, bu ilişkinin karşı tarafını ve muhtevasını dilediği şekilde belirlemesi, kendisini belirli şekil kalıplarına bağlı hissetmemesi gerekir.⁸⁹⁵

Hak ve yükümlülükler meydana getirmesi hususunda, harici bir müdahale olmaksızın kişinin hür iradesinin asıl ve belirleyici olması, bu alanda hiçbir hukuki sınırlama olmayacağı anlamına gelmez. Zira İslam hukuku hak ve yükümlülükler meydana getirmesi hususunda kişinin iradesini merkeze alarak ona büyük önem vermekle birlikte bu yetkinin özgürce kullanılmasında diğer bireyler ve kamu menfaati açısından olumsuz bir sonucun doğmamasına da önem vermektedir. Dolayısıyla toplumdaki herkes için hak ve adalet ilkesi gereği bazı sınırlamalarda bulunulması yine hukukun benimsediği bir diğer ilkedir.⁸⁹⁶

İslam hukuku bu noktada ilke düzeyinde emredici veya sınırlandırıcı bir tutumu asıl kural olarak kabul etmemektedir. Ancak bu akit hürriyeti hakkının kullanımı karşısında üçüncü şahısların haklarının ve kamu menfaatinin korunması amacıyla bazı sınırlamaların getirilmesi de yine hukukun ana gayesi olan toplumda adaletin temin

⁸⁹³ Tandoğan, I, 9.

⁸⁹⁴ Senhûrî, Nazariyyetü'l Akid, I, 85-111; *Mesadir'ul-Hak*, I, 80; Özdirek, 21.

⁸⁹⁵ Yaman - Çalış, 271.

⁸⁹⁶ Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi”, 271.

edilmesi için elzem olan bir şeydir. Yani kişiler geniş bir akit hürriyeti hakkına sahiptirler. Ancak toplumda adaletin var olabilmesi için de bu hürriyetin sınırlı olduğunun bilinmesi gerekir. Bu sınır ise diğer bireylerin haklarının sınırındır.⁸⁹⁷

Akit hürriyetinin sınırlandırılması konusunda bilinmesi gereken en önemli şey; akit yapan kişinin rızasını dikkate almadan gerçekleştirilen cebri akitlerin asıl kural olmadığıdır. Bu ancak adaletli bir hukuk düzeninin sağlanması, zararın giderilmesi ve kamu yararının gözetilmesi için diğer bir ifade ile maslahat temelinde adil bir dengenin sağlanması için istisnai olarak ve ihtiyaç ölçüsünde müracaat edilen bir tedbir olduğudur.⁸⁹⁸

Başlıklar altında örneklerini ayrıntılı bir şekilde göreceğimiz üzere akit hürriyetini sınırlayan durumlara baktığımızda şunu görmekteyiz; adaletli bir hukuk düzeninin sağlanması, taraflardan birine veya üçüncü şahıslara verilebilecek olan zararın giderilmesi ve kamu yararının gözetilmesi amacı ile bu sınırlamalar getirilmektedir. İslam hukuku insanların, kendi haklarını kullanırken başkalarının haklarını ihlal etmeden ancak bu haklarını kullanabileceklerini benimsemektedir. Eğer kişinin bir hakkını kullanması başkalarının haklarını ihlal ediyorsa bu durumda o insanların zarar görmemesi için kişinin bu hakkı sınırlandırılır.⁸⁹⁹

Akit hürriyetinin mutlak olarak kabul edilmesi halinde dahi sınırsız bir hürriyetin olmadığı kabul edilmektedir. Zira hukuk bir taraftan kişinin hürriyetini bazı nedenlerle sınırlandırırken diğer yandan toplum hayatı o topluma katılanların hürriyetlerinden kısmen feragat etmelerini zorunlu kılar. Bugün akit hürriyetini en fazla savunan liberalistler dahi hukuk düzeni ve ahlak kuralları ile çeliştiği zaman bu hürriyetin sınırlandırılmasını kabul ederler.⁹⁰⁰

Adalet ve denge esasları üzerine kurulu olan İslam hukuku, ne toplum lehine bireyi, ne de birey lehine toplumu tamamen yok saymaktadır. Maslahat ve mefsedet dengesi çerçevesinde bireyle toplum arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Aslında hayatını diğer insanlarla birlikte toplum içerisinde geçiren insanın hiçbir tasarrufunun tesir ve sonuçlarının tamamen kişisel olduğunu söylemek mümkün

⁸⁹⁷ Abbas Hüsnü, 99-100.

⁸⁹⁸ Yaman - Çalış, 272.

⁸⁹⁹ Özdirek, 21.

⁹⁰⁰ Erman, 608.

değildir. Bireyin her bir tasarrufunun az ya da çok doğrudan veya dolaylı olarak içinde yaşadığı toplumu da ilgilendiren bir boyutu mutlaka vardır.⁹⁰¹

İslam hukukunun akit hürriyetine getirdiği sınırlamalardaki amacın, fert veya toplumun menfaatini korumaya yönelik olduğu, dolayısıyla nihai noktada bütün toplumda adil bir yönetimin getirdiği toplumsal huzur olduğu unutulmamalıdır.

Getirilen bu sınırlamanın fert yararına mı yoksa toplum yararına mı olduğu hususu icthadi bir durumdur. Yani bazı hukukçuların fert yararına gördüğü bir durumu diğer bir hukukçu toplum yararına görebilir. Ya da aynı kısıtlama bir açıdan fert yararına iken diğer açıdan toplum yararına olabilir. Amaç açısından durum böyle olduğu gibi kısıtlamanın niteliği açısından da durum aynıdır. Yani her hangi bir akit hürriyeti sınırlandırılmasında hem ini'kad/ kuruluş hem şekil hem de tanzim/ düzenleme hürriyetinin sınırlandırılmasını görmek mümkündür. Aslında çoğu kere şekil veya tanzim hürriyetinin sınırlandırılması sonuç itibari ile inikad/ kuruluş hürriyetinin sınırlandırılması demektir.⁹⁰²

Nitelik açısından bir iç içelik olmakla birlikte konuyu daha net görebilmek için akit hürriyetini; inikad/ kuruluş, şekil ve tanzim/ düzenleme hürriyeti başlıkları altında incelerken bunlara getirilen sınırlamaları fert ya da kamu yararına mı şeklinde amaç açısından bir tasnife tabi tutmadan tek tek sıralayacağız ve ağır basan yönünü ifade edeceğiz.

Ele alacağımız bu akit hürriyetinin sınırlandırıldığı durumların yani zorunlu akit türlerinin bir kısmı ilk dönemlerden beri uygulaması var olan akitler olmakla birlikte diğer bir kısmı ise sonraki dönemlerde ortaya çıkıp hukukçuların şekillendirdiği akitlerdir.

3.1.1. Ortak Malda Tasarruf

Bir şeye insanlar tek başlarına sahip olabildikleri gibi birden fazla şahsın da bir şeye ortak olarak sahip olma durumları da söz konusudur. Zira bir şeye ortak sahip olma durumuna Kur'an ve Sünnet'teki delillerini daha önce zikrettik.⁹⁰³

⁹⁰¹ Abbas Hüsnü, 100; Çalış, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi", 273.

⁹⁰² Çalış, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi", 273.

⁹⁰³ Nisa 4/12; Maide 5/101; Taha 20/32; Rum 30/28; Sad 38/24; Zümer 39/29 .

Birden fazla şahsın, bir maldaki mülkiyet hakkında gayri muayyen pay sahibi olması haline müşterek mülkiyet denir. Bu mülkiyet türünde hiçbir ortağın hissesi muayyen değildir, malın tamamına oransal olarak dağılmış bulunmaktadır.⁹⁰⁴

İslam hukuk literatüründe ortaklığın mülkiyetten önce mevcut olup olmaması dikkate alınmaksızın birden fazla şahsın ortak olduğu mülkiyeti anlatmak için müşterek mülkiyet kavramı kullanılır ve fıkıh kitaplarının ahkamu’ş-şuyu veya şirket bölümlerinde konu ayrıntılı olarak incelenir.⁹⁰⁵

Bir mala akit veya miras yoluyla ortaklaşa sahip olmaya mülk şirketi denir. Sermayelerini, güçlerini veya itibarlarını ortaya koyarak belli bir iş yapmak ve kazanacakları kârı da anlaştıkları şekilde pay etmek üzere anlaşılan iki veya daha fazla kimsenin yapmış oldukları ortaklığa da akit şirketleri –ki sermaye ve kârda eşitlik olursa mufavada, eşitlik olmazsa inan adını alırlar.- denir.⁹⁰⁶

Ortaklardan birinin ortaya sermaye koyup diğerinin, bunu emeğini ortaya koyarak işletmesi ile oluşan sermaye-emek şirketi olan mudarebe/kıraz/muamele şirketi ile ortaklardan birinin, tarlasını veya bahçesini verip diğerinin ise bunu işletmesi sonucu oluşan muzara’a/muharebe ve müsakat şirketleri ise Peygamberimiz zamanından beri uygulanan şirketlerdir.⁹⁰⁷

Bu ortaklık oluşum tarzı açısından kişilerin ihtiyarı ile olabildiği gibi, mirasta olduğu gibi cebri de olabilmektedir. Mahal açısından ise mal/ayn, alacak/deyn ve menfaat şeklinde üç şekilde olabilmektedir.⁹⁰⁸

Bizim konumuz şirketler hukukunu ayrıntılı bir şekilde anlatmak olmadığı için sadece ortak malda kişinin akit yapmasını sınırlayan durumu ortaya koyabilmek adına ortak mülke dair kısaca bu bilgiyi vermekle yetiniyoruz.

Ortak malda ortakların müştereken veya müstakillen tasarruf yetkilerinin ve bu konudaki sınırlamanın ne olduğunu; yararlanma, hukuki işlem ve taksim başlıkları altında ele alacağız.

⁹⁰⁴İbnü’l- Hümam, *Fehu’l Kadir*, VI, 153; Kâsânî, VI, 56; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 74, 226.

⁹⁰⁵ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 226.

⁹⁰⁶İbnü’l- Hümam, *Fehu’l Kadir*, VI, 153, 156; Kâsânî, VI, 56, 57; Sâbûnî, II, 10-11.

⁹⁰⁷ İbnü’l- Hümam, *Fehu’l Kadir*, VIII, 446; Kâsânî, VI, 79; Çeker, 154-168.

⁹⁰⁸ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 226; Çeker, 155.

Ortak malda hissedarların müştereken her türlü tasarrufları caizdir ve bu hususta bir sorun yoktur. Mecelle’de konu şöyle ifade edilir; “Bir mülke müstakillen sahip olan kimse nasıl ki keyfe mayeşa tasarruf ederse mülk-i müşterekte dahi sahipleri bil ittifak ol vech ile tasarruf ederler.”⁹⁰⁹ Fakat hissedarların her birinin tek başına tasarrufta bulunup bulunamayacağı hususunda iradi ortaklıklarda her bir ortağın tasarruf yetkisi diğer ortakların iznine tabidir.⁹¹⁰ Kanuni ortaklıklarda ise varsa ilgili kanun hükmü yoksa ortaklık konusu nesnenin mahiyetine göre örf ile amel edilecektir. Ortaklardan biri bu hakkını kullanırken diğer ortaklara zarar vermemesi şarttır. Şimdi bu durumu tek tek ele alıp inceleyeceğiz.

3.1.1.1. Yararlanma

Müşterek maldan yararlanma hususundaki temel prensip, yararlanmanın ortaklık konusu nesnenin mahiyeti ve istifade şekline göre normal ölçüler içerisinde olması, diğer ortakların ve ortaklık konusu şeyin her hangi bir şekilde zarar görmemesidir.⁹¹¹

Yararlanma kişinin mal ile olan ilişkisinde fiili bir durum olup akit olmadığı için biz sadece konu bütünlüğü açısından bu bilgileri vermekle yetiniyoruz.

3.1.1.2. Hukuki İşlem

Ortak malın hukuki işlemlere/ akitlere konu edilip edilememesi hususunda ortaklığın oluşum biçimine göre riayet edilmesi gereken şartlar ne ise ona uymak gerekir. Bununla birlikte ortakların, bu ortak malla ilgili her hangi bir akit yapabilmeleri prensip itibari ile diğer ortakların açık iznine tabidir. Ayrıca bu tasarrufta bulunan ortağın ve diğer ortaklardan hiç birinin ve akde konu olan ortak şeyin de hiçbir şekilde zarar görmemesi gerekir.

Bu temel prensipten hareketle örneğin bir kimsenin henüz taksim edilmemiş ortak maldaki hissesini satması, kendisi veya diğer ortaklar açısından her hangi bir zarar doğurmuyorsa bu işlem geçerlidir. Yani burada bu akdi sınırlayan her hangi bir şey söz konusu değildir. Ortaklardan birinin bu tasarrufu diğer ortaklara zarar veriyorsa o

⁹⁰⁹ Mecelle, md, 1069, 1193.

⁹¹⁰ İbnü’l- Hümam, *Fehu’l Kadir*, VI, 153; Kâsânî, VI, 59.

⁹¹¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 228.

takdirde bu akit, Zahiri ve bir rivayette Hanbelîlere göre batıl, diğer hukukçulara göre ise zarar gören ortakların icazetine mevkuftur.

Fakat Ebu Hanife'ye göre henüz taksim edilmemiş şeyi hissenin satımı, akdin mahallindeki belirsizlik sebebiyle batıldır. İbn Ebi Leyla ise bu konuda akit anında ifade edilen miktar ile teslim edilen miktarın uyumlu olması halinde akdin geçerli olacağını, eksik çıkması halinde ise eksiği ile satıcıya rucu edileceğini söylemektedir.⁹¹²

Mecelle'de ise şeyi hissenin, diğer ortakların iznine gerek olmaksızın hem hissedarlara hem de yabancı kimselere satılabileceği hükmü benimsenmiştir.⁹¹³

Muhammed Sabuni ise satılan hissenin teslim edilip edilemeyeceğini dikkate alarak ortak olmayan yabancı birine satılması halinde müstakillen teslimi mümkün olmayacağı için bu akit diğer ortakların iznine mevkuftur derken diğer ortağa satılması durumunda ise teslimi mümkün olacağından bu akdin sahih olduğunu söylemektedir.⁹¹⁴

Ortaklardan her biri diğer ortakların hisseleri üzerinde her hangi bir yetkiye sahip olmayıp yabancı durumundadırlar. Çünkü aralarında bir velayet ilişkisi bulunmamaktadır.⁹¹⁵

Bazı Hanefi hukukçular ise ortak malda tasarruf konusunda, ortaklığın meydana geliş biçimine göre farklı hükümler verdikleri görülmektedir. Şöyle ki ortak olunan mallar kendiliklerinden veya tabi afet sebebiyle bir birine karışarak ortaklık oluşmuşsa bu durumda ortaklardan biri kendi hissesini diğer ortaklara satabilirse de yabancı birisine satamaz. Fakat ortaklık, veraset gibi kanuni veya iradi sebeplerle oluşmuşsa bu durumda hem hissedarlara hem de yabancı kimselere satış caizdir.⁹¹⁶

Satış akdi ile ilgili durum bu şekilde iken kira akdi ile ilgili de Hanefi hukukçuları farklı görüşler belirtmişlerdir. Ebu Hanife ve Züfer'e göre şeyi hisse, ortaklardan birine kiralanması caiz ise de teslimi mümkün olmayacağı için yabancı kişilere kiralanması caiz değildir. İmameyn'e göre ise kira akdi satış gibidir. Dolayısıyla ortak malın hem hissedarlara hem de yabacılara satışı caiz olduğu gibi kiralanması da caizdir.⁹¹⁷

⁹¹² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 230.

⁹¹³ Mecelle, md, 215, 1088.

⁹¹⁴ Kâsânî, VI, 65; Sâbûnî, II, 10.

⁹¹⁵ Sâbûnî, II, 10-11.

⁹¹⁶ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 230.

⁹¹⁷ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 231.

Mecelle ise Hanefi hukukçularının bu her iki görüşünü birleştirerek kanunlaştırmıştır. “Gerek kabil-i taksim olsun gerek olmasın bir kimse hisse-i şayiasını şerikine icar edebilir ise de ahara icar edemez. Fakat ba‘de’l- muhayee (kullanım sırası kendisine gelince) nöbetini icar edebilir.”⁹¹⁸

Ortak malın hem hissedarlara hem de yabacılara ariyet olarak verilmesi Hanefilere göre ittîfâkla caizdir. Çünkü ariyet akdi, gayr-ı lâzım bir akittir. Ariyet verilen şahıs, hissedar ise her halükarda değilse sıra kendisine geldiğinde o aldan istifade etmesi mümkün olmaktadır. Bu durum da ortak malda ariyet akdi için her hangi bir engel olmadığı anlamına gelmektedir.

Hanefilere hukukçular, taksimi mümkün olmayan ortak malın rehin ve hibe akitlerine konu olamayacağını söylemektedirler. Çünkü rehin akdinde rehin alan kişi o mal üzerinde tam kontrol sahibi olması gerekir. Ortaklık ise böyle bir şeye manidir. Hibe akdinde ise hibe edilen şey karşı tarafa teslim edilmesi gerekir. Hanefilerin dışındaki hukukçular ise ortak malın hibe edilebileceğini söylemektedirler.⁹¹⁹

3.1.1.3. Taksim/ İzale- i Şuyu

Bir mala veya menfaate ortaklaşa sahip olan kişilerin, o malın tamamında yaygın olan hisselerinin belli bir hale getirilmesi olan taksim/kısmet⁹²⁰ eylemi Kur’an’ın zikrettiği, Peygamberimizin uygulamalarında var olan ve meşruiyetine dair icma olan bir durumdur. Kur’an’da Salih (a.s)’ın kavmine imtihan için verilen deve ile kavmi arasındaki suyun nöbetleşe kullanılarak taksim edilmesinden bahsedilir.⁹²¹ Ayrıca kişilerin miras payları anlatılırken bu konu detaylı bir şekilde ortaya konmaktadır.⁹²² Yine Kur’an’ın belirlediği ölçülerde ganimet malları Peygamberimiz tarafından gaziler arasında taksim edilmiştir.⁹²³ Buralarda yapılan taksimatın fiili uygulaması da taksim/kısmet akdi/eylemi oluyor.⁹²⁴

⁹¹⁸ Mecelle, md, 429.

⁹¹⁹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 232.

⁹²⁰ Kâsânî, VII, 17; Hafif, 588.

⁹²¹ Kamer 54/28.

⁹²² Nisa 4/7, 10-12.

⁹²³ Enfal 8/41.

⁹²⁴ Ali Haydar Efendizade, III, 328; Çeker, 169.

Taksim birden fazla şahıs arasında ortak olan malın veya menfaatin herkesin ortaklık nisbeti veya kanuni hakkına göre taksim edilerek tek kişi mülkiyetine dönüştürülmesidir.⁹²⁵ Bu işlemle daha önce o şeye ortak olan şahıslardan her biri artık tek başına sahip olmuş olur ve sahip olduğu o şey üzerinde daha rahat tasarruf yetkisini kullanabilir hale gelir.⁹²⁶

Mecelle'nin tanımına göre taksim, malın bütününe şayi olan hisseyi belli hale getirmektir.⁹²⁷ Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendi bu tanımları açıklarken ortaklardan her birinin o ortak malın her cüzünde yaygın olarak bulunan hisselerini belli bir hissede ve bir mekanda toplamak ve belirli hale getirmek şeklinde açıklamaktadır. Bu işlem yapılırken ortaklardan biri kendi hissesini diğer ortağın hissesinden ayırmak sureti ile kendi hakkını alması taksimin ifraz/ salt ayırma olduğunu, her bir ortağın müşterek maldaki kendi mülkiyetinden diğer ortakların aldığı kısma mukabil aynı maldaki onlara ait mülkiyetin bir kısmını alması da taksimin mübadele/ akit olduğunu ifade etmektedir. Taksimin olabilmesi için ortaklardan birinin talep etmesi şarttır.⁹²⁸

Mecelle menfaatin taksimini ayrı bir Maddede zikrederek malın taksimi ile menfaatin taksimi arasındaki farklılıklara dikkat çekmiştir. Maldaki taksimin ifraz ve mübadele yönleri olmakla birlikte menfaatteki taksimde sadece mübadele özelliği olduğunu ve yine maldaki taksimin hem misli mallarda hem de kıyemi mallarda olabildiği halde menfaatteki taksimin sadece kıyemi olanlarda olabileceğini vurgulamak istemiştir.⁹²⁹

Ali Hafif de taksim için ortaklardan birinin talebinin olmasının şart olduğunu ifade ederek şu tanımlı yapmaktadır; taksim müşterek maldaki şayi hissenin, ortaklardan birinin talebi üzerine o malın muayyen bir tarafında toplanmasıdır. Ortaklardan birinin talebi yoksa yapılan taksim sahih değildir der.⁹³⁰

İlkesel olarak asıl olan, ortak malın istenildiği zaman taksiminin mümkün olması ve her ortağın taksim talebinde bulunma hakkının olmasıdır. Esasen ortak mülkiyet hali geçici olup ortak olunan şey sonunda bir şekilde tek kişi mülkiyetine dönüşmektedir.

⁹²⁵ İbnü'l- Hümmam, *Fehu'l Kadir*, IX, 425, 426.

⁹²⁶ Kâsânî, VII, 17; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 232.

⁹²⁷ Mecelle, md, 1114.

⁹²⁸ Ali Haydar Efendizade, III, 331.

⁹²⁹ Mecelle, md, 1174, 1175.

⁹³⁰ Hafif, 588.

Öte yandan hiç kimse sahip olduğu bir malı başkaları ile ortak kullanmaya icbar edilemez. Her kes tek başına malik sîfâtı kazanma hakkına sahiptir. Fakat ortak olunan malın mahiyeti itibari ile taksimnin mümkün olmaması veya o malın ya da ortaklardan birinin zarar görmesi durumunda taksim yapılmaz.⁹³¹ Diğer bir ifade ile taksim ancak, ortak mal taksim edildikten sonra ondan elde edilen menfaatin kaybolmamasına ve değişmemesine bağlıdır.⁹³²

Az önce de ifade ettiğimiz gibi bu taksim, hisselerin birbirinden ayrılması yani ifraz ile olabildiği gibi hisselerin birbiri ile mübadelesi ile de olabilmektedir. Mübadele, her bir ortağın müşterek maldaki kendi mülkiyetinden diğer orakların aldığı kısma mukabil aynı maldaki onlara ait mülkiyetin bir kısmını almasıdır. İfraz ise her bir ortağın, kendi hakkına düşen kısmı aynen almasıdır.⁹³³ Örneğin iki kişi her biri yarım hisse sahibi olmak üzere iki kitap alsa bu iki kitabın tamamı ikisi arasında ortak olur ve her ortak kitaplardan her birinin yarısına sahip olur. Aralarında ortak olan bu iki kitabı taksim edip her biri o kitaplardan birini aldığı zaman o kitaptaki hakkını – ki bu kitabın yarısıdır- aynen almış olur. İşte bu kendi mülkünün bir kısmını ortağının mülkünden ifraz etme olur. Yani taksimin ifraz/salt ayırım olma hali. Almış olduğu kitabın diğer yarısını ise ortağına kalan kitaptaki hakkına – ki bu da o kitabın yarısıdır- bedel olarak almış olur. İşte bu da taksimin mübadele/akit olma halidir. Çünkü bu işlemle iki ortak arasında kitapların yarılarında bir mübadele/değiştirme meydana gelmektedir. Böylece her ortak muayyen bir kitaba sahip olur. O kitabın yarısı kendisinin daha önceki mülkü idi, diğer yarısı ise yaptıkları mübadele gereği onun mülkü oldu.⁹³⁴

Taksimin hukuki mahiyeti hususunda yani ifraz veya mübadele oluşu noktasında hukukçular farklı farklı kanaatlere sahiptirler. Bazıları onu ifraz kabul ederken bazıları ise mübadele yani akit olarak kabul etmektedirler. Diğer bazıları ise malın türüne göre bazen ifraz bazen da mübadele olacağını söylemektedirler. Hangi taksimin ifraz hangisinin mübadele olduğu hususunda hukukçuların farklı kanaate sahip olmalarının sebebi ifraz kavramına yükledikleri anlamlarla alakalıdır.⁹³⁵

⁹³¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 232-234.

⁹³² Ali Haydar Efendizade, III, 329.

⁹³³ İbnü'l- Hümmam, *Fehu'l Kadir*, IX, 426.

⁹³⁴ Hafif, 589.

⁹³⁵ Kâsânî, VII, 17; Özdirek, 28-29.

Bu şekildeki farklı kabullerin hukuki neticeleri de farklı olmaktadır. Şöyle ki taksimin ifraz kabul edilmesi durumunda tarafların taksime icbar edilebileceği aksi takdirde icbar edilemeyeceği hükmü benimsenmiştir.⁹³⁶

Taksimin akit niteliği taşıdığı durumda cebren taksim yapılması akitlerde olması gereken rızailik ilkesine ve akit yapma hürriyetine aykırı olacaktır. Fakat taksimin ifraz niteliği taşıması halinde taksim bir akit olmayacağı için cebren yapılacak bir paylaşırma akit yapma hürriyetine getirilmiş bir sınırlama olarak değil mahkeme tarafından yapılmış hukuki bir işlem olacaktır.⁹³⁷

Taksim edilen malın cinsine göre kısımet; metre, kilo ve litre gibi değişik birim ölçüleri ile yapılır. Taksim neticesinde ortaklar, kendi hisselerine müstakillen sahip olurlar ve her ortak kendi hissesinde tasarruf yapma ehliyetini elde eder.⁹³⁸

Diğer bir açıdan ise taksim bazen müşterek malın her birinin taksim edilmesiyle olur ve buna ayırma taksimi (kısımet-i tefrik) denir. Arazi, ev ve bir miktar buğdaydan ibaret olan müşterek malın her birinin ayrı ayrı taksim edilmesi gibi. Bazen de taksim her bir ortağın hissesini müşterek malların birinde toplamak şeklinde olur ve buna da toplama taksimi (kısımet-i cem) denir. Müşterek olarak bir arazi ve eve sahip olan ortaklardan birinin araziyi, diğerinin evi alması gibi.⁹³⁹

Mallar her iki şekilde de taksimi mümkün olanlar ve sadece bir şekilde taksim edilebilenler diye ikiye ayrılır.

Her iki şekilde de taksim edilebilenler; birden fazla olup taksimden önce kendilerinden sağlanan menfaat, taksimden sonra da devam edecek şekilde bölünebilen mallardır. Birden fazla konak ve tarım arazisi gibi.

Sadece bir şekilde taksim edilebilenler ise; bir kısmı sadece kısımet-i tefriki kabul eder. Büyük bir konak veya geniş bir tarım arazisi gibi. Bunu belirleyen şey, müşterek malın bir adet olması ve taksimden önce ondan sağlanan menfaatin taksimden sonra da devam edecek şekilde bölünebilmesidir. Sadece bir şekilde taksimi kabul eden malların ikinci kısmı ise sadece kısımet-i cemi kabul edenlerdir. Bunlar birden fazla olup her biri

⁹³⁶ İbnü'l- Hümmam, *Fehu'l Kadir*, IX, 427.

⁹³⁷ Özdirek, 28.

⁹³⁸ Kâsânî, VII, 21; Çeker, 169.

⁹³⁹ Kâsânî, VII, 21; Hafif, 593.

tek tek taksim edildiği takdirde kendilerinden taksimden önce sağlanan menfaat, taksimden sonra taksim öncesi gibi faydalanılması mümkün olmayan mallardır.⁹⁴⁰

Bu iki taksim türünden her biri ya ortakların rızası ile olur ki buna rızai taksim denir. Ya da mahkeme yoluyla ve cebri olur ki buna da kazai taksim denir.⁹⁴¹

Taksim tarafların kendi rızaları ile oluşması halinde tarafların akit hürriyetine hanel getirecek bir durum söz konusu olamaz. Ancak tarafların karşılıklı olarak anlaşamamaları sebebiyle taraflardan birinin mahkemeye müracaat ederek diğer taraftan yapmasını talep ettiği ve imtina etmesi durumunda da mahkeme veya kassamın kararı ile cebren gerçekleşmesini istediği taksim söz konusu olmaktadır. Bu durumda karşı taraf, rızası olmaksızın kabulleneceği bir durum/akit ile karşı karşıya geldiğinden o şahsın akit hürriyetine bir kısıtlama getirilmektedir.⁹⁴²

Taraflardan birinin bu taksimata rızasının olmamasına rağmen kazaen yapılan taksim, konumuz olan akit hürriyetine getirilen bir sınırlamamıdır? Az önce ifade ettiğimiz taksimin ifraz veya mübadele oluşu yani bu ayırmanın fiili bir durum veya akit oluşu bu sorumuzu izah etmektedir. Şöyle ki bu ayırımın ifraz kabul edilmesi halinde bu eylem bir akit olmadığı için yapılacak olan cebri/kazai taksim akit hürriyeti ile alakalı olmayacaktır. Taksimin mübadele/akit kabul edildiği durumlarda ise farklı görüşler olmakla birlikte genelde bu cebri/kazai taksim kabul edilmemektedir. Yani akit hürriyetine bir kısıtlama olacağından bu durum caiz görülmemiştir. Böylece akit hürriyeti korunmuş, kişilerin rızalarına aykırı bir durum doğru bulunmamıştır.

Hanefi hukukçulara göre taksim, hem ifraz hem de mübadele özelliği taşır.⁹⁴³ Bunlara göre malın taksiminin ifraz veya mübadele olmasını belirleyen şey misli veya kıyemi olmasıdır. Misli mallarda ifraz, kıyemi mallarda ise mübadele özelliği daha baskındır.⁹⁴⁴ Ayrıca kıyemi olmasına rağmen aynı cins olan yani müteşabihat olanlar da misli mallar gibi ifraz özelliği taşır.⁹⁴⁵

Mesela aynı cins buğdayın taksiminde mübadele manası daha zayıf olup burada ifraz özelliği daha baskındır. Çünkü burada müşterek malın taneleri/fertleri arasında

⁹⁴⁰ Hafif, 590.

⁹⁴¹ Mecelle, md, 1120-1122.

⁹⁴² Kâsânî, VII, 20.

⁹⁴³ Mecelle, md, 1116.

⁹⁴⁴ Mecelle, md, 1117-1118.

⁹⁴⁵ İbnü'l- Hümmam, *Fehu'l Kadir*, IX, 428; Özdirek, 29.

farklılık olmadığı için bedeller her bakımdan eşittir. Böyle bir taksimde her ortak sanki hakkının aynını almış ve onu ortaklarının mülkiyetinden ayırmıştır. Bu nevi ortak malı her bir ortak diğer ortakların gıyabında ve onların bilgisi olmadan taksim etmesi ve yine onların gıyabında kendi hissesini teslim alması caizdir. Fakat yapılan bu taksim ancak gaip ortağın kendi hissesini teslim alması ile tamam olur.

Koyun gibi tek cins kıyemi malların taksiminde ise mübadele özelliği ifraz özelliğinden daha açıktır. Çünkü müşterek olan bu tip malların arasında farklılıklar vardır. Bu taksimde her bir ortak kendi hakkının aynını almış olmaz. Bu sebeple taksim ancak ortakların huzurunda yapılır. Ortaklardan birinin diğer ortağın gıyabında kendi hakkını alması caiz değildir. Hem bu örnekte hem de bir önceki örnekteki taksimde ortaklardan biri taksimi isteyip diğer ortağın buna karşı çıkması durumunda müşterek mal aynı cins olduğu ve ayrılmak isteyen ortak kendi hissesinden ifraz edilmiş olduğu halde faydalanmak istediği için hakim taksime rıza göstermeyen ortağa karşı cebren taksim kararını alır. Yani bu durumlardaki taksimde ifraz özelliği hakim olduğu için kazai/cebri bir uygulama kabul edilmektedir. Hakimin bu kararı akit olarak kabul edilmediği için de böyle bir taksimde akit hürriyetini ihlal eden bir durum söz konusu olmamaktadır.⁹⁴⁶

Ortak malın deve, at ve koyun veya buğday, arpa ve pirinç yahut tahıl ve koyun olması gibi iki veya daha fazla cinsten kıyemi veya misli ya da karışık olarak hem kıyemi hem de misli olması durumundaki taksimde mübadele manası ifraz manasından çok daha öndedir ve açıktır. Bu sebeple bu tip ortak malların taksimi mutlaka bütün ortakların huzurunda ve tamamının rızası ile olur. Bir ortağın, diğerlerinin gıyabında kendi hissesini alması caiz olmadığı gibi ortaklardan biri taksime yanaşmadığında hakimin o ortağı taksime icbar etmesi de kabul edilmez. Aynı şekilde mücevherler gibi birden fazla adette olup kıymetleri büyük ölçüde farklılık gösteren veya taksim edildiği takdirde taksimden önce sağladığı faydayı taksimden sonra sağlayamayacak olan küçük bir hamam gibi tek cins ortak mal da muhtelif cinsteki mallar gibi hakimin kararı ile cebren taksim olmaz. Yani mutlaka ortakların tamamının rızası gerekir.⁹⁴⁷

Hanefiler her taksim işleminde mübadele özelliğinin bulunduğunu söylemekle aslında bu işlemin bir akit olduğuna işaret etmiş olmaktadırlar. Aynı zamanda bazı

⁹⁴⁶ Hafif, 590.

⁹⁴⁷ Hafif, 590.

malların taksiminde hakime icbar yetkisi de vermektedirler. Bu ise nazari olarak akit hürriyeti prensibine aykırı bir durumdur. Yani bir kimse razı olmadığı bir mübadeleye/ akde taraf olmaktadır. Hanefi hukukçular bu çelişkili durumu kendi hukuk sistematikleri içerisinde izah edebilmek için farklı yollar kullanmışlardır.

Bu hukukçuların bazıları taksim işinin mahza mübadele olmadığını, her taksimin bir yönüyle mübadele diğer bir yönü ile ise ifraz olduğunu söylerler. Yukarıdaki örneklerde ifade edildiği gibi misli malların taksiminde ifraz özelliği, kıyemi malların taksiminde ise mübadele özelliği daha açıktır derken her birinde diğer özelliğinde var olduğu kabul edilmiş oluyor. Bu hukukçulara göre taksimde icbarın kabul edilmemesi mahza mübadele olan durumlar içindir. Böylece benimsenmiş olan akit hürriyeti prensibi korunmuş olmaktadır. Mübadele değil de ifraz özelliği daha açık olan misli malların taksimi ile mekilat/ ölçülenler, mevzunat/ tartılanlar ve adediyatı mütekaribe/ tane ile alınıp satılan ve taneleri bir birine yakın büyüklükteki şeylerin taksiminde icbarın kabul edilmesi de akit hürriyetine bir zarar vermemektedir. Çünkü bu tip durumlarda bu taksim bir mübadele/ akit değil ifraz yani fiili bir ayırma eylemi olduğu kabul edilmektedir.⁹⁴⁸

Ali Haydar Efendi Mecelle'nin kıyemi mallarda mübadelenin racih olduğunu ifade eden 1118. Maddesini açıklarken mübadelede tarafların rızası olmadan taksim yapılmaması lâzım gelir itirazını cevaplarken bir başkasının hakkını korumak için icbardan başka çare olmazsa bunun caiz olduğunu söylemektedir. Şüf'a ve borcunu ödemeyen borçlunun mahkeme kararı ile mallarının satılarak alacaklıların haklarının korunmasını bu cevaza örnek vermektedir.⁹⁴⁹

Buna göre ortaklardan kendi payını almak isteyen ortağın hakkını korumak için diğer ortak buna rıza göstermese dahi başka çare olmadığı için taksimi mümkün olan mallarda hakimın kararı ile kazaen/cebren taksim gerçekleşmiş olur. Taksimi mümkün olmayan mallarda ise yine aynı durumda cebren menfatin taksimi yapılır.⁹⁵⁰ Burada taksime razı olmayan tarafın akit hürriyetinin sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bu durum istisnai olarak daha önce zikrettiğimiz genel hukuk düzeni içerisinde adil bir düzenin sağlanması adına yapılan bir uygulamadır. Yani hukuk herkesin hakkını korumakla

⁹⁴⁸ Mecelle, md, 1119.

⁹⁴⁹ Ali Haydar Efendizade, III, 338.

⁹⁵⁰ Mecelle, md, 1130 ve şerhi.

mükelleftir. Bir taraf akit hürriyetim var diyerek diğer tarafa zarar verme hakkına sahip değildir. Hukuk sistemi o zararı bertaraf etmek için istisnai kısıtlamalar getirmektedir.

Diğer bir yaklaşım ise mekilat, mevzunat ve adediyyatı mütekaribenin taksiminde yapılan ölçme, tartma ve sayma işlemleri akitlerdeki icâb ve kabulün yerine geçtiği varsayılır ve akdin geçerli olması için gerekli olan rızanın da böylece var olduğu kabul edilir.⁹⁵¹

Görüldüğü gibi Hanefiler akit hürriyeti prensibini korumak adına taksimin ifraz veya mübadele özelliğini titiz bir şekilde ele almışlar. İfraz özelliği taşıyan durumlarda kazai/cebri taksim olsa bile bunu akit kabul etmedikleri için akit hürriyetine bir etkisinin olmadığını, mübadele özelliği taşıyan durumlarda ise genelde cebri taksimi kabul etmeyerek yine akit hürriyeti prensibini korumaya çalışmışlardır. Ancak istisnai olarak başka çare kalmadığı durumlarda kazai/cebri taksimi kabul ederek bu kısıtlamadan tamamen kaçınılamayacağını da kabul etmektedirler.

Şafii hukukçulara göre de taksim, ifraz veya mübadele özelliği taşır. İfraz olması durumunda icbarın olabileceğini fakat mübadele olması halinde ise icbarın kabul edilemeyeceğini söylemektedirler.⁹⁵²

Şafii hukukçulara göre bir malın taksiminin ifraz veya mübadele olmasındaki ölçü ise taksimin her yönden birbirine denk olup olmamasıdır. Yani hem kıymet ve hem de ayn/şekil bakımından mütemasil/ eşit büyüklükteki mallar olup olmamasıdır. Hanefilerin misliyyattan dedikleri şeylere Şafiiler mütemasil/müteşabih demektedirler. Buna göre hem ayn/şekil hem de kıymet bakımından birbirine denk olan malların taksimi ifrazdır. Rızaen taksim yapılabildiği gibi kazaen/cebren de yapılabilir. Fakat kıymetleri veya ayınlarında bir farklılık olursa yada farklı cinsten olurlarsa bu takdirde yapılan taksim mübadeledir. Mübadelede tarafların rızası şart olduğu için icbar yapılamaz.⁹⁵³

Görüldüğü gibi Şafii hukukçuları da akit hürriyeti prensibini korumak için mübadele/akit olan taksimde cebri taksimi kabul etmemişlerdir. Yani bu prensibi koruma adına taksimi mübadele ve ifraz diye ikiye ayırmışlar ve ifraz kabul edilen

⁹⁵¹ Özdirek, 29.

⁹⁵² Özdirek, 30.

⁹⁵³ Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l Muhtac fi şerhi'l Minhac*, X, 193, I-X, Naşir Mektebtü't- ticariyyeti'l- kubra, Mısır 1983.

taksimi akit olarak değerlendirmedikleri için de akit hürriyetini ihlal etmemiş olmaktadırlar.

Maliki hukukçular da Şafiiler gibi taksim edilecek şeyler arasında tam bir dengenin olmasını ararlar. Keyli ve vezni olanların bu ölçek birimleri ile taksim edilmesini, kıyemi olanların ise adil bir şekilde ya rıza ile veya kur'a ile taksim edilebileceğini söylerler. Rıza ile yapılan taksimi akit kabul ederler ve cebri taksim olmadığı için akit hürriyeti muhafaza edilmiş olur. Paylar arasında eşitlik sağlanıp ta kur'a ile yapılan taksimi ise ifraz kabul ederek burada cebri taksimin olabileceğini kabul ederler.⁹⁵⁴

Hanbeli hukukçulara göre ise taksimin ifraz veya mübadele olmasında belirleyici olan kriter taksim yapılırken dışarıdan bir bedel ilave edilip edilmemesi ve taksimin taraflara zarar verip vermemesidir.⁹⁵⁵

Buna göre eğer taksim yapılırken bir bedel ilavesi söz konusu değilse ve bu taksim tarafların her ikisine veya birine zarar vermiyorsa böyle bir paylaşım ifrazdır. İfraz ise akit olmadığı için cebren de olsa taksim yapılır ve bu durumda akit hürriyetini ihlal eden bir şey olmaz. Eğer taksimde bir bedel ilavesi olursa veya tarafların her ikisine veya birine zarar olursa bu taksim akit kabul edilmekte ve burada tarafların rızası aranmaktadır. Bu kısımda cebren yapılan taksimler kabul edilmemek suretiyle akit hürriyeti muhafaza edilmemektedir.⁹⁵⁶

Hanbeli hukukçulardan İbn Teymiye'ye göre ise bir bedel ilavesi ile yapılan taksimde yalnızca ilave edilen bedele tekabül eden kısımda akit ahkamı geçerlidir yani tarafların rızası şarttır. Fakat geri kalan kısımda ise ifraz hükümleri geçerlidir rıza olmasa bile taksim yapılabilir.⁹⁵⁷

Hanbelilerin taksimde zarar olup olmamasını merkeze alarak taksimin ifraz veya mübadele oluşuna karar vermelerine karşın Hanefi ve Şafii hukukçuları ise aynı yaklaşımı bir başka kavramla ifade etmişlerdir. Hanefilerin misli-kıyemi ayırımı yapmaları, Şafiilerin ise mütemasil ve müteşabih kavramlarını kullanmalarının

⁹⁵⁴ İbn Rüsd, IV, 49.

⁹⁵⁵ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 101; Özdirek, 32.

⁹⁵⁶ Mansur b. Yunus b. Salahaddin ibn Hasan ibn İdris Behuti, *Keşşafü'l- Kına' an Metni'l- Ikna'*, VI, 371-375, I-VI, Daru'l Kutübü'l İlmiyye.

⁹⁵⁷ Behuti, VI, 371.

arkasında yatan şey tarafların bir birlerine zarar vermeden adil bir paylaşımın gerçekleşmesidir.⁹⁵⁸

Neticede hepsine göre tarafların birbirlerine zarar vermeden adil bir şekilde gerçekleştirecekleri paylaşım ifrazdır ve burada yapılacak icbar adaletin tesisi için olacağından bunun olmasında bir sakınca yoktur. Bu uygulama mübadele/akit olmadığı için de bütün hukukçuların benimsediği akit hürriyeti prensibine bir zarar da verilmiş değildir.

Müşterek mülkiyetin ortaklar arasında taksim edilme imkanı yoksa veya taksim edilme imkanı olmakla birlikte bu taksim zarara sebep olmakta ise bu durumlarda taksim yapılmaz. Ya tarafların rızası ile o ortak şey satılır ve parası pay edilir ya da o nesnenin menfaatinden istifade yoluna gidilir. Yani muhayee/ sıra ile kullanma yolu uygulanır. Fakat ortaklardan biri satışa razı olmazsa Hanefi ve Şafiilere göre o kişi satışa zorlanamaz. Bu anlayış akit hürriyeti prensibini muhafaza etmektedir. Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre ise taksim edilemeyen mal ya menfaatinin pay edilmesi ile ya da tarafların hepsinin rızası olsun olmasın satılarak parasının bölüştürülmesi ile taksim edilmiş olur.⁹⁵⁹

Müşterek mülkiyetin devamına hükmedilmesi ortakların maslahatını gözetip onlardan zararı giderdiği gibi bazan da kamu yararına olduğu görülmektedir. Üretimi artırmak ve ürün kalitesini yükseltmek suretiyle ülke ekonomisine katkı sağlama bakımından son derece önemli bir yerin daha iyi işletilmesini temin maksadıyla devletin zaman zaman taksim yasakları veya arazi toplulaştırması gibi düzenlemeler yaptıkları görülmektedir.⁹⁶⁰

Yani taksim yapılması halinde ortakların veya kamunun zarar görmesi söz konusu ise bu gibi durumlarda cebren de olsa taksime gidilmeyip ortak malın menfaatinden istifade etme yoluna gidilir.

İslam hukukçularının taksim ve zarar ilişkisine yönelik temel yaklaşımları bu şekilde olmakla birlikte bu konuda tam bir ittîfâkın olmadığı da görülmektedir. Mesela İmam Malik, taksimden sonra hissedarların payına ne düştüğüne ve her bir ortağın

⁹⁵⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 99, 100; Özdirek, 33.

⁹⁵⁹ Özdirek, 33.

⁹⁵⁹ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 100; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 234.

⁹⁶⁰ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 234.

kendine düşen paydan faydalanma imkanının bulunup bulunmadığına yani bu taksim neticesinde bir zarar görüp görmediğine bakmaksızın ortaklardan birinin talebi olması halinde bu ortak malın taksim edileceği kanaatindedir. İmam Malik, bu görüşüne delil olarak Nisa suresinin 7. Ayetinde geçen “ister az ister çok olsun” ifadesini göstermektedir. Fakat Maliki hukukçuların çoğunluğu İmam Malik’ten farklı düşünerek ortaklardan birinin taksim talebinin dinlenebilmesi için taksimden sonra her bir ortağın kendi payına düşen kısımdan istifade etme imkanının olmasının şart olduğunu, aksi halde o ortak malın satılarak parasının pay edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁹⁶¹

Netice olarak akit hürriyetinin kısıtlanması bağlamında ortak malın taksimi noktasında bütün hukukçuların temel prensip olarak benimsedikleri; bu hürriyeti korumanın asıl olduğu ve aynı zamanda hiç kimsenin de bir başkasına zarar vermesinin kabul edilemeyeceği gerçeğidir.

Buna göre bir nesne üzerinde aynı anda birden fazla şahsın hakkının olduğu durumlarda bu hakların tamamı eşit seviyede hukuki güvenceye sahip olduğu için hiçbir hak sahibi – başkasının zararına sebep olacak şekilde- dilediği gibi tasarrufta bulunamamaktadır. Bu gibi durumlarda İslam hukukçuları, bir yandan şahısların sahip oldukları haklarını özgürce kullanabilmelerini, diğer taraftan da bu yetki kullanımından diğer hak sahiplerinin zarar görmemesini sağlayacak adil bir yol izleyerek hak kullanımının cevaz veya adem-i cevazını zarar verip vermeme kriterine bağlamışlardır. Dolayısıyla zarara sebep olan tasarruflar hakkında kısıtlılık, böyle olmayan tasarruflar için ise hürriyet prensibini benimsemişlerdir.⁹⁶²

3.1.2. Tekel

Sosyal bir varlık olan insanın, varlığını devam ettirebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ilişkiler kurabilmesi yani bir takım akit ilişkilerine girebilmesi için bu sahadaki düzenleyici kuralların olması nasıl gerekli ise aynı şekilde akit hürriyetinin olması da zorunludur. Çünkü hayatı düzene koyan hukuk kuralları, insanların birbirleri ile olan ilişkilerinde karşılıklı olarak birbirlerinin haklarına riayet etmeleri için vaz edilmiştir. Yine insan sosyal ve iktisadi hayatta ihtiyaçlarını karşılayabilmek için

⁹⁶¹ İbn Rüşt, IV, 49; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 234.

⁹⁶² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 237.

çoğunlukla akit ve benzeri hukuki muamelelere başvurarak ihtiyaç duydukları malı ve hizmetleri alır-satar, kiralar ve kullanırlar.

Toplum hayatının düzenli bir şekilde devam edebilmesi ve insanların ihtiyaçlarını giderebilmeleri için insanların ihtiyaç duyduğu birtakım mal ve hizmetlerin kesintisiz olarak temin edilmesi gerekir. Bu konudaki eksiklik veya ihmalkarlık toplumda sıkıntılara sebep olabilir. Bu sebeple ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin temininin belli bir düzen içerisinde yapılması ve bunun için gerekli düzenlemelerin yapılması ve kontrolün sağlanması da hukukun/ devletin görevleri arasındadır. Devlet bunları ya bizzat kendisi yapar ya da gerekli düzenlemeleri yaparak başkalarına yaptırır.⁹⁶³

İşte toplumun ihtiyaç duyduğu şeyleri temin noktasında sıkıntıya düşmemesi için devletin düzenleme yapacağı alanlardan bir tanesi de tekelleşme durumudur.

Tekel; bir mal veya hizmetin yalnızca bir kişi veya kurum tarafından sunulmasıdır. Bu hizmeti sunan hakiki şahıs olabileceği gibi hükmi şahıs da olabilir. Bu tekel durumu bazan o kişiye devlet tarafından verilmiş olabilir. Bazan da devletin bir müdahalesi olmadan şartlar gereği piyasa bir kişinin veya grubun hakimiyetine geçmiş olabilir ki buna fiili tekel denir.⁹⁶⁴

Tanım yapılırken sadece mal ya da hizmet sunan taraf dikkate alınarak tanım yapılmıştır. Fakat o mal veya hizmeti alan tarafın da tekel olma durumu söz konusu olabilir. Yani tek bir üretici veya birden fazla üretici tarafından üretilen bir malın serbest piyasaya sürülmeden önce tek bir alıcı tarafından o üreticiden alınıp onun eliyle nihai tüketicilere sunulması durumunda da alıcı tarafın tekelleşmesi meydana gelmektedir. Bu da aynı etkiye sahip olduğundan aynı hukuki düzenlemelere tabi olarak gerekli kısıtlamaların burada da uygulanması icâbeder. Nitekim İbn Teymiyye el-Hisbe fi'l İslam adlı eserinde bu konuları ele alırken devletin/ hukukun yapacağı düzenlemeler noktasında, mal ve hizmet üretiminin gerek satış gerekse alış esnasında insanların herhangi bir haksızlığa uğramamaları için normal piyasa değerinden alınıp satılması gerektiğini söyler. Gerek satıcıların gerekse alıcıların tekelleşmek suretiyle karşı tarafı piyasa değerinin altında veya üstünde belli bir fiyattan satıp-almaya mecbur bırakacak

⁹⁶³ Özdirek, 35.

⁹⁶⁴ Özdirek, 35.

uygulamaların zulüm olacağını zulmün ise haram olduğunu ifade ederek tekelleşmenin doğurabileceği tehlikelere ışık tutmuştur.⁹⁶⁵

Hukukun/ devletin müdahale edeceği düzenleme yapacağı alanlardan biri de tekelleşme dedik. Zira mülkiyetin gerek fert gerekse kamunun zarar göreceği şekilde kullanılması yani kötüye kullanılması durumlarından biri de tekelleşmedir. Tekelleşme, iktisadi hayatta olumsuz sonuçları en fazla hissedilen ve özellikle küçük esnaf ve dar gelirli insanların olumsuz etkilendiği ve paranın alım gücünü olumsuz yönde etkileyen durumlardan biridir.⁹⁶⁶ Hal böyle olunca devletin, hem fertlerin hem de kamunun menfaatlerini korumak amacıyla tekelleşmeye müdahale etmesi ve belirli düzenlemeler getirmesi gerekmektedir.

Aslında müteşebbislerin kendi aralarında ticari birlikler oluşturmalarında yani tekelleşmelerinde ve birtakım anlaşmalar yapmalarında bir sakınca yoktur. Hatta bu tür birliktelikler kamunun ihtiyaç duyduğu fakat ekonomik açıdan devlete ağır yük getiren ve tek başına da bir veya birkaç kişinin altından kalkamayacağı bazı hizmetleri sunmaları açısından faydalı da olabilir. Dolayısıyla bu tür amaçlar için kurulmuş olan birliktelikler/ tekelleşmeler takdir edilmeli ve desteklenmelidir. Ancak tekel oluşturmak ve rekabet ortamını kırmak suretiyle piyasada tek bir fiyat oluşmasına ve insanları o hizmetten yararlanma ya da söz konusu mala ulaşmak için bu fiyatı kabullenmek zorunda bırakacağından kamuya zarar veren bu tür oluşumlar hukuken engellenir.⁹⁶⁷

İnsanın fitratında bir başkasını idare etmeye, tahakküm altında tutmaya yönelik bir meyil vardır. Bunu da elindeki idari, siyasi, askeri ve iktisadi güçle gerçekleştirmek ister. İşte bu noktada insanın bu isteğini dizginleyecek ve kontrol altında tutacak olan ve bütün insanların temel hak ve sorumluluklar bağlamında sahip oldukları değerleri muhafaza edecek olan yani aralarındaki adaleti sağlayacak olan şey hukuk düzenidir.

Bu bağlamda İslam hukuku servetin tekelleşmesi ve benzeri vasıtalarla diğer insanlara karşı bir tahakküm aracı olmaması için hem hukuki hem de ahlaki anlamda ilkesel bazı düzenlemeler getirmiştir. Nitekim devlet gelirlerinin önemli bir kalemi olan fey/ganimet mallarının kimlere pay edilmesi gerektiğini anlatan Kur'an ayeti bu

⁹⁶⁵ İbn Teymiyye, *el- Hisbe fi'l İslam ev Vazifetü'l Hukumeti'l İslamiyye*, 22, Daru'l Kutübü'l İlmiyye, yy, ty.

⁹⁶⁶ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 354.

⁹⁶⁷ Hamdi Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 289, Erkam Yayınları, İstanbul 1993.

taksim olabildiğince geniş kesimlere yapılması gerektiğine vurgu yapar. Bunun gerekçesini ise tekelleşmenin önünü kesecek tarzda “Böylece o mallar içinizden sadece zenginler arasında dönüp dolaşan bir servet/ güç haline gelmesin.” şeklinde açıklamıştır.⁹⁶⁸

Hiz. Ömer’in fethedilen Irak topraklarının savaşa katılan gazilere dağıttırmayıp haraç vergisi alınmak üzere önceki sahiplerinin elinde bırakması uygulamasında bu ayetin “o mallar içinizden sadece zenginler arasında dönüp dolaşan bir servet/ güç haline gelmesin.” gerekçesini kendisine dayanak aldığı görülmektedir. Böylece Hiz. Ömer toplum olarak elde edilen ve üretilen maddi değerlerin belirli kişilerin ellerinde toplanıp kalmaması yani tekelleşme olmaması, sosyal adaletin sağlanması ve refahın geniş kitlelere yayılması gerektiğini etkin bir şekilde uygulamış ve sonraki gelen hukukçulara da bu nokta yol göstermiştir.⁹⁶⁹

Halit Çalış, İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları adlı kitabında bu konuyu anlatırken konunun sadece özel sektördeki tekelleşmemelerle sınırlı olmayıp devlet imkanlarının kullanımında tekelleşmeye gidilmemesi gerektiğini şu ifadelerle anlatmaktadır. “Devlet imkanlarından yararlanma ve özellikle kamu ihalelerine katılma hususunda sırf servet sahipleri veya belirli kişiler ve gruplar olmamalı. Bu imkanlar olabildiğince geniş bir alana yayılarak bir taraftan milli servetin belirli şahıs ve grupların elinde toplanmasına engel olunurken diğer taraftan kartel ve tekel oluşumlarının önüne geçilmiş olunur.”⁹⁷⁰

Akitlerde hürriyetin asıl olduğunu kabul eden İslam hukukçuları genel olarak bu hürriyetçi görüşlerini ticari alanda muhafaza etmekte ve ciddi bir sebep yokken ticari piyasaya müdahaleyi kabul etmemektedirler.

Ticaretin esası satıcı açısından kâr temin etmeye dayanırken alıcı/ tüketici açısından ise ihtiyaçların teminine dayanır. Eğer kâr nisbetini piyasanın kendisi belirlerse ve bu nisbet de hem satıcıların hem de alıcıların az-çok memnun ve razı olacakları bir ölçüde ise ticari hayatta tabii bir ahenk kurulmuş olur ve dışarıdan bir müdahaleye gerek kalmaz. Yani arz-talep, rekabet ve diğer unsurların oluşturduğu doğal

⁹⁶⁸ Haşr 59/7; Ayetin bu vurgusu için bkz; Kurtubi, XVIII, 16,17.

⁹⁶⁹ *Kur'an Yolu*, V, 288-291.

⁹⁷⁰ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 358.

bir denge varsa burada akit yapan taraflara müdahale edilerek hürriyetleri kısıtlanamaz.⁹⁷¹

Çünkü İslam hukukunda akitlerin karşılıklı rıza ile yapılması esastır. Hiç kimse razı olmayacağı bir akdi yapmaya zorlanamaz. Karşılıklı rıza olmadan yaptırılan akitler geçerliliğini kaybeder. Şevkani'nin bildirdiğine göre mal sahibini razı olmayacağı bir fiyattan satışa zorlamak, akitlerde rızanın şart olduğunu bildiren Nisa suresi 29. ayetle çelişmektedir.⁹⁷²

Ekonomik piyasaların normal seyrinde olduğu zamanlarda bu temel prensibe uymak insanlar için bir sıkıntıya sebep olmamaktadır. Yani olması gereken adil bir iktisadi düzen varlığını sürdürmekte ve böylece bu düzene tabi olan insanlar herhangi bir zarar görmemektedirler. Fakat tekelleşme gibi iktisadi hayatta arz- talep dengesinin sun'î müdahalelerle bozulması durumunda akit yapmak mecbûrîyetinde kalan taraflardan biri bu dengesizlik halinde zarar görmemesi kaçınılmazdır. Bu noktada hukuk, zarar gören tarafın lehine bazı düzenlemeler getirir ki bu defa diğer taraf bu akitten beklediği yüksek kârdan/menfaatten mahrum kalır. Yani tekel durumunda olan taraf tam da rıza göstermediği bir akdi yapmak mecbûrîyetinde kalır.

Tekelleşmenin en açık örneklerini tröst, kartel ve holding gibi yapılar oluşturmaktadır. Her ne şekil ve ad altında olursa olsun bütün tekelleşmelerde ticari piyasa kendi normal seyri içerisinde arz- talep ve fiyat dengelerini oluşturamadığı için toplumun zararı sözkonusudur. Örneğin tröstler önce piyasaya oldukça yüksek fiyattan mal sürmek suretiyle küçük rakip firmaları cesaretlendirir ve onları fazla miktarda üretim ve mal stokuna sevkeder ve fırsat kollamaya başlar. Tüketici rağbetine güvenerek rakipleri piyasaya çok açıldığı zaman fiyatları birdenbire ve büyük ölçüde düşürerek onları mal satamaz ve sorumluluklarını yerine getiremez durumuna düşürürler. Bunun sonunda piyasada dürüst kalmak isteyen iş adamları ya iflasla karşı karşıya kalır ya da tröste katılmak zorunda kalır.⁹⁷³

⁹⁷¹ Celal Yeniçeri, *İslam İktisadının Esasları*, 326, Şamil Yayınevi, İstanbul 1980.

⁹⁷² Şevkani, Muhammed bin Ali, *Neylü'l- evtar*, V, 221, I-VIII, Daru'l Hadis, Mısır 1993.

⁹⁷³ Döndüren, 291.

Bu ve benzeri tekelleşmeler suretiyle piyasaya hakim olma ve rekabet şartlarını ortadan kaldırma ve böylece bir hakkın, toplumun zarar görmesine sebep olacak şekilde kullanılması hususunda fıkıh kitaplarında önemli hükümler vardır.⁹⁷⁴

Tekelleşme insanlar için ya hayati önem taşıyan ürünlerde ve hizmet sahalarında olur ya da hayati önem taşımamakla birlikte diğer ihtiyaç duyulan maddelerde olur. Eğer tekelleşme hayati önemi olmayan sahalarda ise burada hukukun alması gereken tedbir; o ürün ve hizmetlerin normal piyasa değerinden alınıp satılmasını sağlamak. Bunun için eğer fiyat sınırlaması gerekiyorsa bunu yapması icâbeder. Ya da bunu mal ve hizmet alım ve satımını sınırlamakla yerine getirebilir. Veya rakip üretici ve tüketiciler oluşturmak suretiyle bu tekelleşmeyi kontrol altında tutabilir. Fiyat sınırlaması getirmesi veya mal ve hizmet alım-satımına sınırlama getirmesi akit hürriyeti ile bağdaşmamaktadır. Fakat bu genel zararı bertaraf etmek için özel zarar göze alınır ilkesinden hareketle uygulanan ve kamunun ortak menfaatinin gözetildiği adil bir çözümdür.

Tekelleşmenin insanlar için hayati önemi olan ihtiyaç maddelerinde olması halinde bu söylediğimiz tedbirler daha sıkı bir şekilde uygulanır. Zira bu noktada İslam hukukunun farz-ı ayn-farz-ı kîfâye, zaruret hali ve hakkın kötüye kullanılması ile ilgili kuralları da devreye girmektedir. Zaruret halindeki durumu müstakil bir başlık altında ele alacağımız için burada ona değinmiyoruz. Farz-ı ayn-farz-ı kîfâye ve hakkın kötüye kullanılması durumlarının tekelleşme halindeki etkilerinin ne olduğunu şöyle izah edebiliriz.

Müslüman bireyin yapması veya terk etmesi gereken yükümlülükler/ efal-i mükellefin anlatılırken zorunluluk ifade eden farz/vâcib ve haram kavramları kullanılmaktadır. İslam hukukçuları bu kavramları değişik açılardan incelemiş ve Müslüman bireylerin yaptıkları eylemleri bu kavramlarla hükme bağlamışlardır.

Farz/vâcib kavramının aynı ve kîfâi diye ikiye ayrılması tek el durumunda bir malı satıp satmamanın hukuki durumunu değerlendirme noktasında bize yol göstermektedir. Zira bu kavramlar İslam hukukunun temel kavramlarından olup kişiyi bağlayıcı mahiyettedir ve sadece ibadetlerle sınırlı olmayıp konumuz olan akitleri de kapsamaktadır.

⁹⁷⁴ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 355.

Kîfâi farz/ vâcib, yapılması mükelleflerin her birinden tek tek değil de toplumdan bazılarının yapması istenilen yükümlülüktür. Bu toplumsal hayat içerisinde birilerinin yerine getirmesi ile tüm toplumu rahatlatan ve yerine getirilmediği takdirde de toplumu sıkıntıya sokan fiillerdir.⁹⁷⁵ Bu şekildeki bir kîfâi farzın/vacibin yerine getirilmesi için tek bir kişi belirli hale gelmişse artık o işi yapmak o kimseye aynı farz/vâcib haline gelir.⁹⁷⁶ Bu sebeple eğer akdın konusu olan şey hayati önemi haiz olup tekel durumundaki kişinin akit yapmasını zorunlu kılıyorsa burada o kişinin bundan imtina etmesi düşünülemez. Yani hukukun ona yüklediği sorumluluk gereği kendi rızasının aksine de olsa o akdi yapması icâbeder. Örneğin bir yerleşim yerinde bir eczane varsa bir hasta için hayati derecede önemli olan bir ilacı o eczanenin satması zorunluluk arz eder.

Tekel durumunun hukuki özelliğini ayrıntılı bir şekilde ifade edebilmek için müracaat edilmesi gereken diğer bir kavram da hakkın kötüye kullanılması. Haddi zatında hakkın kötüye kullanılması sadece tekel durumuna has bir durum değildir. Fakat tekel durumunda bu suiistimalin olma ihtimali daha fazladır.

Hakkın kötüye kullanılması, meşru olan bir hakkı gayrı meşru bir şekilde kullanmaktır.⁹⁷⁷ Bu kaideye göre bir kimse bir hizmeti yerine getirmekten veya bir akdi yapmaktan kaçınması başkasına zarar vermek maksadı ile olursa bu durumda akit hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilir. Bir kimsenin yaptığı bir davranışın zarar vermek kastı ile olup olmadığı değişik şekillerde anlaşılır. Bunlardan en belirgin olanı bu davranışın o davranışta bulunan kimseye bir faydasının olmamasıdır. Yani bir kimse elindeki malı hiçbir gerekçe olmadığı halde ve bu davranışının kendisine bir menfaati de olmadığı halde ihtiyaç sahibi kimselere satmıyorsa o kimse sırf karşı tarafa zarar vermek maksadı ile bu işi yaptığı anlaşılır. Yani akit yapma hakkını kötüye kullanmış demektir. Bu durumda karşı taraf için telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkıyorsa o takdirde akit yapma mecbûrîyeti hasıl olur. Yani burada zarar verme kastı taşıyan kimsenin benim akit yapma hürriyetim var, bu hürriyetimi kullanıyorum deme hakkı yoktur.⁹⁷⁸

Bütün bunlar İslam hukukunun, akit hürriyetini ve ticarete serbest rekabet esasını benimsemekle birlikte servetin topluma karşı bir tahakküm aracına dönüştürülerek tekel

⁹⁷⁵ Karafi, *el- Furuk*, II, 20; Şatibi, *Muvafakat*, I, 282.

⁹⁷⁶ Şaban, 242.

⁹⁷⁷ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, 54, MÜİFY, İstanbul 1997.

⁹⁷⁸ Özdirek, 42.

gibi araçlarla yıkıcı ve yok edici bir hale gelmesine izin vermediğini göstermektedir. Yani herkes kendi hakkını kullanırken bir başkasına da zarar vermeme yükümlülüğü olduğunu düşünerek hareket etmesi gerekir. Aksi halde hukuk onu istemediği halde bazı davranışları yapmaya icbar eder. Nitekim tekel sebebi ile fiyatların aşırı yükselmesi topluma ne kadar zarar veriyorsa aşırı fiyat düşürmeleri de esnaf ve tüccarların bir kısmı için o kadar zararlıdır. Hâlbuki toplumda belirli dengelerin korunması gerekir. Ticaret hayatındaki dengeyi piyasanın normal işleyişi sağlar. İşte bu amacın tahakkuku için iktisadi faaliyetlerde topuma zarar verici mahiyetteki tekel oluşumlarının hukuken önüne geçilmelidir. Bu tip kısıtlamalar her ne kadar söz konusu teşebbüs sahiplerin akit hürriyetlerini ihlal etmekte ve onlar için zarar içermekte ise de umumi zararı gidermek için kişisel zarara katlanılır.⁹⁷⁹

Tekel gibi eldeki servetin ve imkanların kötüye kullanılarak topluma zarar verme potansiyeli olan ve tekel durumu ile de yakın alakası olan bir diğer konu ise ihtikar/karaborsacılıktır. Şimdi bu konuyu ele alıp İslam hukukçularının buna yaklaşımlarının ne olduğunu ve akit hürriyetini nasıl etkilediğini görmeye çalışacağız.

3.1.3. İhtikar/ Karaborsa

İnsanoğlu mala muhtaç ve meyyal yaratılmıştır ve insanın fıtratında mal biriktirme tutkusu hep var olmuştur. Fıtrat dini olan İslam, insanın bu duygusunu bir noktaya kadar meşru kabul edip insanın başkasına muhtaç olmayacak kadar ve hem kendisine hem de bakmakla yükümlü olduğu ailesine yetecek kadar mal biriktirmesini teşvik etmiştir. Yani esasen İslam hukukunun servete ve mal biriktirmeye karşı olumsuz bir tavrı yoktur. Hatta en başta hayatın idamesi, yeryüzünün imarı ve birçok hayırlı faaliyetin icrası belirli bir maddi güç gerektirdiğinden bu amaçlar için kazanç peşinde koşmak elzemdir. Diğer taraftan zekat, hac ve sadaka gibi mali ibadetlerin birikmiş bir servete sahip olan kimseler için olduğu ve bu ibadetlerin toplumsal refaha ve barışa katkıları düşünülünce belli bir zenginliğe ulaşmanın dinen yadırganmak şöyle dursun elde edilmesi gereken bir hedef olduğu da söylenebilir.

Servet biriktirme ve mal depolama hususunda İslam hukuku servetle ilgili yapılması zorunlu olan şeylerin yapılıp yapılmadığına ve niyete yani malın hangi amaç

⁹⁷⁹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 358.

için biriktirildiğine bakmaktadır. Bu konu ile ilgili hükmünü verirken de bu ilkeler doğrultusunda vermektedir.⁹⁸⁰

Bu noktada Kur'an'da iki farklı yaklaşım vardır. Birincisinde ürünlerin bol olduğu bir zamanda ileride olabilecek bir kıtlık anında ihtiyaçları karşılamak amacı ile ve o anda da toplumu sıkıntıya düşürmeden yapılacak olan depolama işlemidir ki bu Hz. Yusuf kıssası anlatılırken övgüyle bahsedilen bir konudur. Buna göre Hz. Yusuf bir rüyadan hareketle çok iyi ve bol mahsulün alındığı yıllarda ihtiyaç fazlası ürünleri arkadan gelecek kurak yıllar için depolamış ve almış olduğu bu tedbir ile halkın sıkıntıya düşmesini önlemiştir. Bu başarılı iktisat yönetiminden dolayı da o günkü devlet başkanı tarafından devletin hazinesinden sorumlu üst düzey yönetici yapılmıştır.⁹⁸¹ Kur'an'ın bu hadiseden övgü ile bahsetmesi haddi zatında mal biriktirmenin bizatihi kendisinin kötü bir şey olmadığını bize göstermektedir.

Hz. Yusuf'un tatbik edip Kur'an'ın tasvip ettiği bu uygulamanın; ürünlerin aşırı düşük fiyata satılarak üreticinin zarar görmesini önlemesi, tüketicilerin ileriki ihtiyaçlarının teminat altına alınması, ileride doğacak pahalılığın ve halkın büyük bir sıkıntıya düşmesinin önlenmesi ve ürünlerin bolluğu sebebi ile ölçüsüzce harcanması yani israf edilmesinin önlenmesi gibi faydaları vardır.⁹⁸² Yani ihtikar/karaborsacılık manasında olmayıp da bu saydığımız ve benzeri faydaları için mal biriktirmenin zararlı olması bir yana faydalı olduğu ve takdirle karşılanacak bir durum olduğu aşıkardır. Zira burada mal biriktirmenin toplumun maslahatı için olduğu ve devletin, üreticilerin ürettiği malın ölçüsüzce harcanarak zayi olmasını önlemeye yönelik kontrol amaçlı aldığı bir tedbir olduğu görülmektedir.

Kur'an'ın ikici yaklaşımı ise bu birincisinin tam tersi manada olup servet biriktirenleri elem veren bir azap ile ihtar ettiği durumdur. Bu ikinci yaklaşımda mal biriktirenlerin topluma karşı o malla ilgili vazifelerini yerine getirmedikleri için azapla tehdit edildiklerini görmekteyiz.⁹⁸³ Kur'an'ın olayları anlatırken kullandığı usul gereği böyle bir tehdidin konusu olan eylemin İslam hukuku nezdindeki yeri ya haramdır ya da harama yakın mekruhtur.

⁹⁸⁰ Yeniçeri, 284-315; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 359.

⁹⁸¹ Yusuf 12/ 47-49, 55.

⁹⁸² Yeniçeri, 285-286.

⁹⁸³ Tevbe 9/ 34.

Kur'an'daki bu her iki yaklaşımı bir bütün olarak değerlendirdiğimizde servet biriktirme ve mal depolama hususunda İslam hukukunun, servetle ilgili yapılması zorunlu olan şeylerin yapılıp yapılmadığına ve niyete yani malın hangi amaç için biriktirildiğine bakmaktadır. Eğer bu uygulama toplumu o anda sıkıntıya sokmadan daha verimli bir iktisadi yönetim için yapılmışsa bu takdir edilecek bir durumdur. Fakat bu uygulamanın böyle bir gayesi olmayıp sırf daha fazla kar elde etmek amacı ile yapılmış ve toplum da bundan zarar görmüşse o takdir bu tenkit edilecek bir durum olur.

Hadislerde ise o günkü ticari hayatta belki de en yaygın bir şekilde karşılaşılan, toplumu ciddi anlamda sıkıntıya sokan ve insanların ihtiyaçlarını sömürerek az emekle kolay kazanç sağlama arzusuna dayanan ihtikar/ karaborsacılık yerilerek anlatılmaktadır. Bu tür hadislerde karaborsacı; günahkâr, sapkın, Allah'ın hükmüne isyan eden, Allah'ın zimmetinden uzak -ki bu ifade genelde Kur'an'da müşrikler için kullanılır-, melun, cüzzam ve iflâsa müstahak, katil ve cehennemlik, elîm bir azaba duçar, mülhid, soygunculukla elde ettiği bu kazancını sadaka olarak bile verse kabul edilmeyen kimse, fiyatlar yükselince zevklenen, düşünce üzülen kötü bir kul şeklinde tanıtilerak ağır bir dille kınanır.⁹⁸⁴

İhtikara konu olan mallar hususunda insan ve hayvanların yiyeceği temel gıda maddelerinin stoklanmasının haram olduğunda ittifak eden hukukçular bunun dışındaki eşyanın stoklanması noktasında ihtilaf etmişlerdir.⁹⁸⁵ İslam hukukçularının büyük çoğunluğu “Kim Müslümanlara karşı yiyecek maddesini stoklarsa Allah onu cüzzam ve iflasla cezalandırır.”⁹⁸⁶ hadisinden hareketle ihtikarı sadece insan ve hayvan gıdaları ile sınırlamışlardır. Hanefi, Şafii ve Hanbeli hukukçular bu grupta yer alırken Maliki hukukçular ile Hanefilerden İmam Ebu Yusuf karaborsacılığın gerekçesi olan toplumun zarar görmesini merkeze alarak stoklanacak şeyin türüne bakmaksızın insanların ihtiyaç duyduğu ve piyasaya sürülmediğinde toplumun zarar göreceği her şeyi ihtikar kapsamına almışlardır.⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ Müslim, *Müsâkât*, 26; İbn Mace, *Ticârât*, 6; Tirmizî, *Büyu*, 40; Abdulazim b. Abdulkavi el-Münziri, *et-Tergib ve't-Tertib*, II, 590-591, I-IV, 3. Baskı, Daru İhya-ı't-Türasi'l-Arabi, 1968; Kamil Miras, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecridi Sarih Tercümesi*, IV, 449-450, I-XIII, DİB Yayınları, Ankara 1984; Yeniçeri, 285.

⁹⁸⁵ Yeniçeri, 286-287.

⁹⁸⁶ İbn Mace, *Ticârât*, 6.

⁹⁸⁷ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 361.

Kapsamı geniş tutan ikinci görüş sahipleri Hadislerde ihtikarı yasaklanan gıda Maddelerinin, yasak kapsamını belirleme amacı ile değil insanların gıda Maddelerine olan ihtiyacının diğer Maddelere göre daha fazla olmasından kaynaklandığını söylemektedirler. İhtikarın yasağının gerekçe ve amacı dikkate alındığında toplumun zarar gördüğü her türlü eşyanın stoklanması bu kapsama alındığı aşikardır. İhtikarı gıda Maddeleri ile sınırlayanlardan İmam Muhammed, hükümler galip unsur ve genel duruma göre verilir diyerek ihtikarın zarara yol açması da ancak gıda Maddelerinde olur demektedir.⁹⁸⁸ Böylece aslında birinci görüş sahiplerinin de ihtikarın yasak olmasında zararı merkeze alarak karar verdiklerini görmekteyiz.

Tarihte de en fazla gıda maddeleri üzerinde karaborsacılık yapıldığı anlaşılmaktadır. Çünkü gıda maddeleri insanlar için birinci derecede ihtiyaç mallarıdır. Darlık zamanında insanlar sahip oldukları mallarını çok sıkı bir şekilde ellerinde tutarlar ve satıcılar da ileride çok daha fazla kar elde etmek için ellerindeki malları satmazlar.⁹⁸⁹

İşte İslam hukukçularının ihtikara konu olan malların çeşitleri, hukukî niteliği ve sonuçları hakkında bu şekilde görüş ayrılığına sahip olmaları ihtikârın fıkıh terminolojisindeki tanımında da bazı farklılıklara yol açmıştır. Meselâ Hanefîlerden Kâsânî ihtikârı, "Gıda maddesinin şehirden veya küçük yerleşim merkezlerinin yakın çevresinden satın alınıp bekletilmesi ve böylece bölge halkına zarar verilmesi"⁹⁹⁰ şeklinde tarif etmektedir. Mevsilî, ise "Temel yiyecek maddelerinin şehrin piyasasından veya onu besleyen bölgelerden satın alınıp pahalılaştıncaya kadar stoklanması" olarak tarif etmekte ve ayırıcı bir vasıf olarak kamu zararının esas alınacağını vurgulamaktadır.⁹⁹¹ Şafîî kaynaklarında ihtikâr, "Dayanıklı temel yiyecek maddelerinin vb.nin piyasanın yükselmeye başladığı bir sırada satın alınıp fiyatlar iyice arttığında satmak için istiflenmesi" şeklinde tarif edilir. Malikîlerden Bâcî ticaret metninin,⁹⁹² Hanbelîlerden Behûtî azığının,⁹⁹³ İbn Teymiyye ise kamunun ihtiyaç duyduğu temel

⁹⁸⁸ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 361.

⁹⁸⁹ Yeniçeri, 263-264, 287.

⁹⁹⁰ Kâsânî, V, 129.

⁹⁹¹ Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mevsilî, *el- İhtiyar li Ta' lili' l Muhtar*, IV, 160-162, I-V, Matbaatü'l Halebi, Kahire 1937.

⁹⁹² Ebu'l Velid Süleyman b. Halef Baci, *el-Münteka Şerhu'l Muvatta*, V, 15-16, I-VII, Matbaatu's Saadet, Mısır 1332/h.

⁹⁹³ Behuti, III, 187-188.

yiyecek maddelerinin pahalılaşması maksadıyla satın alınarak istiflenmesi şeklinde tanımlamaktadırlar.⁹⁹⁴

Diyanet İslam Ansiklopedisindeki ihtikar maddesini yazan Cengiz Kallek bu tanımları verdikten sonra şu değerlendirmeyi yapar ve ihtikarı daha kapsamlı bir şekilde tanımlar; bu tanımlar arasında görülen kısmî farklılıklar ihtikârın unsur ve şartları ile bunların tanıma dahil edilip edilmemesi konusunda fakihlerin farklı görüşlerde olmasından kaynaklanır. Bu farklılığa yol açan ana hususlar ise malın cinsi, satın alma, niyet, istifçilik, toplumsal ihtiyaç, mal darlığı, kamu zararı, müddet ve mekândır. Fakihlerin ve fıkıh mezheplerinin kısmî farklılıklar içeren yaklaşımları göz önüne alınarak ihtikâra, "darlığı kamuya zarar verecek tüketim mallarının kıtlık yaratmak amacı ya da fiyat artışı beklentisiyle piyasadan çekilmesi" şeklinde kapsamlı bir tanım getirilebilir.⁹⁹⁵

Toplumu ciddi anlamda sıkıntıya sokan ve insanların ihtiyaçlarını sömürerek az emekle kolay kazanç sağlama arzusuna dayanan ihtikar/ karaborsacılık, özellikle zorunlu tüketim maddeleri söz konusu olduğunda ihtiyaç sahiplerinin ve tüm toplumun zarar görmesine sebebiyet verdiği için dinin naslarında yasaklanmış bu nasları dikkate alarak hüküm veren İslam hukukçuları ise ihtikarın haram ve/ veya mekruh olduğuna karar vermişlerdir.⁹⁹⁶

İhtikarın hükmünün haram veya mekruh oluşuna dair İslam hukukçularının farklı kanaatlere sahip olmaları; kısmen ihtikarın tanımından, kısmen de sıhhat ve mahiyeti hakkında ittîfâk edilemeyen nasların zahiri ile şari'in maksadı arasındaki tercihten kaynaklanmaktadır.⁹⁹⁷

İşte ihtikarın gerçekleştiği malların neler olduğu ve ihtikarın hukuki hükmü hakkındaki bu farklı görüşler neticesinde ihtikar yapan kimseye tatbik edilecek müeyyidenin ne olduğu konusunda da farklı sonuçlara varılmıştır.⁹⁹⁸

Hanefi mezhebi hukukçularından Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ihtikar sadece insan ve hayvan gıdalarında olmaktadır. Bunların dışındaki malların

⁹⁹⁴ İbn Teymiyye, *el- Hisbe*, 21-26, 39-40; Cengiz Kallek, *İhtikar*, *DİA*, XXI, 560.

⁹⁹⁵ Kallek, *İhtikar*, *DİA*, XXI, 560.

⁹⁹⁶ Yeniçeri, 286.

⁹⁹⁷ Kallek, *İhtikar*, *DİA*, XXI, 561.

⁹⁹⁸ Özdirek, 72.

biriktirilmesi yasak olan ihtikar kapsamında değildir. Ebu Yusuf'a göre ise biriktirilmesi insanlara zarar veren her şey yasak olan ihtikar kapsamındadır. İhtikarın alanını bu şekilde belirleyen bu hukukçular muhtekire uygulanacak müeyyide konusunda da farklı kanaatlere sahiptirler. Ebu Hanife, muhtekirin mallarının hakim kararı ile satılmasını akit hürriyetine aykırı olması sebebi ile caiz görmemektedir. O, muhtekirin tazir cezası ile cezalandırılabilceğini söylemektedir. Mezhebin diğer iki hukukçusu ise piyasa istikrarını ve toplumun maslahatını düşünerek muhtekirin akit hürriyetinin kısıtlanabilceğini ve mallarının hakim kararı ile piyasa değeri üzerinden satılabilceğini kabul etmektedirler.⁹⁹⁹ Hanefi hukukçulardan İbn Nüceym, umumi zararı bertaraf etmek için hususi zarara katlanılır kaidesinden hareketle ihtiyaç anında muhtekirin mallarının zorla da olsa satılabilceğini söylemek suretiyle muhtekirin akit hürriyetinin kısıtlanabilceğini kabul etmektedir.¹⁰⁰⁰ Kasani ise halkın zarar görmesi durumunda devlet başkanının muhtekirin mallarını halka dağıtabilceğini sonra halk imkan bulursa bu malları muhtekire iade edeceğini söylemektedir.¹⁰⁰¹ Öyle anlaşıyor ki Kasani ve aynı görüşü benimseyen hukukçular bu görüşlerini zorda ve çaresiz kalan kimse için haram olan şeyleri yemeyi helal kılan ayetlere ve zaruret durumunda başkasının malından istifade edenlerin daha sonra o malları tazmîn etmesi gerektiği kaidesine dayandırıyorlar.¹⁰⁰²

Mezhebin kurucusu İmam Ebu Hanife her ne kadar insan hürriyeti ile bağdaştıramadığı için muhtekirin malları üzerindeki tasarrufunun kısıtlanamayacağını söylese de mezhebin diğer hukukçularının hakim görüşü muhtekirin bu davranışı halka zarar verdiği için onun akit hürriyetini kısıtlamış olsa bile umumi zararı gidermek adına bu hususi zarara itibar edilmeyeceği yönündedir.¹⁰⁰³

Şafii mezhebinin ana görüşü de toplumu zora sokacağı için ihtikar yasaktır. Bunlara göre ihtikar, darlık zamanında insanların ihtiyaç duyduğu temel gıda maddelerini daha pahalıya satmak amacı ile stoklamaktır. Buna göre bir kimse piyasanın normal seyrinde olduğu zamanlarda böyle bir biriktirme işi yaparsa bu toplumu zarara sokmayacağı için yasak olan ihtikar kapsamında değerlendirilmez.

⁹⁹⁹ Kâsânî, V, 129; Yeniçeri, 312.

¹⁰⁰⁰ İbn Nüceym, el-Eşbah ve'n-Nezair, 109.

¹⁰⁰¹ Kâsânî, V, 129.

¹⁰⁰² Özdirek, 75.

¹⁰⁰³ Yeniçeri, 313.

Ayrıca kişinin kendisi ve ailesi için lâzım olan gıda maddelerini biriktirmesi de yasak olan ihtikar kapsamında değildir. Muhtekire uygulanacak müeyyide hususunda mezhep hukukçularının farklı görüşleri olmakla birlikte İmam Şafii'ye göre mallarına narh uygulanmaz sadece tazir cezası verilir.¹⁰⁰⁴

Şafii mezhebinin temel eserlerinden olan Minhac'ın şarihlerinden olan Remli ise mezhebin bu görüşünü naklettikten sonra halkın zorda kalması durumunda temel gıda maddesi olmamakla birlikte meyvelerin hatta gıda maddesi olmayan şeylerin dahi yasak olan ihtikar kapsamında olacağını ve böyle bir durumda muhtekirin mallarının zorla dahi olsa satılabileceğini söylemektedir. Böylece normal piyasa düzeninin korunması ve insanların maslahatının sağlanması amaç edinilmiştir.¹⁰⁰⁵ Anlaşılan Remli'nin mezhebin yaygın görüşünden ayrılmasının temelinde zaruret durumunda uygulanan kural vardır.¹⁰⁰⁶ Yani zaruret halinde geçici de olsa haramlar helal kılınır genel ilkesi gereği normalde kabul edilmeyen akit hürriyetinin ihlal edilmesi hali insanların çoğunluğunun zorda olması sebebi ile geçici de olsa dikkate alınmamaktadır.

Hanbeli hukukçuları da ihtikarın yasak olduğunu ve bunun sadece temel gıda maddelerinde cereyan ettiğini söylemektedirler. Muhtekire uygulanacak müeyyide hususunda ise mezhebin ana görüşü tazir cezası verileceği, eğer muhtekir bu cezaya rağmen bu eyleminden vazgeçmezse hakim onun mallarını ihtiyaç sahiplerine dağıtır bunlar da daha sonra bu malların kıymetini tazmîn kurallarına göre öderler. Yani buna göre muhtekire zorla malları sattırılmaz ve narh uygulanmaz.¹⁰⁰⁷

Hanbelilerin genel görüşü böyle olmakla birlikte yine Hanbeli hukukçularından olup mezhep içerisinde farklı kanaatleri olan İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyım bu konuda da farklı içtihatla bulunarak insanların zarar görmesini dikkate alarak muhtekirin mallarının piyasa değeri üzerinden satılabileceğini söylemektedirler.¹⁰⁰⁸ Yani bu hukukçulara göre toplumun maslahatı daha önemli olduğu için ihtikar yapan kimselerin rızaları olmasa dahi ellerindeki malların satılarak toplumun rahatlatılması

¹⁰⁰⁴ Şemsüddin Muhammed b. Ahmed Şirbini, *Muğni'l Muhtac ila Ma'rifeti Elfazı'l Minhac*, II, 392, I-VI, Daru'l Kutübü'l İlmiyye 1994; Yeniçeri, 313.

¹⁰⁰⁵ Şemsüddin Muhammed b. Ebul Abbas Ahmed b. Hamza Remli, *Nihayetü'l Muhtac ila Şerhi'l Minhac*, III, 473, I-VIII, Daru'l Fikir, Beyrut 1984.

¹⁰⁰⁶ Özdirek, 75.

¹⁰⁰⁷ Behuti, III, 187-188.

¹⁰⁰⁸ İbn Teymiyye, *el- Hisbe*, 21; Muhammed b. Ebu Bekir Şemsüddin el Cevziyye İbn Kayyım, *Turuku'l Hukmiyye fi's Siyasti's Şer'iyye*, 220-222, Mektebü Daru'l Beyan, yy, ty.

gerekir. Bunlara göre bu durumda muhtekirin akit hürriyetinin kısıtlanmasının bir önemi yoktur.¹⁰⁰⁹

İhtikar konusunda mezhep imamaları içerisinde alanı en geniş tutan İmam Malik olmuştur. Ona göre piyasadan çekilmesi insanlara zarar veren her türlü mal ihtikarın konusudur. Bolluk zamanında yapılan ihtikar insanları zora sokmadığı için bu yasak kapsamında değildir. Fakat kıtlık zamanında mal biriktirmek insanlara zarar vereceği için bu yasaktır ve muhtekir kar etmeden satmak mecbûrîyetindedir.¹⁰¹⁰

Anlaşılan Maliki hukukçuların ihtikarın yasak olmasında esas aldıkları şey piyasanın normal şartlarda işlemesi yani ekonomik istikrarın sağlanması ve böylece toplumsal huzurun ve refahın temin edilmesidir.

Hukukçuların farklı farklı görüşlerinin neticesinden anladığımız şudur ki; ihtikar yasağına rağmen bu yasağı uymayıp stokçuluğa devam eden muhtekirin malları –o istemese bile- toplumun maslahatı için piyasa değerinden ihtiyaç sahiplerine satılır. Burada kişinin akit hürriyeti bağlamında in’ikad yani istediği gibi akit yapma hürriyeti sınırlandırılmış olmaktadır. Çünkü rızası olmaksızın bir akdi yapmak ve kabullenmek mecbûrîyetine kalmaktadır.¹⁰¹¹

İslam hukukçularının ihtikar yasağı ile birlikte ele aldıkları bir diğer husus da devletin fiyatlara müdahale etmesi yani fiyat kontrolü meselesidir. Çünkü ihtikar, malın piyasa değerinin üstünde satışa arz edilmesi amacı ile yapılan bir eylemdir. Bu fiyat artışından toplum zarar gördüğü için devletin fiyatlara müdahalesi gündeme gelmektedir. Yani ihtikar ile yine akit hürriyetini kısıtlayan diğer bir örnek olan devletin fiyatlara müdahalesi/ narh arasında sıkı bir ilişki var. Bu sebeple biz de ihtikar konusunu işledikten sonra narh konusunu ele alacağız.

3.1.4. Narh/ Fiyatlara Devletin Müdahalesi

Fıkıh literatüründe devletin fiyatlara müdahalesi, Arapça olarak tedahhül, taarruz ve tes‘ır kelimeleri ile ifade edilmekte iken Türkçe eserlerde daha çok Farsçadan geçen narh kelimesi ile ifade edilmektedir. İslam hukukçularının narhı tarif etmeden ziyade

¹⁰⁰⁹ Özdirek, 77.

¹⁰¹⁰ Baci, V, 15-16.

¹⁰¹¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 363.

narhın konusu ve kapsamı üzerinde yoğunlaştıkları görülmektedir. Bununla birlikte hukukçuların yaptıkları bazı tanım ve açıklamalardan anlaşıldığına göre narh; mal ve hizmetlerin karşılığının/ fiyatının devlet tarafında belirlenmesidir. Bu uygulamanın temel amacı ise piyasada denge ve istikrarı sağlayarak tüketicileri ve nihai noktada tüm toplumu ekonomik dalgalanmalardan ve istikrarsızlıktan korumaktır.¹⁰¹²

Fiyatlara müdahale iktisadi hayata müdahalenin özünü oluşturur. İktisadi hayatta ucuzluk, pahalılık, bolluk ve darlık tamamıyla insanların kendi ellerinde değildir. Çünkü tüm insanlığın piyasaya mal arz etmesi istediğimiz miktar ve ölçüde olamayacağı gibi yine tüm insanların istek arzu ve taleplerine de hükmedemeyiz. Yani arz ve talep arasında şaşmaz ve değişmez bir denge kurmak mümkün değildir.¹⁰¹³

Fakat bu iktisadi gerçekliğe rağmen arz ve talep arasında denge kurmak maksadı ile devletlerin ekonomik faaliyetlere müdahalesi tarih boyunca hep olagelmıştır. Zira insanlar, tabiat itibari ile sürekli daha fazla kazanmayı isterler ve aslında üretimde bulunup mal ve hizmetlerin topluma arz edilmesi ile güdülen gaye de işte bu daha fazla kazanma arzusudur. İşte bu her halükarda daha fazla kazanma ve kar oranını olabildiğince yükseltme arzusu insanları değişik yol ve yöntemlere sevk etmiş ve bu davranışlar toplumun zararına olabilecek bazı uygulamalara sebep olmuştur. Bu sonuç ise devletlerin toplumun menfaatlerini korumak maksadı ile bazı düzenlemeler ve müdahaleler yapmasını zorunlu hale getirmiştir.

Tabii devletin bu şekilde ekonomik faaliyetlere müdahalesine toplumun maslahatının öncelikli olduğunu söyleyerek olumlu bakan hukukçular olduğu gibi bu müdahalenin ferdin iktisadi hak ve hürriyetini serbestçe kullanmasına engel olduğunu söyleyerek olumsuz bakan hukukçular da vardır.

Fiyatlara devletin müdahalesini caiz görmeyen hukukçular, akitlerde karşılıklı rızanın şart olduğunu ve hiç kimsenin razı olmayacağı bir akde zorlanamayacağını ileri sürerek satıcının devletin belirlediği fiyat üzerinden satışa mecbur bırakılmasının da bu akit hürriyetini ihlal etme anlamı taşıdığını söylemektedirler.¹⁰¹⁴

Hatta bu görüşü benimseyenlerden biri olan Şevkani, mal sahibini razı olmayacağı bir fiyattan satışa mecbur etmek akitlerin mutlak surette karşılıklı rızaya dayanmasını

¹⁰¹² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 363.

¹⁰¹³ Yeniçeri, 316.

¹⁰¹⁴ Yeniçeri, 322.

isteyen ayetle ¹⁰¹⁵ bağdaşmamaktadır ve cumhurun görüşü de bu yöndedir demektedir.¹⁰¹⁶

Devletin fiyatlara müdahalesi doğrudan olabileceği gibi dolaylı yoldan da olabilmektedir. Doğrudan müdahale olan narhı caiz görmeyen hukukçular akitlerde rızayı esas alan ayetle birlikte Peygamberimizin kendisine bu hususta müracaat edildiğinde; “Fiyatları belirleyen, bolluk ve darlık veren ve rızıklandıran Allah’tır. Ben hiç kimsenin mal ve canına yapmış olduğum bir haksızlık sebebi ile hakkını benden ister olduğu halde Rabbime kavuşmak istemem.”¹⁰¹⁷ açıklamasını delil göstermişlerdir.

Fakat devletin fiyatlara müdahalesini caiz hatta gerektiğinde vâcib gören İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyım bu hadisin vürud sebebini göz önünde bulundurarak bunun mutlak olmadığını o günkü ekonomik şartlar gereği müdahalenin doğru olmadığını yani normal seyrinde giden piyasalara dışarıdan müdahale anlamı olacağından Peygamberimiz bu müdahaleyi doğru bulmamıştır derler. Bu hukukçular narhı, zulüm olup caiz olmayan ve adalet gereği caiz olan diye ikiye ayırmaktadırlar. Buna göre narh satıcılara zulüm ve haksızlık getirmişse onları razı olmayacakları bir fiyattan satışa zorluyorsa veya Allah’ın helal kıldığı bir karı onlara yasaklıyorsa bu caiz değildir haramdır. İşte Peygamberimizin uygulamadığı narh bu şekilde zulüm olandır. Fakat emsal fiyattan daha fazla almalarını yasaklıyorsa ve kendilerine vâcib olan yani uymaları gereken emsal fiyattan satış yapmalarını mecbur ediyorsa bu, insanlar arasında adaleti gerçekleştirdiğinden caizdir ve hatta vâcibtir.¹⁰¹⁸

Yine başka hukukçular da ayet ve hadislere dayanarak ortaya konulan kaidelere dayanarak narh aleyhinde görülen delilleri sınırlandırmışlardır. Yani gerektiğinde devletin fiyatlara müdahalesini caiz görmüşlerdir. Hukukun temel prensiplerini veciz bir şekilde ifade eden bu kaidelerden bir tanesi zarar-ı ammı def için zarar-ı has ihtiyar olunur ilkesidir. Bu ilke gereği toplumun tümüne dokunan bir zararı bertaraf etmek için mesela spekülâtif etkenlerle fiyatların aşırı yükseltilmesinden toplumun etkilenmesi gibi durumlarda özel kişilerin yani burada mal satıcılarının zararına bakılmaz ve fiyatlara sınırlama getirilir. İbn Nüceym, gıda satıcılarının gabn-i fahişle/ aşırı karla mal

¹⁰¹⁵ Nisa 4/29.

¹⁰¹⁶ Muhammed b. Ali Şevkani, *Neylû 'l- evtar*, V, 221, I-VIII, Daru'l Hadis, Mısır 1993.

¹⁰¹⁷ Tirmizî, Buyu, 73.

¹⁰¹⁸ İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, 22; İbn Kayyım, *Turuku'l Hukmiyye*, 206.

satmaları durumunda narh koymanın bu kaideye dayandığını söyler.¹⁰¹⁹ Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi de narh koymanın caiz olduğunu söylerken aynı kaideye dayanmıştır.¹⁰²⁰ Narhı caiz gören İslam hukukçularına göre fiyatların devlet tarafından kontrol altına alınmasında ki temel ölçü toplumun maslahatıdır. Toplumun yararı ancak narh ile sağlanabiliyorsa devletin hem üretici ve satıcıyı hem de tüketiciyi düşünerek adil bir fiyat belirlemesi adalete en uygun olanıdır.

Diğer bir anlatımla narh, toplumun bu maslahatını gerçekleştirmek amacıyla müracaat edilen bir vasıta ve vesiledir. Vesileler ise gayelerinin hükmünü aldığı kabul edilen bir gerçektir. Yani vacibe vesile olan şey vâcib, harama vesile olan şey ise haramdır. Devletin fiyatlara müdahale etmesi ile güttüğü gaye, toplumun maslahatını sağlayarak adaleti gerçekleştirmek olduğu için gerektiğinde bu müdahale caiz ve/ veya vâcib olur.¹⁰²¹

Devletin fiyatlara müdahale ederek sınırlama getirmesi aslında akit hürriyetine getirilen bir sınırlamadır. İslam hukuku akit hürriyetini benimsemekle birlikte kamu yararına olmak üzere ve iktisadi piyasalarda denge ve istikrarı temin etmek amacıyla bu hürriyetin sınırlandırılmasını da kabul etmektedir. Konumuz olan narh uygulaması haddi zatında böyle bir maslahat gözetilerek kabul edilen bir sınırlamadır.

Akit hürriyetini kabul etmekle birlikte yapılan eylemlerin hem ferdin hem de toplumun yararına olması gerektiğini benimseyen İslam hukuku, her türlü muamelede adaletli ve ölçülü olmayı istemekte ve taraflardan birinin zarara girmesi sonucunu doğuran muamelelerden sakınılması gerektiğini her fırsatta dile getirmektedir.

3.1.5. İltihaki Akitler ve Kamuya Mal ve Hizmet Sunma

Akit hürriyetinin sınırlandırıldığı düşünülen alanlardan birisi de iltihaki/intisabi akit denilen taraflardan birinin – ki burada tüketici konumunda olan taraftır.–elektrik, su, doğalgaz, ulaşım ve iletişim gibi önemli bir ihtiyacını karşılayabilmek için devlet teşekkülü veya tekel durumunda olan diğer taraftan ürün veya hizmet alması durumudur.

¹⁰¹⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 109.

¹⁰²⁰ Ali Haydar Efendizade, I, 84, mad, 26.

¹⁰²¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 370-371.

Yine benzer bir durum ise kamuya elektrik, su, doğalgaz, ulaşım ve iletişim gibi önemli mal veya hizmet sunan kurum ve kuruluşla birlikte halkın farklı ihtiyaçlarını karşılayan fırın, eczane, banka, otel, mağaza ve lokanta gibi özel veya tüzel teşekküller açısından söz konusudur. Daha doğrusu aynı meselenin iki yönden ele alınmasıdır. Birincisi, önemli ihtiyaçlarını karşılamak mecburiyetinde olduğu için zayıf olan tüketici taraf açısından bakıldığında iltihaki/intisabi akit denilerek mesele ele alınmıştır. İkincisi ise insanlar için lâzım olan o mal veya hizmeti sunan kurum ve kuruluşlar açısından bakıldığında ise bu kurum ve kuruluşların halka o mal veya hizmeti arz etmeleri ile kendilerini bağlamış bulunmaları meselesidir.

Aslında akitlerde taraflar irade beyanlarında tam bir hürriyete sahiptirler. Karşılıklı pazarlık yapıp anlaşarak her iki tarafın da razı olacağı bir fiyat- mal/hizmet dengesini kurarak akit yapıp yapmamakta tam bir irade/akit hürriyetine sahiptirler. Ancak bazı akitler vardır ki taraflardan biri akdin şart ve sınırlarını belirler diğer taraf buna boyun eğmek zorunda kalır. Yani zorunlu olarak o akdi olduğu gibi kabul etmek durumundadır. Çünkü akdin mevzuu o boyun eğen taraf açısından hayati öneme sahip bir şeydir ve karşı taraf ta baskın veya tekel durumundadır. Bu tip durumlarda kurulan akit görünüşte her iki tarafın irade beyanları yani hür iradeleri ile kurulmuş olsa da aslında taraflardan biri buna mecbur kaldığı için boyun eğmiştir yani karşı tarafın istediği şartlara intisap ve iltihak etmiştir.

İnsanların gündelik hayatlarını normal bir şekilde sürdürebilmek için artık hayatın bir parçası haline gelen ve ya devlet eliyle ya da tekel durumunda olan büyük şirketler vasıtası ile ulaşılan elektrik, su, doğalgaz, ulaşım ve iletişim araçları/hizmetleri, sağlık hizmetleri, sigorta hizmetleri, banka hizmetleri gibi iş ve işlemler hep iltihaki/intisabi akitler cümlesindendir. Zira bu kurum ve kuruluşların arz ettiği maldan veya hizmetlerden yararlanmak isteyen şahıs, karşı tarafın belirlemiş olduğu şartlarla o akdi yapmaktadır. Çünkü icapçı konumunda olan bu kurum ve kuruluşlar icaplarını kesin, devamlı, genel ve tartışmasız bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu akdi bu şekilde kabul etmek mecburiyetinde kalan tüketici olan tarafın başka alternatifi olmadığı için bu akde zorunlu olarak razı olduğu yani karşı tarafın şartlarına iltihak/intisap ettiği bir gerçektir.¹⁰²² Burada tüketici açısından akit hürriyeti kısmen vardır. Yani tüketici konumundaki şahıs isterse o mal veya hizmeti almayarak onun yokluğunun zorluğuna

¹⁰²² Özdirek, 44.

katlanır. Ama hür iradesini kullanmak suretiyle de kendini bir akit yapmaya mecbur kılmaz. Diğer taraftan ise tüketici konumunda olan şahıs hayati öneme sahip mal veya hizmetlere ulaşmak istediği için mecburen akit yapmakta ve karşı tarafın şartları ile bu akdi kabul etmek zorundadır. Yani bu açıdan bakıldığında da tüketici için akit hürriyeti yoktur veya kısıtlıdır.

İltihaki akitlerdeki bu zorunluluktan olsa gerek ki hukukçuların bazıları yapılan bu işlemleri akit olarak kabul etmeyip kanun gibi her iki tarafın tabi olacağı hukuki muamele olarak benimsemektedirler. Bu anlayışa göre böyle bir muamelenin yapılmasında akit hürriyetini ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Çünkü bu hukuki muamele akit değildir.¹⁰²³

Diğer bazı hukukçular ise bu işlemlerin iki tarafın iradesi ile kurulan birer akit olduğunu ifade etmektedirler. Taraflardan birinin diğeri karşısında zayıf olması iktisadi bir durum olup akit hukukunu ilgilendiren bir şey değildir. Yani hukuki değil iktisadi bir durumdur. Böyle bir durumda akit hürriyetini koruma adına bu işlemleri akit kabul etmeyerek hukuki emniyet ve istikrarı bozmak yerine, kuvvetli karşısında zayıfı koruyacak tedbirler almak suretiyle hem akit muhafaza edilmiş olunur hem de tarafların güç dengesi sağlanmak suretiyle akit hürriyeti temin edilmiş olunur. Bu anlayışta olan hukukçuların çare olarak öne sürdükleri zayıf tarafı destekleme işlemi ya iktisadi ya hukuki ya da her ikisi birden olacak çarelerdir. İktisadi olanı tüketicilerin kendi aralarında birlikler meydana getirerek karşı tarafı dengeleyecek güçler oluşturmaları, hukuki olanı ise devletin tüketicileri koruyacak mahiyette hukuki düzenlemeler getirmesi şeklinde olur.¹⁰²⁴

Yapılacak olan hukuki düzenlemelerle akit yapacak olan kuruluşlar ve akit yapma şartları belirlenir böylece güçlü olan taraf için bir keyfilik söz konusu olamaz. Akit yapma mecbûriyetinin olduğu hallerde dahi akit, söz konusu malı veya hizmeti talep eden kişinin hür iradesi ile olmaktadır.¹⁰²⁵

İltihaki veya intisabi denilen bu akitlerin genel özelliklerine bakıldığında insanların hayatlarını normal bir şekilde sürdürebilmek için ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri temin etmeleri gerekmektedir. Bu mal veya hizmetin devlet veya tekel

¹⁰²³ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, II, 75.

¹⁰²⁴ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, II, 76.

¹⁰²⁵ Özdirek, 46.

durumunda olup güçlü bir kurum/kuruluş tarafından sağlandığı, buna karşılık tüketici konumunda olan karşı tarafın ise zayıf kaldığı müşahede edilmektedir. Bu durum günümüze has bir hal olmayıp tarihin her safhasında var olan bir meseledir. Her dönemde hukukçular bu meselelerin halli için çareler üretmişlerdir.

Nitekim Hayrettin Karaman bu safahatı şu şekilde izah etmektedir. İntisabi akitler çevresinde meydana gelen tatbikat ve mevzuatın ana fikri bir yandan halkın zaruri ihtiyaçlarını en kolay ve iktisadi yoldan sağlamaları, öte yandan da bu ihtiyaca cevap veren kaynakları ellerinde tutan kamu ve özel kesimlerin zayıfları ezmesini ve onların hayatlarını zora sokmasını önlemektir.

İslam hukukunun doğduğu ve geliştiği ortam ve zamanlarda da halkın zaruri ihtiyaçları ve bunları karşılamak için kurulmuş olan bir düzen vardı. İslam hukukçuları bunları göz önüne alarak halkın ezilmesini, zaruri ihtiyaç maddelerinin fiyatlarının aşırı ve suni olarak artırılmasını ve ihtiyaçların istismar edilmesini önleyecek tedbirler almak suretiyle intisabi akit müessesesinin temelini atmışlardır. Bu tedbirler cümlesinden olmak üzere genel manada ihtikârı yasakladıkları gibi bunun iki şekli olan malı pazar dışında karşılayıp almak ve üretici ile tüketici arasındaki vasıtalar üzerinde özellikle durmuşlardır.¹⁰²⁶

Kamuya mal ve hizmet sunan otel, market, eczane ve fırın gibi kurum, kuruluş ve işletmeler açısından bakıldığında akit hürriyetinin olup olmadığı hususunda, hukukçuların bir kısmı bu kurum ve kuruluşlar akit yapmak mecbûrîyetindedir. Çünkü toplumda insanların ihtiyaç duyduğu bu mal ve hizmetler ancak bunlar eliyle gerçekleşmektedir derler. Tekel durumunda bu hukukçuların söyledikleri makul olmakla birlikte tekel durumunun olmadığı hallerde böyle bir mecbûrîyet hukukçuların çoğunluğu tarafından benimsenmemektedir.

Diğer bir kısım hukukçular ise bu kurum ve kuruluşların kamuya arz ettikleri mal veya hizmetin bir davet veicâbolduğudur. İcap kişinin hür iradesine dayanmaktadır. Bu takdirde icabın bağlayıcı olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Normalde bu işletmeciler her zaman bu işletmelerini kapatıp müşteri kabul etmeme hakları vardır. Fakat mal ve hizmetlerini halka arz ettikten sonra gelen müşteriye mal satmama veya

¹⁰²⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II,104.

hizmet sunmama hakları yoktur. Yani yaptıkları icâbonları bağlamıştır ve akit yapmak mecbûrîyetinde kalmışlardır.¹⁰²⁷

Bu işletmeler mal ve hizmetlerinin fiyatlarını belirlemek üzere önceden belirledikleri etiket/liste fiyatları icâbmıdır yoksa icaba davet midir? İcap olduğunu söyleyen hukukçulara göre müşteri bu malı alınca artık akit tamamlanmış olur satıcının bundan imtina etmesi düşünülemez. Tabii burada icâbile icaba davet kavramlarını da ayırt etmek gerekecektir. Bir akdin yapılması isteği ile ilgili her beyan icâbdeğildir. Akdi kurma hususunda son sözü teşkil etmeyen, bir başka deyişle karşı tarafın kabul beyanında bulunması halinde beri tarafın kendisini bununla bağlı saymayı istemediği teklifler icâbdeğil icaba davettir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre karşı tarafın kabulünden önce icapçının icabından dönme hakkı vardır. Ancak Malikilerin çoğunluğuna göre icâbtek başına bağlayıcıdır. Malikilere göre örfe karşı tarafa tanınması gerekli süre içerisinde icaptan dönme geçerli olmayıp, bu süre içerisinde icaptan dönülmüş olsa bile karşı tarafın kabulü ile akit tamam olur.¹⁰²⁸

İslam hukukunun ana karakteri maslahat çerçevesinde tüm tarafların haklarının korunmasıdır. Fertle toplumun menfaatleri çakıştığında ferdin hakkını tamamen ihlal etmeden belli bir adalet dengesi içerisinde toplumun menfaatleri daima ön planda tutulmuştur. Nitekim bundan önce zikrettiğimiz tekel ve ihtikâr durumlarında getirilen uygulamalar ile devletin gerektiğinde fiyatlara müdahale etmesi hep bu maslahat ve adaleti tesis etme prensibi gereğidir.

Burada hem iltihaki akitlerde, özellikle tüketici tarafın karşı tarafın şartlarını zorunlu olarak kabul ediyor olması yani akit hürriyetinin onun adına kısıtlanıyor olması, hem de kamuya mal ve hizmetini arz eden işletmelerin bu arzlarının birer icap olup icapları ile kendilerini bağlamaları yani kendi akit hürriyetlerini kısıtlamalarını görmüş olmaktadır. Tabii bu kısıtlamalar her iki tarafın da akit hürriyetlerinin olmadığı anlamına gelmediğini zaten az önce ifade ettik.

¹⁰²⁷ Özdirek, 48.

¹⁰²⁸ İbrahim Kafi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1(1), Ocak-Haziran 1996, 16.

3.1.6. Mütemerrit Borçlu ve Müflis

Sosyal hayatta insanlar her zaman kendi kendine yetemez, ihtiyaçlarını karşılamak ve sıkıntılarını gidermek için çoğu kez diğer insanlarla ilişki kurmak mecbûrîyetinde kalırlar. Böyle toplumsal bir hayatın tabii gereği olarak da insanlar ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak ve sıkıntılarını gidermek için bir birlerinden borç alırlar ve verirler.

İslam'ın genel anlayışı yani hayata bakışı gereği insanların ihtiyaçlarını karşılamak ve sıkıntılarını gidermek her zaman tavsiye edilen ve takdirle karşılanan bir durumdur. Bu genel yaklaşımın İslam hukukuna yansımaları da olmuştur. Bu manada İslam hukukunun ilk kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te insanların mali sıkıntılarını gidermek amacıyla borç vermek teşvik edilirken¹⁰²⁹ borçlu alacaklı münasebetleri bağlamında borçluya müsamahalı davranılması ve mühlet verilmesi hatta ödeme gücü hiç olmayan borçlu için bu borcun bağışlanması istenmiş¹⁰³⁰ ayrıca borçlu zekat verilebilecekler sınıfına da dahil edilmiştir.¹⁰³¹ Bütün bu prensipler ahlaki olduğu kadar aynı zamanda hukukidir de.¹⁰³²

İnsanlar insani erdem ve toplumsal vazife şuuru ile bir birleri ile borç alıp vermektedirler. Fakat her zaman işler önceden düşünüldüğü gibi cereyan etmemektedir. İnsanların başına türlü türlü musibetler gelebilmekte ve ekonomik olarak sıkıntıya düşüp iflas etmekte veya bazen art niyetli insanlar da çıkıp insanlardaki bu yardım etme duygularını su-i istimal etmektedirler. İşte bu gibi olumsuzluklara karşı hukuk her zaman tedbir almaktadır/ almalıdır.

Borçlunun borcunu ödememesi veya ödeyememesi durumlarında hukuki olarak yapılacak müeyyideler hususunda hukukçular farklı sonuçlara ulaşmışlardır.

Borçlunun borcunu ödeme imkânından mahrum olması ve bunun mahkeme soruşturması ile anlaşılması halinde alacaklıların yapabileceği her hangi bir şey yoktur. Yani alacağını talep edemez, borçluyu takip edemez, borcuna karşılık her hangi bir işinde çalıştıramaz ve hapis cezası isteyemez.¹⁰³³ Hukukçular bu kanaate varırken;

¹⁰²⁹ Bakara 2/245; Maide 5/12; Hadid 57/11; Teğabun 64/17; Müzzemmil 73/20.

¹⁰³⁰ Bakara 2/280; Müslim, Müsakat, 32.

¹⁰³¹ Tevbe 9/60.

¹⁰³² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 264.

¹⁰³³ Sâbûnî, I, 236.

“Eğer borçlu darlık içindeyse ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz borcu bağışlamanız sizin için daha hayırlıdır.”¹⁰³⁴ Ayetini ve “Her kim, Allah’ın kendisini kıyamet gününün dehşetinden kurtarması memnun ederse dardakine nefes aldırın veya alacağını ona bağışlasın.”¹⁰³⁵ Hadisini delil olarak almışlardır.

İslam hukukçularından Cassas, “Eğer borçlu darlık içindeyse ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz borcu bağışlamanız sizin için daha hayırlıdır.”¹⁰³⁶ ayetinden hareketle ödeme gücü olduğu halde borcunu ödemeyen kimsenin zalim olduğunu söyler.¹⁰³⁷

Ödeme gücü olmayan borçlunun hapis edilemeyeceğini söyleyenlerden Hattabi, Mealimü’s- Sünen adlı eserinde hapis cezası haksızlık yapan yani zalim kimselere verilen bir cezadır. Zira “Ödeme gücü bulunan bir kimsenin borcunu ödemeyip geciktirmesi zulümdür. Bu davranış onun kınanmasını ve cezalandırılmasını helal kılar.”¹⁰³⁸ hadisinin mefhum-ı muhalifinden ödeme gücü olmayan borçlunun zalim olmadığı anlaşılmaktadır dolayısıyla buna hapis cezası verilemez der.¹⁰³⁹ Ödeme imkanı olmayan borçlu için her hangi bir müeyyidenin olmayacağını dolayısıyla akit hürriyetini ihlal edecek her hangi bir uygulamanın da olmayacağını görmüş bulunmaktayız.¹⁰⁴⁰

Asıl konumuz olan mütemerrit borçlunun durumunun ne olduğudur. Borçlunun; ödeme gücü olup ve ifâya da hazır olduğu halde vakti gelen ve alacaklı tarafından talep edilen borcunu ödememesine temerrüt hali böyle yapan kimseye de mütemerrit denir.¹⁰⁴¹ Bu durum ayrıca mumatele kavramı ile de ifade edilir. Buna göre borçlu ödeme imkanı olduğu halde borcunu bugün yarın ödeyeceğim diyerek geciktirdiği için bu borçluya medyun-u mumatil denir.¹⁰⁴²

¹⁰³⁴ Bakara 2/280.

¹⁰³⁵ Müslim, Müsakat, 32.

¹⁰³⁶ Bakara 2/280.

¹⁰³⁷ Ebu Bekir Ahmed b. Ali Cassas, *Ahkamü’l- Kur’an, Muhakkik*, thk; Muhammed Sadık Kamhavi, II, 195, I-V, Daru İhyai’t-Türasi’l- Arabi, Beyrut 1405.

¹⁰³⁸ Buhari, İstikraz, 12,13; Ebu Davut, Buyu, 10.

¹⁰³⁹ Ebu Süleyman b. Hamed b. Muhammed Hattabi, *Mealimu’s-Sünen Şerh-ı Sünen-i Ebi Davut*, III, 65, I-IV, Matbaat-ü İlmiyye, Halep 1932.

¹⁰⁴⁰ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 265.

¹⁰⁴¹ Yaran, 63.

¹⁰⁴² Bilmen, IIV, 269.

Ödeme imkanı olduğu halde borcunu ödemeyen borçluyu, alacaklıların her türlü takip hakkı vardır. Nitekim İbn Abbas'ın rivayet ettiği "Alacaklıların, borçlu üzerinde borcunu ödeyinceye kadar hakimiyeti vardır."¹⁰⁴³, "Hak sahibinin sözlü ve fiili müdahale yetkisi vardır."¹⁰⁴⁴ hadislerini dikkate alan hukukçular bu kanaate varmışlardır.

Alacaklılar bu haklarını kullanarak mahkemeye müracaat ederek borçlunun hapis veya hacir cezası ile cezalandırılmasını talep ederler. Hapis cezası kişinin hürriyetini kısıtlayan bir durumdur fakat akit hürriyeti ile alakası yoktur. Hacir altına alınarak tasarruflarının kısıtlanması ve mallarının haciz yoluyla satılıp alacaklıların haklarının ödenmesi ise alacaklıların haklarının ödenmesine yol açan bir durum olmakla birlikte borçlunun akit hürriyetini kısıtlayan bir durumdur.

Zahirilerin dışındaki hukukçuların cumhuruna göre ödeme imkanı olduğu halde borcunu ödemeyen mütemerrit borçlunun, alacaklıların müracaatı üzerine hapis edilmesi ittîfâkla caizdir.¹⁰⁴⁵

Böyle bir borçlunun hacir edilmesini ise hukukçuların bir kısmı caiz görmemektedirler. Nitekim bunlara göre reşit bir kimsenin kişilik ve şahsiyet haklarını korumak alacaklıların mali haklarını korumaktan daha önemlidir. Diğer bir ifade ile hacir kararıyla borçlunun şahsiyet bakımından maruz kalacağı zarar, alacaklıların mali yönden uğrayacakları zarardan daha büyüktür. Mali bir hak ile şahsiyet hakkının karşılaştırılması bile doğru değildir.

Hakimin reşit kimseler üzerinde velayet hakkı yoktur. Hakim, alacaklıların müracaatı üzerine borçluyu borcunu ödemesi için zorlar, ödeme imkanı olduğu halde ödemeyi geciktirmesi ve iflas durumunda sadece hapis cezası verebilir. Akil, baliğ ve reşit kişinin borç sebebiyle hacir edilmesi ve malının haciz yoluyla satılması asla caiz değildir. Zira bu rızası olmadan bir kimsenin malını elinden almaktır ki bu, akitlerde rızayı şart kılan ayetle ¹⁰⁴⁶ çelişmektedir. Bu görüşte olan hukukçular; mezhep imamlarından İmam-ı Azam Ebu Hanife, tabiun alimlerinden İbrahim Nehai, Mücahit, Muhammed b Sirin, Zeyd b Ali, Hanefi hukukçulardan İmam Züfer ve zahiriyye

¹⁰⁴³ İbn Mace, Sadakat, 17.

¹⁰⁴⁴ Buhari, İstikraz, 13; Zeylei, Nasbu'r-Raye, IV, 166.

¹⁰⁴⁵ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 266.

¹⁰⁴⁶ Nisa 4/29.

hukukçularıdır. Bu hukukçulara göre bir kimse borcu sebebiyle hacr edilemez ve malları zorla satılamaz.¹⁰⁴⁷

Hanefilerden İmam Muhammed ve İmam Ebu Yusuf ve diğer mezhep imamaları ve hukukçularına göre borcunu ödeme imkanı varken ödemeyen veya iflas eden borçlunun, alacaklıların müracaatı üzerine hacr edilmesi caizdir.¹⁰⁴⁸ Nitekim Peygamberimiz, Muaz bin Cebel hakkında hacir uygulamış ve mallarını satarak alacaklıların haklarını ödemiştir.¹⁰⁴⁹ Hz. Ömer de Cüheyne kabilesinden Üseyfi' isimli bir sahabeye borcu sebebiyle hacir uygulamış ve sahabeden itiraz eden de olmamış.¹⁰⁵⁰

Haksız yere borcunu ödemekten imtina eden ve bu maksatla malının bir kısmını satmaya razı olmayan kişinin yani mütemerrit borçlunun borca denk gelen malları, borcunun ödenmesi için cebren satılır. Çünkü böyle bir durumda satıştan imtina etmek zulümdür ve zulmün ortadan kaldırılması gerekir.¹⁰⁵¹

Mütemerrit borçlu hakkında hacir kararı uygulanabilmesi için alacaklıların talep etmesi şarttır. Aksi halde hakim re'sen hacir kararı veremez. Hacir kararını caiz gören hukukçulara göre bu işlemin amacı alacaklıların mağduriyetini gidermektir. Çünkü borçlu, zararına veya hileli satışla veya hibe, ikrar gibi işlemlerle alacaklıları zarara uğratabilir.¹⁰⁵²

Borç sebebiyle bir şahıs hakkında mahkemenin verdiği hacir kararı külli de cüzi de olabilir. Yani borçlu bütün mallarında tasarruftan alıkonabileceği gibi belirli mallarında da olabilir. Hacrin niteliğine göre borçlu, hacre konu olan mallarında borcunu ödeyinceye kadar tasarrufta bulunamaz.¹⁰⁵³

Borçlu hakkında hacir kararı verilince malları üzerinde artık önceki gibi serbest tasarrufta bulunamayacak. Zira tasarrufları ya tamamen geçersiz sayılacak ya da geçerliliği başkasının icazetine bağlı kılınacak. Haddizatında hacir kararı ile elde

¹⁰⁴⁷ Serahsî, *Mebsut*, XX, 88-90, XXIV, 157-164; Kâsânî, IIV, 169; İbnü'l- Hümam, *Fethu'l-Kadir*, IX, 254-279; Hafif, 145.

¹⁰⁴⁸ Kâsânî, IIV, 169; Ebu İshak İbrahim b. Ali Şirazi, *el- Mühezzeb*, II, 113, I-III, Daru'l Kutubu'l İlmiyye; İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 307.

¹⁰⁴⁹ Beyhaki, *Sünenü'l-Kübra*, VI, 80; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 307.

¹⁰⁵⁰ Beyhaki, *Sünenü'l-Kübra*, VI, 81; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 267.

¹⁰⁵¹ Hafif, 145.

¹⁰⁵² Ali Haydar Efendizade, III, 27, 89, mad, 909, 998.

¹⁰⁵³ Muhammed b. Ali Şevkani, *Seylü'l- Cerrar el Müttefeku ala Hadaiki'l Ezhar*, 806, Dar-u İbn Hazım; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 268.

edilmek istenen de zaten bu tedbirdir. Böylece alacaklıların hakları korumuş ve zarar görmeleri engellenmiş olur.

Hacir sonrası borçlunun mali tasarruflarının tamamen geçersiz olacağı veya alacaklıların ya da hakimın iznine tabi olacağı hususunda hacri kabul eden hukukçular farklı sonuçlara vakıf olmuşlardır.

İslam hukukçularının bir kısmı hacir sonrası borçlunun mali tasarrufları tamamen geçersizdir derken diğer bir kısmı ise alacaklıların veya hakimın iznine mevkuftur derler. Hanbeli hukukçuları ile sahih olan görüşe göre Şafii hukukçuları borçlunun hacir sonrası mali tasarruflarının batıl/geçersiz olduğunu kabul ederken Maliki hukukçuları ile bir görüşe göre Şafiiler ve Hanefilerden İmameyn'e göre ise mevkuftur.¹⁰⁵⁴

Hakkında hacir kararı verilen borçlunun mali tasarruflarının sınırlandırılması ister bütün mal varlığı hakkında olsun isterse alacaklıların zarar göreceği mallarda olsun neticede onun tasarruf hürriyeti kısıtlanmış olmaktadır.

Mütemerit borçlu hakkında hukuki müeyyide olarak alınan hapis veya hacir kararlarına rağmen borçlu hala borcunu ödemiorsa hakim, alacaklıların hakkını vermek için borçlunun mallarını borçlarını ödeyecek miktar kadar satar ve borçlarını öder. Bu durumda hapis ve hacir kararları da varsa kaldırılır. Borçlunun mal varlığından onun adına borçları ödenirken önce parası varsa parasından ödeme yapılır, paraları yeterli gelmezse menkul malları satılır ve bunlardan da bozulabilecek olanlara öncelik verilir. Borçların ödenmesi için menkul mallar da yeterli olmazsa gayr-i menkullerden yeterli miktarda satılır. Gerekiyorsa bu şekilde bütün malları satılır. Ancak zaruri ihtiyacı olan bir ev, meslek aletleri ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin bir aylık nafakası gibi şeyler satılmaz.¹⁰⁵⁵ Yani bu iş yapılırken bilirkişi marifeti ile yapılırsa daha isabetli karar verilmiş olur. Hem borçlunun maslahatı hem de alacaklıların maslahatı gözetilerek borçların ödenmesi için en uygun olan mallar ne ise onlar satılır ve borçlar ödenir.¹⁰⁵⁶

Ebu Hanife borç sebebiyle borçlunun hacir edilmesini kabul etmediği gibi borçlunun mallarının satılmasını da kabul etmez.¹⁰⁵⁷ Maliki hukukçular ise sadece iflas eden borçlunun mallarının hakim tarafından satılacağını kabul etmektedirler. Zira

¹⁰⁵⁴ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 269.

¹⁰⁵⁵ Hafif, 146; Ali Haydar Efendizade, III, 89, mad, 998.

¹⁰⁵⁶ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 272.

¹⁰⁵⁷ Kâsânî, IIV, s.169-173; Hafif, 145.

bunlara göre müflisin malları üzerinde tasarruf yetkisi elinden alınmıştır. Fakat müflis olmayan mütemerrit borçlunun sırf borcunu ödememesi tasarruflarının sınırlandırılmasını caiz kılmaz.¹⁰⁵⁸

Hakkında hacir kararı alınmış ve malları satılarak alacaklıların haklarının ödenmesine karar verilmiş borçlu için bu durum aslında akit hürriyetinin sınırlandırılması demektir. Zira akit hürriyeti prensibi gereği kişi istediği akdi yapıp yapmamakta ve akdin karşı tarafını seçmekte hür olması gerekir. Ancak tezimizin ta başından beri gördüğümüz üzere İslam hukukçuları kişilerin irade hürriyetini ve konumuz olan akit hürriyetini asıl kabul etmekle birlikte toplumsal maslahat/ kamu yararı ve adaletin her kez için dengeli bir şekilde icra edilebilmesi adına bu hürriyeti kısıtlayan bazı durumları da kabul etmektedirler. İşte mütemerrit borçlu dediğimiz borcunu oyalamak suretiyle alacaklıları mağdur eden kimsenin mallarının satılarak borçlarının kapatılması da bu söylediğimiz toplumsal maslahatın temini için kabul edilen bir kısıtlamadır.

Akit hürriyetini kısıtlayan durumlardan bir tanesi de müflisin malları üzerinde uygulanan satış gibi alacaklıların haklarının ihlal edilmesine yol açacak birtakım muamelelerin sınırlandırılmasıdır. Borçlu ve müflis ile ilgili hukuki sınırlamalar büyük oranda örtüştüğü için ikisini aynı başlıkta ele aldık. Borçlu ile ilgili durumları izah ettikten sonra müflis ile ilgili durumları da benzer ve farklı yanları ile izah edeceğiz. Borçlunun hacri vesilesiyle söylenenler genel olarak müflis borçlu için de geçerlidir. Fakat biz burada farklı olan noktalara da işaret edeceğiz.

İflas kelimesi normalde borçlunun bütün mal varlığının tükenmesi ve o kimsenin borca batık hale gelmesi demektir. Fakat hukuki terim olarak iflas, kişinin tüm mal varlığının borçlarını karşılamaması yani borçlarının malvarlığından daha fazla olması demektir.¹⁰⁵⁹

Bir insan borcu olduğu halde iflas ederse mahkeme onun iflas ettiğine karar verir ve mallarını onun rızası olmasa dahi satarak alacaklıların haklarını öder. Mahkeme borçlunun iflasına karar verince artık onun hakkında alacaklıların zararına olabilecek

¹⁰⁵⁸ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 271.

¹⁰⁵⁹ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, IX, 275; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 306; Ali Haydar Efendizade, III, 89, mad, 999; Sâbüni, I, 221; Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, 275, MÜİF Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.

tasarruflarına kısıtlama getirir yani hacir uygular. Diğer taraftan bu hacir kararıyla borçlunun malları hemen alacaklılara intikal etmez ve alacaklılar kendileri doğrudan müdahalede bulunarak alacaklarını tahsil edemezler. Ancak alacaklılar borçlunun mallarının nakde çevrilmesini ve kendi paylarının ödenmesini mahkemeden talep ederler.¹⁰⁶⁰

İflasına karar verilen müflis borçlu hakkındaki kısıtlama, iflas kararı verildiği vakitteki haczi caiz bütün malları üzerindedir. Çünkü bu malların tamamına alacaklıların hakları taalluk etmektedir. İflas kararından sonra hibe, miras gibi hukuki yollarla mülkiyetine giren mallarda ise her hangi bir kısıtlama yoktur. Bunlar için hacir hükümlerinin uygulanabilmesi için yeni bir hacir kararı gerekir. Mecelle bu hükmü “deyn için hacir ancak medyunun vakti hacirde mevcut olan malına tesir eder, emma ba’del hacir eline geçen mala tesiri olmaz.” diye ifade etmiştir.¹⁰⁶¹

Diğer taraftan bir şey satın alma, borç alıp verme gibi zimmete müteallik tasarrufları geçerlidir. Çünkü müflis tasarrufa ehildir. Hacir kararı onun zimmetine değil mallarına uygulanmıştır. Buna göre iflas sebebiyle hacir kararının müflisin tasarruf yetkisine olan etkisi karar anındaki mallarıyla sınırlıdır. İflas kararından sonra elde ettiği mallarda mutlak tasarruf yetkisi olduğu gibi zimmete bağlı tasarruf yetkisi de mevcuttur.¹⁰⁶²

Yine müflis borçlunun hem kendisi hem de bakmakla yükümlü olduğu kimselerin temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için gerekli olan ev, zaruri ev eşyaları, elbise ve meslek araç-gereçleri gibi mallarında da tasarruf yetkisi vardır. Yani bu mallar üzerinde hacir geçerli değildir. Çünkü borçlunun ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin havaic-i asliyyesi alacaklıların haklarından daha önceliklidir.¹⁰⁶³ Fakat bu temel ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan harcamalar örfen normal kabul edilen ölçüde tutulması gerekir. Zaruri ihtiyaçlardan sayılmayan veya normal ölçüyü aşan lüks boyutuna ulaşan harcamalar alacaklıların haklarının zayi olmasına sebep olacağı için alacaklıların itiraz hakkı olur. Yani burada sadece müflisin toplumsal statüsüne göre değil de hakkaniyet ölçüleri içerisinde hem müflisin bundan sonraki hayatını normal bir şekilde devam ettirebilmesi için gerekli olan şeyleri hacir ve haciz kararından istisna

¹⁰⁶⁰ Sâbûnî, I, 223-226; Atar, 286.

¹⁰⁶¹ Ali Haydar Efendizade, III, 97, mad, 1001.

¹⁰⁶² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 277.

¹⁰⁶³ Ali Haydar Efendizade, III, 97, mad, 1000.

etmek hem de alacaklıların haklarını tam olarak alabilmelerini sağlayacak orta bir yol izlenmelidir.¹⁰⁶⁴

Alacaklıların talebi üzerine hakim, müflis hakkında hacir kararı alınca; müflisin elindeki haczi caiz mallarında alacaklıların hakkı doğar, bu mallar üzerinde tasarruf yetkisi kaldırılır veya sınırlandırılır, bu mallar içerisinde kendi malı aynen duran alacaklılar bu mallarını geri alabilir veya diğer alacaklılardan daha fazla onu almaya hak sahibidir¹⁰⁶⁵ ve hakim müflisin borçlarını ödemek için haczi caiz olan mallarını haciz yoluyla satar ve alacaklılar kendi hisseleri oranında haklarını alırlar.¹⁰⁶⁶

İşte konumuz olan akit hürriyetini kısıtlayan durumlardan biri de müflis borçlunun mallarının mahkeme kararıyla satılması hadisesidir. Yani mal sahibinin rızası olmaksızın onun adına malları satış akdine konu olabilmektedir. Mütemerrit borçlunun mallarının satışa konu olmasındaki amaç burada da gözetilmektedir. Yani kamu maslahatı ve adalet ilkeleri gereği haksızlık eden kimselerin bu haksızlığını önlemek amacıyla bazı tasarruflarının sınırlandırılması kaçınılmazdır. Tabii burada şunu belirtmek gerekir ki İslam hukuku asıl olarak akit hürriyetini benimsemekte ve bu asıl üzerine istisnaları zaruret ölçüsünce ve maslahat-mefsedet dengesini gözeterek kabul etmektedir.

Kamil tasarruf ehliyetine sahip olmasına rağmen müflis borçlunun tasarruflarının sınırlandırılması ve mallarının bir kısmının rızası olmaksızın satış akdine konu edilmesi onun adına bir mefsedettir. Fakat böyle bir borçlunun tasarruflarının sınırlandırılmayıp alacaklıların haklarının zayi olması da alacaklılar açısından mefsedettir. Burada zarara sebep olan müflis borçlu olduğu için onun bu zararını bertaraf etmek için onun adına olan mefsedete itibar edilmez. Alacaklıların maslahatı korunmuş olur. Bu maslahat-mefsedet dengesi içerisinde akit hürriyeti kısıtlanmıştır ama hukukun benimsediği genel kamu düzeni ve toplumsal maslahat gerçekleştirilmiş olmaktadır.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁴ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 277.

¹⁰⁶⁵ Bu mallar içerisinde kendi malı aynen duran alacaklılar bu mallarını geri alabilir veya diğer alacaklılardan daha fazla onu almaya hak sahibidir hükmü şu Hadise dayanmaktadır; “Bir kimse iflas ederse onun yanında malını aynen bulan kimse onu almaya diğer kimselerden daha fazla hak sahibidir.” Beyhaki, *Sünenü'l-Kübra*, VI, 74.

¹⁰⁶⁶ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 306-342; Sâbûnî, I, 223.

¹⁰⁶⁷ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 280.

3.1.7. Ölümcül Hastanın Tasarrufları

Akit hürriyetini kısıtlayan durumlardan bir tanesi de ölümle sonuçlanan hastalık halinde yapılan bazı akitlere getirilen sınırlamadır.

İslam hukukçuları ölümle sonuçlanan hastalığı, kişiyi normal işlerini yapmaktan alıkoyan, iyileşme ümidi olmayıp ölümle sonuçlanmasından korkulan ve genellikle de bir yıl içerisinde ölümle sonuçlanan hastalık olarak tarif etmişlerdir.¹⁰⁶⁸ Güvenilir, adil ve uzman olan bir doktorun iyileşme ümidi olmadığını ve uzun yaşama şansının kalmadığını söylediği hastalar ölümcül hasta kabul edilir. Bu hastalığın kişiyi yatağa mahkum etmesi ve şahsın bizzat o hastalıktan ölmesi gibi şeyler de şart değildir.¹⁰⁶⁹

Ölümcül hastanın bazı tasarruflarını kısıtlanması, hastalık halinin kötüye kullanılması yani varsa alacaklılarının ve varislerinin zararına olabilecek bazı davranışlarda bulunma ihtimaline binaendir. Zira kişi bu halde iken ruh hali değişir ve buna bağlı olarak hak sahiplerini mağdur edecek bazı davranışlarda bulunabilir. İşte bu ihtimale binaen hukuk önceden tedbir alarak bu haldeki hastanın bazı tasarruflarına sınırlama getirir ki hak sahibi olan mirasçıları ve alacaklıları zarar görmesin.

Bu tedbir uygulamasının, sağlıklı halde yapılan tasarruflarla ölümcül hastalık halinde yapılan tasarruflar arasında önemli hukuki farklara yol açtığı görülmektedir. Örneğin sağlığı yerinde bir şahsın ikrarı her halükarda geçerlidir. Fakat ölümcül hastanın ikrarları vasiyet gibi değerlendirilir ve üçte birinde geçerli olur. Çünkü bu durumda onun malında başkalarının da hakkı taalluk etmektedir.¹⁰⁷⁰

Henüz fiilen ölüm gerçekleşmeden varis ve alacaklıların ölümcül hastanın malında haklarının olması bu hastalığın ölüm sebebi sayılmasından dolayıdır. Yani burada varis ve alacaklıların hakkı olduğuna dair verilen hüküm sebebin ilk başlangıç noktası olan hastalığa dayandırılmıştır. Şöyle ki bu hakkın asıl sebebi olan ölümle şahsın ehliyeti sona erince malları varislerine intikal eder. Yine ölümle zimmet de son bulduğu için geride bıraktığı terikesi borçla meşgul olmakta ve dolayısıyla alacaklıların hakkı taalluk etmektedir.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁸ İbn Abidin, *Raddü'l- Muhtar*, III, 384; Zerka, *el-Medhal*, II, 836; Mahmasânî, II, 389.

¹⁰⁶⁹ Mahmasânî, II, 389; Zerka, *el-Medha*, II, 836.

¹⁰⁷⁰ Merğînânî, III, 186.

¹⁰⁷¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 282.

Bu durumu Mustafa Zerka şöyle ifade ediyor; ölümle sonuçlanan hastalık hali şahsiyetin son bulmasının ve ehliyet ve mülkiyetin nihayete ermesinin öncüsüdür. Ayrıca kişinin ölüm sonrası mallarının intikal edeceği varis veya alacaklıların onun mallarında aynı haklarının sabit olmasının da öncüsüdür. İşte ölümcül hastalık halinin şahsiyet, ehliyet ve mülkiyetin zevalinin ilk başlangıcı sayılması varis ve alacaklıların haklarının sabit olmasını bu anda başlatmak o hak sahiplerinin haklarını korumaya yönelik bir tedbirdir.¹⁰⁷²

Ölümcül hastanın malındaki haklarının mülkiyet hakkı mı yoksa mücerred halefiyet hakkı mı olduğu hususunda İslam hukukçuları farklı kanaatlere sahiptirler. Bazı Hanefi hukukçular varislerin hakkının milk nitelikli olduğunu kabul ederler.¹⁰⁷³ Ama bu mülkiyet hakkı ölümcül hastanın muayyen bir malında değil tüm mal varlığının kıymeti üzerindedir.¹⁰⁷⁴ Buradaki asıl amaç varislerin ve alacaklıların haklarının korunması olduğu için bu hakkın niteliğinin ne olduğu çok da önemli olmadığı kanaatindeyiz.¹⁰⁷⁵

Ölümcül hasta aslında akıl ve rüşt sahibi kimse olduğu için tam ehliyet sahibidir. Nakıs ehliyetliler gibi mali tasarruflarının kısıtlanması onun açısından bakıldığında bir zarardır/mefsedettir. Fakat böyle bir kısıtlama getirilmediği takdirde ise varis ve alacaklılar açısından zarar olabilecek bazı davranışlarda bulunabilir. Zira ölümcül hasta tüm tasarruflarında serbest olsa istediği gibi teberru vb harcamalarda bulursa varislerin kanuni miras paylarından daha az pay almalarına ve alacaklıların ise ya tamamen veya kısmen alacaklarını tahsil edememe durumu olabilir.

İslam hukuku akit hürriyetini daraltan diğer alanlarda olduğu gibi burada da maslahat-mefsedet dengesini gözeterek taraflardan birinin hem ihtiyaçlarını karşılamalarına yol açacak kapıyı açık tutmakta hem de diğer tarafın zararına sebep olmayacak tedbirleri almaktadır. Yani maslahat ve mefsedetten ağır basan ve yaygın olanı merkeze alarak kararını ona göre vermektedir.

İslam hukuku burada ölümcül hastanın maslahatını gözeterek ve onun tam ehliyet sahibi bir kişi olduğunu göz önünde bulundurarak varis ve alacaklıların zarar görme

¹⁰⁷² Zerka, *el-Medhal*, II, 837.

¹⁰⁷³ Kâsânî, III, 219.

¹⁰⁷⁴ Merğînânî, III, 186, IV, 542.

¹⁰⁷⁵ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 284.

ihtimali olmayan normal piyasa değerinde yaptığı alım-satım ve kiralama gibi bedelli temlik akitlerinde onun tam hürriyete sahip olduğunu kabul etmiştir. Yani hak sahiplerinin olumsuz etkilenmediği tasarrufları aynen sıhhat halinde yapılmış gibi geçerlidir ve akit hürriyetini kısıtlayan bir durum söz konusu değildir. Nitekim ölümcül hastanın hiç varis ve alacaklısı olmasa bu durumda onun teberru akitleri dahi Hanefilere göre malının tamamında Şafiilere göre ise üçte birinde geçerlidir.

Fakat İslam hukuku, ölümcül hastanın gabn-i fahiş denilen aşırı aldanma olan işlemlerinde ve teberru akitlerinde hak sahiplerinin haklarının zayi olma ihtimalini dikkate alarak burada onların itiraz hakkını da kabul etmiştir.¹⁰⁷⁶ Bu durumda bazen o hak sahiplerine onun bu tasarrufunu onaylayıp-onaylamama hakkı verilmiş bazen de mutlak anlamda tasarrufun geçerliliği terikenin üçte biri ile sınırlandırılmak suretiyle hak sahiplerinin hakları koruma altına alınmıştır.¹⁰⁷⁷

Fiil ehliyetinin temelini teşkil eden aklı ve rüştü tam olan bir kişinin tasarruflarına sınırlama getirilmesinin temelinde üçüncü şahıslara zarar verme ihtimali olması yatmaktadır. Ölümcül hasta da normalde tam fiil ehliyetine sahiptir. Dolayısıyla üçüncü şahıslara zarar verme ihtimali olmayan normal temlik akitleri geçerlidir. Makul karşılanamayacak ölçüde aldanarak bedelli temlik akitlerde bulunması ise varis ve alacaklıları zarara sokma kastı taşıdığına ihtimali olduğundan bunlar bedelli temlik akitler de olsa hukuken sınırlandırılmıştır. Buradaki sınırlandırma, asıl itibari ile tasarrufun hukuki niteliğinden değil şahsın zarar verme kastı olma ihtimalindendir.

Hatta bu ihtimale binaen Ebu Hanife ölümcül hastanın varislerinden biri ile yaptığı satım akdinin diğer varislerinin icazetine bağlı olduğunu söylemektedir. Çünkü ona göre hukuki meselelerde en ufak bir art niyet/ töhmet dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla bir şahsın her hangi bir tasarrufu ithama açık ise onun bu tasarrufunun fesadına hükmedilir. Burada Ebu Hanife ölümcül hastanın varisle yaptığı her türlü muamelenin ithama açık olduğunu dolayısıyla diğer varislerin zarar görme ihtimalini dikkate alarak varislerden birisi ile yapılan satım akdini diğer varislerin onayına bağlamaktadır.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁶ Merğînânî, III, 186.

¹⁰⁷⁷ Mahmasânî, II, 392; Zerka, *el-Medhal*, II, 837.

¹⁰⁷⁸ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 287.

Kısaca ifade etmek gerekirse ölümcül hasta için hastalık sebebiyle öngörülen hukuki sınırlamalar, esas itibari ile üçüncü şahısların doğrudan olumsuz etkilenmesini engellemeye matuf olduğu için bu sınırlamalar; hibe, vakıf, vasiyet, ikrar, ibra gibi teberru nitelikli akitler ve hak düşürücü itirafta söz konusudur.

Zahirilerin dışındaki İslam hukukçularının cumhuru ölümcül hastanın bu tip teberru akitlerini vasiyete kıyaslayarak değerlendirmişler ve haklarının zayi olması veya eksilmesi düşünülen şahıslardan hareketle iki grupta toplamışlardır. Bu kişi eğer borçlu ise hak sahipleri hem alacaklılar hem de varisleri olmaktadır. Eğer borçlu değilse sadece varisleri hak sahibidir.

Buna göre borçlu olan ölümcül hastanın eğer borçları tüm mal varlığını kuşatacak kadar ise tüm teberru akitleri alacaklıların onayına bağlıdır. Eğer borçları bu kadar fazla değil ise o zaman vasiyette olduğu gibi terikenin üçte birini geçmeyecek teberruları geçerlidir.

Borçlu olmaması durumunda ise sadece varislerin haklarından söz edilir. Bu durumda varislerin dışında birine yaptığı teberruları yine vasiyette olduğu gibi üçte bir ile sınırlıdır. Üçte birden fazla olan kısımda ise varislerin onayına bağlıdır. Varislerden birine yaptığı teberrular ise miktarı ne olursa olsun diğer varislerin onayına bağlıdır.

Teberrularla ilgili söylenen hususların tamamı bir hakkın iptaline sebep olan ikrarlar için de geçerlidir.¹⁰⁷⁹

Ölümcül hastanın tasarruflarına getirilen sınırlamaların, İslam hukukunun her zaman gözettiği ve temel kabul ettiği toplumsal maslahat çerçevesinde olduğunu görmekteyiz. Yani burada üçüncü şahıslar olan varis ve alacaklıların zarar görmesini engellemek gayesi ile bu sınırlamalar yapılmaktadır ki bu da İslam hukukunun benimsediği bu temel prensip gereğidir. Bu durum İslam hukukunun benimsediği akit hürriyeti prensibini ihlal etmektedir. Ama her prensibin istisnası olduğu gibi bu akit hürriyeti prensibinin de istisnaları olmaktadır ve bu da yine hukukun gözettiği ana gayeler etrafında şekillenmektedir.

Konunun başından beri söylediğimiz şey hukuk sistemleri toplumların genel maslahatı neyi gerektiriyorsa onu benimsemektedirler. Yani hukukun gayesi maslahat

¹⁰⁷⁹ Mahmasânî, II, 391-396; Zerka, *el-Medha*, II, 836-839; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 289-291.

mefsedet dengelemesi içerisinde öncelikle mefsedetin giderilmesi ve olabildiğince maslahatın en geniş bir şekilde teminini sağlamaktır. Ortaya koyduğu bütün prensipleri bu gaye etrafında şekillendirmektedir. Akit hürriyetini temel kabul etmekle birlikte bu söylediğimiz prensipler çerçevesinde de istisnalarını kabul etmektedir. Ölümcül hastanın tasarruflarına getirilen kısıtlama da işte bu istisnalardan biridir.

3.1.8. Rehin

Akitlerin temelini teşkil eden şey insanların ihtiyaçlarıdır. İnsanlar bu ihtiyaçlarını gidermek için zaman içerisinde geliştirdikleri birçok akit türü ihdas etmişlerdir. Bunlardan bir tanesi de başka bir akitten doğan alacaklarını teminat altına alabilmek için yaptıkları rehin akdidir.

İslam hukuku insanların bir birleri ile olan akit ve benzeri muamelelerinde bir birlerinin hak ve hukukuna riayet etmelerini istemiş ve bu hakları teminat altına alabilmek için de hukuki düzenlemeler getirmiştir. Örneğin Kur'an'ın en uzun ayeti olan müdayene/ alacak verecek münasebetlerinin konu edinen ayetinde fertler arası alacak-borç ilişkilerinde muhtemel anlaşmazlık ve aldatmaların önüne geçmek ve böylece hakların korunmasını temin etmek için borçların yazılması, şahit tutulması ve borç karşılığında rehin alınması gibi bir takım hukuki düzenlemeleri getirmiştir.¹⁰⁸⁰

Bu düzenlemede borcun yazılması ve bu yazışmaya şahit tutulması anlaşmazlıkları gidermede ispat vasıtası fonksiyonu görmektedir. Rehin ise alacağı teminat altına alma yani borcun ödenmemesi durumunda alacaklıya alacağını rehin konusu maldan tahsil etme imkanı sağlamaktadır.¹⁰⁸¹

Mecelle rehini; “Bir malı ondan istifası mümkün olan bir hak mukabilinde mahbus ve mevkuf kılmaktır.”¹⁰⁸² şeklinde tarif ederken benzer bir tanım da şöyledir; “Bir malı ondan tamamen veya kısmen alınması mümkün olan mali bir hak karşılığında o hak sahibinin veya başkasının elinde rıza ile mahpus ve mevkuf kılmaktır.”¹⁰⁸³

Rehin akdinde rehin alan kişi alacağını teminat altına almıştır. Fakat rehin konusu malı rehin veren rahin, kendi mülkünde tasarruf yetkisini kullanarak istediği gibi akit

¹⁰⁸⁰ Bakara 2/282-283.

¹⁰⁸¹ Sâbûnî, II, 147.

¹⁰⁸² Mecelle, md, 701.

¹⁰⁸³ Erdoğan, “Rehin”, 477.

yapabilmesi hususunda başka bir hak taalluku gerekçesiyle bir takım hukuki sınırlamalara maruz kalmaktadır. İşte bu da akit hürriyetini kısıtlayan durumlardan birini teşkil etmektedir.

Hangi malların rehne konu olup olamayacağı, rehmin kabzedilmesinin şart olup olmadığı, gayr-i menkul ve ortak malın rehin verilmesi gibi konularda hukukçular arasında farklı görüşler olmakla birlikte rehin konusu malın rehin veren kişinin mülkiyetinden çıkmadı hususunda bütün hukukçular ittîfâk halindedir. Nitekim borcun ödenmesi halinde rehin konusu mal, onu rehin veren sahibine geri teslim edilmektedir.¹⁰⁸⁴

Her ne kadar rehin konusu mal rehin veren kişiye ait ise de onun üzerinde rehin alan kişinin de hakkı olduğu için rehin veren kişi istediği gibi tasarrufta bulunamaz. Yani o merhun malla ilgili akitleri kısıtlanmıştır. Aksi halde rehin akdinin bir manası kalmaz.

Hanefi hukukçularından İbn Nüceym bu hususu “Mani ile muktezi tearuz edince mani takdim olunur.”¹⁰⁸⁵Küllî kaidesini izah ederken şu şekilde açıklamaktadır; rehin verilen mal üzerinde iki hak çatışmaktadır. Zira hem mülk sahibi olan rehin veren şahsın mutlak tasarruf hakkı hem de rehin alan şahsın alacağını tahsile yönelik teminat hakkı. Bu durumda mürtehinin hakkının, rahinin hakkından öncelikli olması gerekir. Çünkü bu durumda rahinin mülkünden istifade hakkı sadece geciktirilmiş olur. Aksini kabul edersek mürtehinin hakkının tamamen kaybedilmesi söz konusudur.¹⁰⁸⁶ Dolayısıyla rehin alanın hakkını korumak amacıyla rehin akdinin gayesiyle çatışan bu hakkı tamamen veya kısmen ortadan kaldıran ya da alacağını tahsil etmesini zorlaştıran veya geciktiren merhuma olan rağbeti azaltan ya da kıymetinde eksilme meydana getiren kısacası mürteherine her hangi bir şekilde zararı dokunan tasarruflar hukuken sınırlandırılacaktır.¹⁰⁸⁷

Buna göre rahinin rehindeki tasarrufları, mürteherine zarar verip vermemesine göre şekil alır. Yani rahinin, mürteherine bir zararı dokunmayan ve rehinde her hangi bir

¹⁰⁸⁴ Sâbûnî, II, 150-160; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 220.

¹⁰⁸⁵ Mecelle, md, 46.

¹⁰⁸⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 144.

¹⁰⁸⁷ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 221.

kıymet eksilmesine sebep olmayan ve borcun vadesini geçmeyen tasarruflarında her hangi bir sınırlama yoktur.¹⁰⁸⁸

Rehin veren kişi mülkü olan rehin verdiği mal üzerinde tam tasarruf yetkisine sahip olabilmesi için ya borcunu ödemesi veya alacaklının bu hakkından vazgeçmesi ya da alacaklının rehin verene izin vermesi gerekir. Aksi halde rehin hükümleri geçerlidir. Yani rahin, mürtehin zararı dokunacak tasarruflarda bulunamaz.¹⁰⁸⁹

Rehine sebep olan borcun vadesi geldiği halde ödenmemişse alacaklı, borçludan borcunu ödemesini ister, kendi kendine onda tasarrufta bulunamaz. Eğer buna rağmen borcunu ödemezse alacaklı, onun izni ile rehin konusu malı satar ve hakkını alır. Şayet rahin, borcunu ödemeye yanaşmaz ve rehlin satılmasına da izin vermezse Maliki hukukçuların dışındaki hukukçulara göre¹⁰⁹⁰ hakim tazir cezası vererek hapis cezası ile cezalandırır. Ebu Hanife'nin dışındaki cumhura göre tazir cezası ile de ödemezse o takdirde rehin veren borçlunun rızası olmasa dahi hakim o malı satar ve alacaklının hakkını öder. Eğer rehin yed-i eminde ise ve yed-i emin aynı zamanda rehni satmaya vekil ise rahin razı olmasa bile rehni satıp bedelinden borcu öder.¹⁰⁹¹ Gerek hakim kararı ile gerekse yed-i emin vasıtası ile yapılan satışlarda rahinin rızasının olmaması sonucu değiştirmemektedir. Çünkü rehin alan alacaklının mağduriyetini gidermek ve zararını sonlandırmak için başka çare kalmamıştır.¹⁰⁹²

Akit hürriyeti gereği kişi maliki olduğu şey üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunarak istediği akdi yapıp yapmamakta hür olması gerekirken burada rehin verilen mal üzerinde onun maliki olan rehin veren kişinin, alacaklıya zararı dokunacak tasarruflarının sınırlandırılması ve alacaklının hakkının ödenmesi için son çare olarak o malın hakim kararı ile satılması bu akit hürriyeti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Ancak akit hürriyetinin diğer istisnalarında olduğu gibi burada da üçüncü şahıs olan mürtehinin maslahatı gereği yani onun alacak hakkını vererek zararını gidermek için rehin veren kişinin bu hürriyeti sınırlandırılmıştır. Yani burada da hukukun gözettiği genel adalet ve maslahat prensibi gereği maslahat mefsetet dengesi kurularak zarara sebep olan kişilerin o zarara katlanması ve karşı tarafın zararının bertaraf

¹⁰⁸⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 272.

¹⁰⁸⁹ Ali Haydar Efendizade, II, 189-193, mad, 743-749.

¹⁰⁹⁰ İbn Rüşt, *Bidayetü'l Müctehid*, IV, 58-62.

¹⁰⁹¹ Ali Haydar Efendizade, II, 203, mad, 757; Hafif, 559.

¹⁰⁹² Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 224-225.

edilmesi benimsenmiştir. Çünkü rehnin amacı zaten alacağın teminat altına alınmasıdır. Bu da ancak son çare olarak rehnin, rahinin rızası olmaksızın yani onun akit hürriyetini ihlal edecek şekilde satılması yoluyla olabilmektedir.

3.1.9. Şüf'a

İslam hukuk literatüründe “Temliki bir işleme konu edilen bir akarın veya akar hükmündeki bir şeyin müşteriye mâl olduğu bedel ile cebren temellükü”¹⁰⁹³ anlamına gelen şüf'a hakkı sayesinde bu hakka sahip olan kişi satılan bir gayr-i menkule, onu satan ve satın alan şahısların rızalarına bakılmaksızın ona fiyat ve masraf olarak kaç mal olmuş ise o fiyat ile ona malik olma hakkını elde etmektedir.¹⁰⁹⁴

Şüf'a hakkı, sadece satılan gayr-i menkule bitişik gayr-i menkul malikine tanınmış bir haktır. Şüf'a hakkı doğuran bu bitişiklik ise Hanefilere göre üç türlü olabilir. Ortaklıktan doğan bitişiklik, komşuluk bitişikliği ve hakk-ı şirb, hakk-ı tarik veya hakk-ı mesil ortaklığından doğan bitişiklik. Bu sebeplerden birisi olmazsa şüf'a hakkı da olmaz.¹⁰⁹⁵

Hanefilerin dışındaki cumhura göre şüf'a sadece akarın aynına ortak olmakla olur. Dolayısıyla şüf'a hakkı sebebiyle mülkiyet takyidi ve akit hürriyeti sadece müşterek mülkiyete konu olan bir akarın sahiplerinden birinin kendi hissesini üçüncü bir kişiye satması halinde söz konusu olmakta ve diğer hissedarlara bu payı aynı şartlarda temellük imkanı vermektedir.¹⁰⁹⁶

Buna göre Hanefiler, cumhura nisbetle şüf'a hakkının sebeplerini daha geniş tuttukları için buna bağlı olarak da akit hürriyetinin sınırlandırılması daha fazla olmaktadır.¹⁰⁹⁷

Şüf'a hakkını gayr-i menkulle sınırlamayan Zahirilere göre menkul, gayr-i menkul bütün ortak mallarda şüf'a hakkı vardır. Fakat bunlara göre bu hak sadece satış akdi ile doğar. Bunun dışındaki mülkiyeti nakleden akitlerle şüf'a hakkı doğmaz.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹³ Ali Haydar Efendizade, II, 662, mad, 950; Erdoğan, “Şüf'a”, 529.

¹⁰⁹⁴ Hafif, 147.

¹⁰⁹⁵ Hafif, 148-157.

¹⁰⁹⁶ İbn Rüşd, IV, 40; Özdirek, 54.

¹⁰⁹⁷ Özdirek, 54.

¹⁰⁹⁸ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII, 3.

Bir akarın maliki tarafından başka birine satılması durumunda ortaya çıkan şüf'a, hak sahibine bu gayr-i menkule, müşteriye mal olan şartlarla sahip olma yetkisi verirken akar sahibi ve müşteriye de söz konusu akar bedeli karşılığında şüf'a hakkı sahibine teslim etme yükümlülüğü getirmektedir. Yani bir tarafa belli bir hak sağlarken diğer tarafa ise bir zorunlu yükümlülük getirmektedir ki bu da akar sahibi satıcının rızasına bakılmaksızın bir akde mecbur kalması ve onu satın alan müşterinin de istemediği halde satın aldığı bir şeyden vazgeçmesidir. Bu yönüyle şüf'a hakkı akit hürriyetinin sınırlandırıldığı durumlardan birini teşkil etmektedir.

Sahibi tarafından satılan gayr-i menkul, bedelinin ödenmesine veya satıcıdan teslim alınmasına bağlı olmaksızın sırf satış akdinin tamamlanmasıyla doğrudan müşterinin mülkiyetine girer. Bu andan itibaren şüf'a hakkı doğar. Şüf'adarın, şüf'a hakkını kullanarak onu alma hakkı varsa da mücerret şüf'a talebi ile ona malik olamaz.

Şüf'adar o akarı müşteriden ya onun rızası ile ya da mahkeme kararı ile alır. Müşterinin rızası ile alırsa bu durumda asıl satıcı devreden çıkmış ilk müşteri satıcı, şüf'a hakkını kullanarak onu satın alan kişi ise müşteri olmuş olur. Yani burada rızaya dayalı ikinci bir satış işlemi yapılmış olur ki akit hürriyetini ihlal eden bir durum söz konusu değildir.

Şüf'aya sebep olan o akarı satın alan müşteri, bunu satmaktan ve teslim etmekten imtina etmesi halinde ise şüf'adar ona mahkeme kararı ile sahip olur. Çünkü böyle bir durumda onun teslimden imtina etmesi zulümdür ve mahkemeler de zulmü ortadan kaldırmak için vardır. Bu durumda o akarı fiilen teslim almasa da mahkemenin karar anından itibaren ona malik olur. Yani burada gayr-i menkul sahibinin yaptığı bir akdin mahkeme kararıyla bozularak o kişinin, akdin karşı tarafını cebren kabullenmek zorunda olduğunu görmekteyiz. Bu da akdin karşı tarafını seçme noktasında akit hürriyetinin sınırlandırıldığını göstermektedir.¹⁰⁹⁹

Zararın bertaraf edilmesi ilkesine dayanan şüf'a hakkı, zarara sebebiyet verecek şekilde kullanılamaz. Dolayısıyla şüf'adar, satım konusu olan akar ya tamamen almak ya da tamamından vazgeçmek durumundadır. Onun bir kısmını bırakıp bir kısmını alamaz. Çünkü bu işlem akar sahibine veya müşteriye zarar verir. Bir kısmından vaz

¹⁰⁹⁹ Hafif, 187.

geçince tamamından vaz geçmiş sayılır. Çünkü şüf'a parçalanma kabul etmeyen bir haktır.¹¹⁰⁰

Gayr-i menkul sahibi kişinin hür iradesi ile bu gayr-i menkulünü dilediği kişiye satma yani akdin karşı tarafını belirleme hürriyetinin hukuki sınırlandırılması olan şüf'a, bu gayr-i menkul sahibi veya onu satın alan müşterisine bu akarı bedel karşılığında şüf'a hakkı sahibine teslim etme mükellefiyeti yüklemektedir. Bu itibarla bu, gayr-i menkul mülkiyetinin dolaylı takyidi niteliğindedir. Dolaylı sınırlamadır, zira şüf'a bir akar üzerinde kurulu ve sahibine bu akar üzerinde yararlanma ya da kullanma yetkisi veren ayni veya şahsî bir hak değildir. Çünkü şüf'a şahsa değil satılan gayr-i menkule bitişik olmaya bağlı bir haktır. Sadece üçüncü şahıslara yapılan bir satış üzerine şüf'a hakkı sahipleri için o akar aynı şartlarda mülkiyetine geçirme imkanı veren bir haktır. Ayrıca bu hak kullanılmayınca ortada bir sınırlandırmadan söz edilemez.¹¹⁰¹

İslam hukukunda akit hürriyetine getirilen sınırlandırmalarda gözetilen genel bir gaye vardır. O da maslahat mefsedet dengesinin korunması, olabildiğince mefsedetın giderilmesi ve maslahatın en yaygın halde uygulanabilmesi ve böylece adaletin tesis edilmesidir. İşte fertle toplumun menfaatlerinin çakıştığı yerde toplum menfaatinin öncelenmesi ve maslahat mefsedet karşılaştırmasında öncelikle mefsedetın giderilmesi hep bu ana gayegereğidir.

Akit hürriyetini sınırlayan diğer durumlarda olduğu gibi şüf'a hakkının tanınmasında da böyle bir denge unsurunu ve adalet ilkesini görmekteyiz. Yani bir yandan satım konusu akarınaynında veya haklarında ortaklığı bulunanların yahut bitişik komşuların yani şüf'adarların karşı karşıya kalabilecekleri muhtemel zararlar giderilmiştir. Diğer yandan ise satışı söz konusu olan gayr-i menkulün maliki esasen içeriğini bizzat kendisinin belirlediği şartlarda malında tasarruf yetkisini kullanmış ve o satışla elde etmek istediği maslahatı gerçekleştirmiştir. Diğer bir ifade ile şüf'adar, bu hakkını kullanarak önceki satıştan doğabilecek muhtemel zararların önüne geçmiştir. Böylece onun maslahatı korunmuş oldu. Gayr-i menkulün sahibi de her ne kadar kendi razı olmadığı bir kişiye satışta bulunmuş olsa da yani akdin karşı tarafını belirleme noktasında akit hürriyetini sınırlayan bir durumla karşı karşıya olsa da neticede o da kendi belirlediği şartlarda bir satış yapmış ve satışla hedeflediği menfaatini temin

¹¹⁰⁰ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 300.

¹¹⁰¹ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 297.

etmiştir. Yani çatışan iki bireysel menfaatin veya zararın adil bir biçimde dengelenmesi gerçekleşmiştir.

3.1.10. İstimlak ve İstimval

“Özel mülkiyet altındaki taşınmazın kamu yararı amacı ile bedeli ödenerek kamu malı haline getirilmesi” anlamında hukuki bir terim olan istimlak kavramı günümüz hukuk dilinde ise kamulaştırma diye ifade edilmektedir.¹¹⁰²

“Olağan üstü hallerde devletin olağan yollarla karşılayamadığı ihtiyaçlarını gidermek için gerçek veya özel tüzel kişilere ait bazı menkul malların mülkiyetini veya kullanım hakkını, gayr-i menkullerin de sadece kullanım hakkını sahipleri razı olmasalar bile haklı bir tazmînât karşılığında ele geçirmesine istimval denmektedir.”¹¹⁰³

İslam hukukuna göre mülkiyet hakkı ve malın korunması, ferdin temel hak ve özgürlüklerinden ve dini hükümlerin gözettiği beş temel amaçtan biridir. Bunun bir gereği olarak kişi malında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Rızası olmaksızın bedelli de olsa her hangi bir akde zorlanamaz. İçeriğini ve karşı tarafı hür iradesi ile belirlemediği bir akdin sonuçlarını kabule icbar edilemez. Yani özel mülkiyet hakkı ve akit hürriyeti İslam hukukunun kabul ettiği en temel ilkelerden biridir. Bunun için İslam hukukunda özel mülkiyetin ve akit hürriyetinin korunmasına yönelik bir dizi tedbir geliştirilmiştir.

Özel mülkiyet ve akit hürriyeti açısından temel prensip böyle olmakla birlikte ancak kamu yararı söz konusu olduğunda istisnai ve sıkı şartlara bağlanmış bir usul olarak özel mülkiyetin ve akit hürriyetinin sınırlandırılması gündeme gelir. Zira hukukun gözettiği maslahat-mefsedet dengesi gereği ve bunların etkin olduğu yaygınlık alanı göz önünde bulundurulduğunda her zaman kamu maslahatı özel maslahata göre önceliklidir. Diğer bir ifade ile zarar-ı ammi def için zarar-ı has ve daha şiddetli zararın daha hafifi ile bertaraf edilmesi ilkelerinin benimsenmesi gibi.¹¹⁰⁴

Bu istisnai durumlardan biri olan istimlak, özel mülkiyete konu bir taşınmazın kamu kurumlarınca kamu yararı düşüncesiyle bedeli ödenerek malikinin rızası

¹¹⁰² Hamza Aktan, “İstimlak”, *DİA*, XXIII, 364-365; Erdoğan, “İstimlak” 267.

¹¹⁰³ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 351; Erdoğan, “İstimval”, 268.

¹¹⁰⁴ *Mecelletü Mecmai'l-fikhi'l-İslâmî*, IV, 631, İslâm Konferansı Teşkilâtına bağlı Fıkıh Konseyi Yayını, Cidde.

aranmaksızın cebren satın alınmasını ve sonuçta kamu malı haline getirilmesini ifade eder. İstimval ise yine aynı maksatla ve ancak olağan üstü hallerde devletin özel mülkiyete konu olan bazı taşınır mallara el koymasıştır. Her iki durumda da mülk sahibi, rızası olmaksızın bu akde icbar edildiği için akit hürriyetinin sınırlandırıldığını görmekteyiz. Çünkü akitlerde rıza temel unsurdur ve hiç kimse rızası olmaksızın bir akde zorlanamaz. İşte istimlak ve istimvalde olduğu gibi böyle zorunlu bir akit, kişinin akit yapma ve akdin karşı tarafını belirleme hürriyetini sınırlayan durumlardan birini teşkil etmektedir.

Hukukçular istimlak ve istimvale ilke olarak karşı çıkmazlarsa da genel olarak yargı kararıyla ya da devlet başkanının emriyle yapılan ve mal sahibinin rızası aranmayan cebri temellük yollarını mümkün olduğu ölçüde sınırlı tutma eğilimindedirler. Ancak belli durumlarda bu usulün caiz olacağını ve yapıldığında da bedelin tam olarak ödenmesi gerektiğini belirtirler.¹¹⁰⁵

İslam hukukunun temel kabul ettiği özel mülkiyetin ve akit hürriyetinin ihlali sayılan istimlakin caiz olabilmesi için şu şartları taşıması gerekir; açık bir kamu yararının bulunması, bedelin tamamen ödenmesi, istimlak kurallarının kanunla düzenlenmesi yani idari keyfiliğe açık olmaması, gerek kıymet takdiri gerekse işlem hakkında yargı yolunun açık tutulması.

Diğer bir ifade ile idari bir işlem niteliğindeki istimlakin sebebi yani onu meşru kılan şey temelde zaruret ve kamu yararadır. Nitekim Hanefî fakihlerinden Serahsi, devlet başkanının özel mülkiyetin dokunulmazlığı konusunda diğer insanlarla eşit olduğuna işaret edip bir kimsenin özel mülkünü de ancak zaruret ya da bütün müslümanlar için helak tehlikesi bulunduğu ve bedelini vererek alabileceğini belirtir.¹¹⁰⁶

Devletler kamu hizmetlerini düzenli ve sürekli bir şekilde yürütebilmek için menkul ve gayr-i menkul mallara ihtiyaç duyarlar. Bu ihtiyaç, her zaman devletin kendi öz malı olan kamu malları ile karşılanamayabilir. Bu durumda devlet özel mülkiyete ait bazı menkul veya gayr-i menkul malları sahiplerinden rıza ile satın alır veya kiralar. Fakat her zaman bu mal sahipleri bu ilişkiye yanaşmayabilirler. İşte bu durumda devlet

¹¹⁰⁵ İbn Kayyim, *et-Turuku'l Hükmîyye*, 220; Ebu'l-Ferec Abdurrahman İbn Ahmed İbn Recep, *el-Kavaid fi'l-Fıkhı'l-İslami*, 73, Daru'l-Kutubu'l-İlmiyye, yy, ty.

¹¹⁰⁶ Serahsî, *Mebcut*, XXIII, 203.

kamu yararı gereği ihtiyaç duyduğu o malları cebren satın alır veya kiralar. Nitekim Peygamberimiz döneminden itibaren İslam tarihi boyunca cami, yol, kabristan, koru, kale, kışla gibi kamu yararına hizmet eden müesseselerin inşası için gerektiğinde özel mülkiyete ait taşınmazların istimlakı yoluna gidildiği bir vakıdır.¹¹⁰⁷

Şüphesiz kamu menfaati, fertlerin özel menfaatinden önce gelir. Bu İslam hukukunun her zaman gözettiği temel bir prensiptir.¹¹⁰⁸ Kamu yararı, bir kişinin mülkünü satmasını gerektiriyorsa onun böyle bir durumda bu satıştan imtina etme hakkı yoktur. Buna rağmen satıştan imtina ederse onun bu davranışı inat sayılır ve dikkate alınmaz. Bilirkişi tarafından malına kıymet takdiri yapılarak kıymeti ödendikten sonra mülkiyet ondan cebren alınır.¹¹⁰⁹

Kamu yararı gereği özel mülkiyete ait malların kamu malı haline getirilmesine duyulan ihtiyaç bakımından bütün mallar eşit değildir. Taşınmaz malların kamu mülkiyetine geçirilmesi idarenin her zaman başvurabileceği asli iktisap yollarından olup normal ve olağan bir durumdur. Bu sebeple İslam hukuku kaynaklarında istimlakın cevazı tartışmasından ziyade kamu yetkililerinin bu tür yetkilerini kötüye kullanmasını önlemeye ve taşınmaz sahibinin haklarını korumaya yönelik kural ve tedbirler dile getirilmiştir. Bunlar arasında en çok kamu yetkililerinin adaletten sapmaması, keyfi ve haksız tasarruftan kaçınması, her hak sahibinin hakkını ödemeye özen göstermesi gibi ilkelere vurgu yapılmıştır. Fakat özel mülkiyete ait olan menkul mallara devletin el koyması ise sadece savaş ve doğal afetler gibi olağanüstü hallerde söz konusu olabilir ve geçerlidir.¹¹¹⁰

Hukukçular, akit hürriyetinin asıl olduğunu belirterek ve bunu korumak adına istimlakın cevazı noktasında olabildiğince şartları sıkı tutmuşlardır. Nitekim İslam Konferansı Teşkilatı'na bağlı Mecmau'l-fikhi'l-İslami'de istimlakın şu şartlara riayet edilmek kaydıyla dinen caiz olacağına karar verilmiştir. Taşınmazın istimlakı emsal değerinden az olmamak üzere bilirkişinin takdir edeceği adil ve peşin bir bedel karşılığında olmalı. İstimlak kararı devletin yetkili organlarınca alınmalı. İstimlak yol, köprü, mescid gibi genel bir zaruret veya o ölçüde genel bir ihtiyaca binaen kamu yararı

¹¹⁰⁷ Aktan, "İstimlak", *DİA*, XXIII, 364-365.

¹¹⁰⁸ Özdirek, 79.

¹¹⁰⁹ Hafif, 145.

¹¹¹⁰ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 347; Aktan, "İstimlak", *DİA*, XXIII, 364-365.

için olmalı. İstimlak edilen taşınmaz istimlak amacı dışında bir maksat için kullanılmamalı ve zamanı gelmeden istimlake gidilmemeli.¹¹¹¹

Görüldüğü gibi İslam hukukuna göre mülkiyet hakkı ve malın korunması, ferdin temel hak ve özgürlüklerinden biridir. Bunun bir gereği olarak kişi malında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Rızası olmaksızın bedelli de olsa her hangi bir akde zorlanamaz. İçeriğini ve karşı tarafını hür iradesi ile belirlemediği bir akdin sonuçlarını kabule icbar edilemez. Yani özel mülkiyet hakkı ve akit hürriyeti İslam hukukunun kabul ettiği en temel ilkelerden biridir.

Ancak tezimizin bu bölümünde zikrettiğimiz diğer örneklerinde olduğu gibi burada da bu temel prensibin istisnaları yine hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kabul edilen bir durumdur.¹¹¹² İşte kamu yararı gereği kişinin özel mülkünün istimlak veya istimval edilmesi ve böylece bu mülk sahibinin cebren bir akitle karşı karşıya kalması da bu istisnalardan biridir. Bu, yukarıda zikrettiğimiz şartlar ve amaçlar doğrultusunda yapıldığı için her ne kadar akit hürriyeti sınırlandırılmış olsa da hukukun gerçekleştirmek istediği adalet ve toplumsal maslahat da sağlanmış olmaktadır.

3.1.11. Zaruret Hali

Sözlükte büyük ihtiyaç, savuşturulamaz zorluk ve sıkıntı anlamlarına gelen zaruret kelimesi, hukuk terimi olarak, kişiyi dinî/hukuki yasakları ihlâl etmekle karşı karşıya bırakan ve ancak bu şekilde savuşturulabilen ciddi özür / mazeret halini ifade eder.¹¹¹³

Bu zaruretin ölçüsü, karşılaşılan o durumda onu yasaklayan hükme uyulması halinde hayat hakkı başta olmak üzere zarûriyyât-ı diniyye denilen; can, din, akıl, nesil ve malın yani hukukun korumayı amaç edindiği bu beş temel haktan birinin tamamen ortadan kalkmasıveya telâfisi mümkün olmayacak şekilde zarar görmesidir. Böyle büyük bir zarara zaruret, bu zaruretin sebep olduğu hafifletilmiş istisnaî hükme de

¹¹¹¹ *Mecelletü Mecmai'l-fıkhi'l-İslâmî*, IV, 645.

¹¹¹² Özdirek, 79.

¹¹¹³ Ali Haydar Efendizade, I, 37, mad, 21; Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 141.

ruhsat denir. Dolayısıyla zaruret sebep, ruhsat ise bu sebebin gerçekleşmesi durumunda işlerlik kazanan istisnâî hükümdür.¹¹¹⁴

Hukuken yasak olan bir durumun zaruret sebebiyle geçici olarak mubah/serbest olabilmesi için; o tehlikenin filhal mevcut olması, kaçınılmaz olması, mülci olması, meşru şekilde ondan kurtuluş imkanının olmaması ve tehlikenin bulunduğu dair kişinin kesin kanaat sahibi olması gerekir.¹¹¹⁵ Yani haram işlenmeyip temel hükümlerde ısrar edilmesi yani ruhsat değil de azimet tercih edilmesi halinde telâfisi mümkün olmayacak şekilde ağır bir zararın ortaya çıkacağı kesinlik kazanmış olması gerekir. Ayrıca o tehlikenin o durumu yasaklayan hükümden daha büyük olması gerekir. Mesela can güvenliği maldan daha önemli olduğu için cana bir zarar gelmesi halinde onu bertaraf etmek için normalde dokunulmaz olan bir başkasının malına onun rızası olmasa da el konulur.¹¹¹⁶

İslam hukuku dini bir hukuk olması hasebi ile bütün hukuki kararlarında öncelikle ilk iki kaynağı olan Kur'an ve sünnette bunların delillerini arar ve hükümlerini buna göre temellendirir. Sonra da diğer tali kaynaklardan istifade ederek bütün olaylara hükümler bina eder. Tesis etmiş olduğu normal düzenin yani temel hukuki kuralların dışına çıkmak demek olan zaruretler konusunda da aynı yöntemi kullanmaktadır.

Nitekim zaruretler konusunun İslam hukukunun ilk kaynakları olan Kur'an ve sünnet uygulamasını görmekteyiz. Kur'an'da açlık tehlikesi ile karşılaşan bir kimsenin bu tehlikeyi bertaraf edecek kadar yani canını korumak için haram olan gıdalardan yemesine izin verildiğini¹¹¹⁷ ve ölümle tehdit edilerek küfre zorlanan bir müminin yine can güvenliğini korumak için normalde yasak olan küfür kelimesini sadece dili ile söyleyebileceğine dair izin verildiğini¹¹¹⁸ görmekteyiz.

Hadislerde de zaruret hali sayılabilecek bazı olaylarla ilgili hükümler açıklanmıştır. Bu çerçevede bir erkeğin yabancı bir kadının mahrem yerlerine bakmak mecbûrîyetinde kalması halinde buna izin verildiği,¹¹¹⁹ erkeklerin kullanması yasak olan

¹¹¹⁴ Hallaf, 121.

¹¹¹⁵ Erdoğan, "Zaruret", s. 617.

¹¹¹⁶ Zerka, *el-Medhal*, II, 1004; Ali Haydar Efendizade, I, 38, mad, 21.

¹¹¹⁷ Bakara 2/173; Mâide 5/3; En'âm 6/119, 145; Nahl 16/115.

¹¹¹⁸ Nahl 16/106.

¹¹¹⁹ Müslim, Libas, 3/24.

ipek elbisenin sağlık sorunlarından dolayı izin verildiği¹¹²⁰ ve boy abdesti alması gereken kişinin su mevcut olsa bile hasta olmaktan, ölmekten ya da susuz kalmaktan korkması durumunda teyemmüm alabileceği ifade edilmiştir.¹¹²¹

Ayet ve hadislerdeki örnek olaylar her ne kadar akitlerle ve konumuz olan akit hürriyeti ile doğrudan ilişkili olmasa da neticede hukukun benimsediği temel bir kuralın, bu tip zaruri olaylar karşısında istisnai olarak kaldırılıp veya esnetilip yine insanlara hukuki bir çıkış kapısı göstermesi açısından önemlidir.

Zira hukukun ortaya koyduğu kurallar, belli bir düzen içerisinde insanların hayatını kolaylaştırmak içindir. İnsan hayatı da sürekli değişkenlik arz ettiği için normalde temel olarak konulan kurallar bu tip değişkenlikler karşısında bazen insan fitratını zora sokabilir. İşte bu gibi zorluklar karşısında hukuk, kendi koyduğu kuralları değiştirerek veya esneterek insanların hayatına yine kendisi yön vermektedir. Yani insanı iki çıkmazdan birine mecbur bırakmamaktadır. Bu iki çıkmazdan biri insanın her ne pahasına mal olursa olsun o temel kurala uyması diğeri ise insanın menfaatini önceleyerek hukuku ihlal etme durumudur. Her iki durum da neticede insanın maslahatına aykırıdır.

İslam hukukunun temel gayesi insanların hem birey ve hem de toplum olarak maslahatlarının intemini ve korunması, zararlarının engellenmesi ve giderilmesidir. Birey ve toplum hayatıyla ilgili olarak İslam hukukunun koyduğu kural ve hükümlerden beklenen yararların tamamen gerçekleşebilmesi hükümlerin aksatılmadan düzenli biçimde uygulanmasına bağlıdır.

Tabii bu kurallara düzenli olarak uyulabilmesi için insan hayatında çeşitli sebeplerle oluşabilecek durumları ve özür hallerini dikkate alıp bu temel kurallara uymamayı haklı kılacak istisnai hallere özgü istisnai hükümler de ihdas etmek gerekir. Aksi takdirde insanlar ya zarar ve sıkıntıya rağmen o temel hukuki hükümlere tam bağlılık göstermeye çalışacak ya da menfaatlerini önceleyerek bu hükümleri tümünden terkedecekler. Halbuki hayatı çekilmez duruma getirme ve insanı ağır mağduriyete uğratma pahasına temel hükümlerin uygulanmasını isteyip herhangi bir hoşgörü gösterilmemesi hukukun genel maksadı olan maslahat ilkesine aykırıdır.

¹¹²⁰ Buhari, Libas, 29/5839.

¹¹²¹ Buhari, Teyemmüm, 7/345-346; Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 141.

Şunu da belirtmek gerekir ki zaruret durumu temel, genel, sürekli ve herkes için değil özel, istisnai, geçici ve bireyseldir. Buna bağlı olarak getirilen hükümler de aynı şekildedir. Yani herkes için geçerli temel, genel ve sürekli durum ve hükümlerin yanında hayatın akışı içerisinde kişinin bizzat kendisinden veya dış faktörlerden kaynaklanan, iradî ya da gayri iradî sebeplere bağlı olarak zaruret ve özür durumları oluşur ve buna bağlı olarak devreye giren hükümler de özel, istisnai, geçici ve bireyseldir. Tıpkı ana yolların kaza ve heyelan gibi sebeplerle kapanması halinde ulaşımın tali servis yollarından sağlanması gibi zaruret halleri ve hükümleri de istisnai ve geçicidir.

Diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da zaruret halini kabul etmiştir. Zira koyduğu hükümlerin uygulanabilirliği açısından teklif-kudret dengesini gözetmesi ve buna göre hüküm ihdas etmesi her hukuk sisteminin gözettiği bir şeydir. Çünkü hukukî hükümlere muhatap ve gereğiyle mükellef olabilmek için o hükümleri anlama ve uygulama kudretine sahip olmak gerekir. Uygulama gücü konusunda İslam hukuku, her ne pahasına olursa olsun temel hükmün gereğinin yerine getirilebilir olmasını değil hayatın doğal şartları içerisinde olağanüstü bir meşakkat ve zorluğa katlanma mecbûriyetinde kalmadan uygulanabilirliğini ölçü almıştır. Bu da zaruret halinde hükmün tatbikini kolaylaştırıcı alternatif çözümleri ve hükümleri yani ruhsat uygulamasını gerekli kılmaktadır.¹¹²²

Zaruret; can, din, akıl, nesil ve mal değerlerinden birinin tamamıyla yok olması ya da telâfisi mümkün olmayacak ölçüde tehlike altında bulunmasıdır. Diğer bir ifade ile zaruret, korunması zaruri olan bu beş haktan birinin hukûkî bir yasağı ihlâl etmeden savuşturulması mümkün olmayacak düzeyde bir zorlukla karşı karşıya kalmaktır.¹¹²³ Zaruretin tanım ve çerçevesi böyle olmakla birlikte ilk dönemlerden itibaren zaruretin gerekçe olarak gösterildiği hükümler gözden geçirildiğinde mesela selem, istisna‘ ve beyu’l- vefa akitlerinde olduğu gibi zaruretin bu seviyede olmayan sıkıntı ve zorlukları da ifade edecek biçimde daha geniş bir kullanıma sahip olduğu görülür. Yani ağır güçlük ve darlıklara katlanmak zorunda kalmadan dinî hayatın sürekliliğini sağlamak üzere daha uygun meşrû alternatiflerin bulunmadığı durumlarda ortaya konulan çözümlerin temel gerekçesinde zaruret olduğunu görmekteyiz. Aslında

¹¹²² Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 141; Hallaf, 121.

¹¹²³ Hallaf, 197-210.

bu gibi durumlarda hukukçuların “ ihtiyaç umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesindedir.”¹¹²⁴“Zorluk hukuken kaldırılmıştır.”¹¹²⁵ ilkelerinden hareketle gerçek anlamda zaruret olmayan bazı şeylere çözüm bulmak adına bu yolu tercih etmişlerdir.¹¹²⁶

İslam hukukçuları, temel hukukî hükümlerin genelliği ve sürekliliği içinde özel ve geçici durumlara mahsus birtakım kolaylıkların ve istisnai hükümlerin getirilmiş olmasını bazı külli kaideler ile veciz bir şekilde ifade etmişlerdir. Bu külli kaidelerin bir kısmı şunlardır; “Meşakkat teysiri celbeder.” “Darlık vaktinde vüs‘at gösterilmek lâzım gelir.” “Bir iş zîk oldukta müttesi‘ olur.” “Zarar izale edilir.” “Zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar.” “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.” “Zarar kendi misli ile giderilmez.” “Zarar-ı ammı def için zarar-ı has kabul edilir.” “Şiddetli bir zarar daha hafif bir zararla giderilir.” “İki şerden ehven olan tercih edilir.” “Zarar imkan ölçüsünde giderilir.”¹¹²⁷

Zaruret durumu meydana geldiğinde o durumu yaşayan kişiye yasak olan fiili yapmasına sadece izin/ruhsat mı verilmiştir yoksa o yasak fiili yapması mı gerekmektedir? Diğer bir ifade ile zaruret, dinen ve hukuken haram kabul edilen şeydeki haramlık vasfını ortadan kaldırır ve onu normal şartlarda mubah olan bir nesne/ fiil konumuna mı getirir, yoksa sadece o haramın işlenmesi sebebiyle meydana gelecek günahı mı bertaraf eder?

Bu durum Hanefilerin dışındaki hukukçulara göre zaruret halinde o haram olan nesnedeki haramlık vasfının kalktığı, buna bağlı olarak da artık gûnahtan söz edilemeyeceği şeklindedir. Yani bu tip zaruret durumlarında sadece ruhsat/izin verilmemiştir, o fiili yapması zorunlu/vâcib olmuştur. Bu yaklaşıma göre zaruret halinde bir kimse helak olmaktan korkarsa bu durumda domuz eti veya leş yemek normal şartlarda usulünce kesilmiş sığır eti yemek ve içki içmek normal su içmek gibidir. Yani onlardaki haramlık vasfı kalkmıştır. Bu durumda kişi bunlardan istifade

¹¹²⁴ Mecelle, md, 32.

¹¹²⁵ Hallaf, 209.

¹¹²⁶ Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 142; Hallaf, 210.

¹¹²⁷ Ali Haydar Efendizade, I, 35-42, mad, 17, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 29, 31; Zerka, *el- Medhal*, II, 1001-1005.

etmez ve açlıktan ölürse günahkâr sayılır. Çünkü meşru, helal bir şeyden istifade etmemiş ve bile bile ölüme gitmiş kabul edilir.¹¹²⁸

Hanefiler ise bu noktada ikili bir ayırıma giderek haram kılan sebebin ve bu sebebe bağlı hükmün bâkî olup olmaması temelinde bir değerlendirmeye meseleyi ele almışlardır. Yani ya hem sebep hem de asıl hüküm olan azimet bakidir ama mükellefe kolaylık olsun diye ruhsat verilmiştir ya da sebep baki olmakla birlikte asıl hüküm olan azimet düşmüş sadece ruhsat kalmıştır.

Buna göre, dinden çıkmaya sebep olacak bir söz söylemeye zorlanan kişinin istenilen sözü söylemesinde, zor durumda kalan kişinin izin almadan başkasının malını kullanması veya telef etmesinde ve yine zorlama altında veya açlık yüzünden mukimin ramazan orucunu bozmasında hem sebep hem de hüküm bâkidir. Ancak şâri‘ zarureten dolayı bu fiillerin işlenmesine mükellefe kolaylık olsun diye izin vermiştir. Buradaki izinden/ibahadan maksat mükellefe kolaylık sağlamaktır ve sorgunun kaldırılmasıdır yoksa o fiillerdeki haramlık hükmünün kalkması değildir. Yani haramı işleyenden sorgunun kaldırılması, söz konusu fiildeki haramlık vasfının kalkmasını ve fiilin mubah hale gelmesini gerektirmez. Şayet kişi burada ikrah-ı mülci altında Allah’ı inkar gibi hılafla evla olan ruhsat olan o haram fiili yapmayı tercih etmeyip azimetini tercih ederek o mecbur bırakıldığı fiili yapar da bunun üzerine ölürse şehit olarak ölmüş olur.

Zaruret halinin ikinci kısımda ise sebep olan zaruret baki olmakla birlikte haram olan fiillerde asıl olan haramlık hükmü yani azimet baki değildir. Yani Hanefiler burada diğer cumhur gibi düşünerek zaruret durumlarında sadece ruhsat/izin verilmemiştir, o fiili yapması zorunlu/vâcib olmuştur. Çünkü haramlık hükmü kalmamıştır derler. Buna örnek olarak da açlık ve susuzluktan ölmek üzere olan kimsenin leş yemesinin veya içki içmesinin mubah olmasını ve sefer halinde namazın kısaltılmasını vermektedirler. Burada zaruret halinde leş ve içkiden haramlık vasıfları kaldırılmıştır. Şayet kişi bu durumda bunlardan istifade ederek canını kurtarmazsa günahkar olur.¹¹²⁹

Hukukçuların bu farklı yaklaşımlarına ilâve olarak zaruretle karşı karşıya bulunan kişinin, zarureti bertaraf edecek haramı işlemesinin mubah ya da vâcib olması yani hükmün ruhsat veya azimet olması tehlikenin mahiyeti ve kuvvetine göre de

¹¹²⁸ Zerkâ, *el- Medhal*, II, 1004; Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 143.

¹¹²⁹ Hallaf, 123.

değerlendirilir. Hayat hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması diğer bütün değerlerin başında geldiğinden o haram fiildeki aslî hükümle hedeflenen amaca göre daha önemli ve önceliklidir ve bunu temin edecek olan haramın işlenmesi vâcib sayılmaktadır. Yani en önemli değer olan canı kurtarmak karşısında diğer şeylerdeki haramlık hükmü yok olur ve canı kurtarmak vâcib olur.¹¹³⁰

Fakat iki eşit değer karşı karşıya kalması halinde zaruret gerekçe gösterilerek haram bir fiil işlenmez. Buna göre kişinin kendi canını kurtarmak için bir başka masumu öldürmesi hiçbir şekilde câiz görülmemiştir. Aynı şekilde bir kimse kendi malını kurtarmak için bir başkasının malına zarar veremez. Bu konuda fakihler görüş birliği içindedir. Zira canlar ve mallar arasında bir üstünlükten ve öncelikten söz edilemez.

Hukukçuların çoğunluğu tarafından benimsenen görüşe göre temel haramlardan biri olan zina da adam öldürme gibidir ve hangi seviyede olursa olsun hiç bir zaruret zinayı meşru kılmaz.

Zaruret hali haramı mubah kılmak suretiyle dînî sorumluluğu ve cezayı ortadan kaldırırsa da başkasının hukukunu ilgilendiren hususlarda mâlî sorumluluğu kaldırmaz. Zaruret halinde bir kimse kendi canını tehlikeden kurtarmak için başka birisinin malını izinsiz alıp kullansa veya tüketse “İztırar gayrin hakkını iptal etmez”¹¹³¹ hukuk ilkesi gereği tazmîn ve ücret borcunu düşürmez.¹¹³²

Zaruret haline konumuz olan akit hürriyeti açısından baktığımızda bir açıdan akit hürriyetini genişlettiğini diğer açıdan ise sınırlandırdığını görmekteyiz. Şöyle ki selem, icare, vasiyet, istisna‘ ve bey‘ bi’l-vefa gibi bazı akit türlerinin zaruret/hacet sebebiyle meşru kılınması insanlara geniş bir akit hürriyeti alanı açmaktadır.¹¹³³ Yani insanlar bu sayede yeni yeni akitler icat edebilmektedirler. Burada zaruret/hacet insanları yeni akit tipleri oluşturmaya sevk eden bir rol oynamaktadır. Aslında buradaki akit hürriyeti genişlemesi bu bölümün üçüncü başlığının alt başlıklarından olan akdin konusunu seçme hürriyeti/ tip serbestisi ile alakalıdır. Fakat zaruret sadece bu açıdan değerlendirilmediği için burada zikrettik ve bu yönünün alakasına da işaret ettik.

¹¹³⁰ Çalış, “Zaruret”, *DİA*, XXXIV, 143.

¹¹³¹ Mecelle, md, 32.

¹¹³² Zerka, *el-Medhal*, II, 1005.

¹¹³³ Hallaf, 122.

Ayrıca kişinin mal hakkını koruma noktasında diğer insanların malları ile aynı seviyede olduğu ilkesinden hareketle bu noktadaki zaruret halinin başkasının malını zorla elinden alınmasını caiz kılmaz. Dolayısıyla burada karşı taraftaki kişi zorla bir akit yapmış olmamaktadır. Yani burada akit hürriyetini sınırlandıran bir şeyden söz edilemez.

Zaruret halinde diğer bir açıdan ise akit hürriyetinin sınırlandırıldığını söyledik. Şöyle ki bir insanın canı tehlikeye girse bunun çaresi de birisinin malını elinden zorla almak olsa mesela açlıktan ölecek bir kimsenin başka birisinin yiyeceğini alması gibi bu takdirde o kimseden o mal bedeli ödenmek şartı ile zorla da olsa alınır ve zaruret hali ortadan kaldırılır. Burada malı elinden zorla alınan kimse açısından bakıldığında akit hürriyetinin ihlal edildiğini görmekteyiz. Fakat bu durum hukukun bütünlüğü içerisinde değerlendirildiğinde akit hürriyetini ortadan kaldıran veya sınırlandıran diğer durumlarda olduğu gibi burada da hukukun, her zaman gözettiği maslahat-mefsedet dengesi içerisinde olaylara yaklaştığı ve insanlar için daha elzem olan değeri korumak adına ondan daha hafif olan bazı değerleri askıya aldığını görmekteyiz. Yani bir tarafta insanların canı söz konusu iken diğer tarafta malın bir önemi yoktur. Kaldı ki bu durumda bile o mal sahibinin hakkı tamamen iptal edilmemekte ve malının değeri ödenmektedir. Sadece malı rızası ile vermek istemediği bir durumda zorla elinden alınmakta ve zoraki bir akde mecbur bırakılmaktadır.

Kısacası olay, İslam hukukunun dinamizminin kaynağını oluşturan makasid-vesail yani amaç değerler-araç değerler karşılaştırmasından bakılarak araç değerlerin amaç değerler için feda edilebilmesinden ibarettir. Burada asıl amaç olan zarurat-ı diniyyenin korunması noktasında, araç değerlerin ve amaç değerler de kendi içinde bir kademelendirmeye tabi tutularak daha öncelikli olanı korumak için bir alt kademedeki amacın feda edilmesi gayet doğaldır. Yani nihai noktada amaçlanan maslahat ve adaletin gerçekleşmesi için böyle bir kademelendirme yapılması ve buna uygun hükümler bina edilmesi zorunluluk arz etmektedir.

İkinci bölümün baş kısmında ifade ettiğimiz üzere İslam hukuku, hüküm koyarken dikkate aldığı makasidü'l-ammeyi/genel gayeleri; zaruriyyat, hâciyyat ve tahsiniyyat diye üç başlık altında toplamıştır. Bunlardan her biri bir öncekinin mükemmili mesabesindedir. Hal böyle olunca da maslahatların çatışması ve bir sorun

yaşanması halinde bunlardan hangisinin tercih edilip hangisinin öteleneceği bu kriterlere göre yapılmaktadır. Birinci derecedeki zarurat-ı diniyye denilen din, can, akıl, ırz/nesil ve malın korunması da kendi içinde bu kademelendirmeye tabidir. Dolayısıyla hiçbir zaruret eşdeğerdeki hakkın ihlalini meşru kılmamakta yalnızca bir üst hakkı/değeri korumak adına bir alt değer fedası söz konusudur.

3.1.12. Mecbûrî Sigorta

Sigorta akdi fikrinin doğuşu ve gelişimi de diğer akitlerde olduğu gibi insanların ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Zira insanın malı dışarıdan hırsızlık, gasp, itlaf ve yangın gibi insan eli ile veya sel, deprem ve heyelan gibi irade dışı birtakım risklere maruz kalmaktadır. Bu ve buna benzer riskler karşısında neticede insan malını korumak ve bunun için tedbirler almak istemektedir.

İslam hukukunda temel haklardan bir tanesinin mal kazanmak ve onu korumak olduğu bilinmektedir. İşte İslam hukuku, kişinin sahip olduğu malını korumak adına onun iradesi olmadan dışarıdan her hangi bir müdahalede bulunulmasını doğru bulmadığı gibi hırsızlık, gasp ve itlafına sebep olma gibi hallerde onu ya aynı ile iade etme ya da misli ile tazmîn etme sorumluluğunu getirerek malı güvence altına almıştır. Yani insanın dokunulmaz olan malına dışarıdan bir kimse kusurlu davranarak zarar verirse bu kusurunun sorumluluğu gereği onu tazmînle mükelleftir.

Fakat kişinin malına zarar her zaman bir insan tarafından verilmemekte bazen de insan faktörü olmadan da bu zarar oluşabilmektedir. Ya da tarihi süreç içerisinde, teknik ve teknolojik alandaki yeni gelişme ve değişimler bir takım tehlikeleri de beraberinde getirmiştir ki bunların intaç ettiği zararları bir insanın tek başına yüklenip tazmîn etmesi nerede ise imkansız hale gelmiştir. Tüm bu gelişme ve değişimler karşısında klasik müesseseler, fonksiyonlarını ifâ edemeyeni hukukun getirdiği tazmîn sisteminin yetersizliği zarar görenlerin sonuçta mutlaka tazmînât elde etmelerini sağlayamamıştır. Zira zarar ya sebep olan kişinin mali durumunun çok üstünde olmuştur ya da hiçbir insanın sebep olmadığı zararlar meydana gelmiştir.

İşte bu tip sebepler insanları yeni arayışlara yöneltmiş ve insanlar hayatta karşılaşabilecekleri tehlikelerin zarar ve masraf doğuran sonuçlarından kendilerini korumak için önceden tedbir alma ihtiyacı duymuştur. Toplumsal bir hal alan bu ihtiyaç

ve güven arama duygusu zamanla sigorta kavramını ortaya çıkarmıştır. Zira sigorta kavramının temelinde, aynı tehlikelere maruz kalan kimseler arasında karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmanın teknik ve rasyonel bir şekilde organize edilmesi fikri yatmaktadır¹¹³⁴

Yani sigortanın temelinde, oluşmasından korkulan tehlikenin vukuu halinde meydana gelecek zararın müştereken karşılanması fikri yatmaktadır. Sigorta sayesinde, aynı tehlike ile karşı karşıya bulunan bireyler birbirleriyle doğrudan veya bir şirket aracılığı ile yardımlaşarak tek başına üstesinden gelemeyecekleri büyük rizikolara karşı kendilerini koruma gücüne erişmektedir. Bu fikir daha sonra geliştirilerek oluşması muhtemel zararları telâfi etme hususunda karşılıklı ödeme esasına yani prim ödemeye dayanan ve zımnen yardımlaşmayı ve/ veya ticâreti gaye edinmiş hukukî bir sistem haline getirilmiş ve adına da sigorta denmiştir.¹¹³⁵

Buna göre sigorta akdi; bir şeyin veya bir kimsenin ileride karşılaşılabileceği zararı gidermek için önceden ödenen prim karşılığında bu işle uğraşan kuruluşla yapılan akittir.¹¹³⁶ Daha açık bir ifade ile sigorta; sigortacının, sigortalının ödediği primler karşılığında parayla ölçülebilir bir menfaatini ihlal eden muhtemel tehlikenin meydana gelmesi halinde tazmînât ödemeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli birtakım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı taahhüt ettiği akittir.¹¹³⁷

Tabii bu sigorta iki fert arasında cereyan etmiyor. Ya devletle şahıslar ya da birçok sigortalının kendileri ile muamele yaptığı büyük şirketler ile şahıslar arasında bu akit kuruluyor.

Kurumsal hali ve hukuki yapısı itibari ile sigorta ya sosyal/mecbûrî sigorta ya da özel/ ihtiyari sigorta diye iki kısma ayrılır.

¹¹³⁴ Hadi Sağlam, “İslâm Hukukuna Göre Sigorta- Ribâ Ve Fâiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2, sayı 84, Şubat 2009.

¹¹³⁵ Nihat Dalgın, “Sigorta”, *DİA*, XXXVII, 159-164.

¹¹³⁶ Erdoğan, “Sigorta”, 508.

¹¹³⁷ Türk Ticaret Kanunu, md. 1263.

Sigorta yaptıran kişi kanuni bir zorunluluk olmadığı halde sigorta akdi yaptırmış ise buna özel/ ihtiyari sigorta, kanuni mecbûrîyet dolayısıyla yaptırmış ise sosyal/ mecbûrî sigorta denir.¹¹³⁸

Devlet vatandaşlarının her türlü ihtiyacını karşılarken insanların karşılaşabilecekleri her türlü ziyan karşısında onları güvence altına alabilmek için de sosyal güvenlik müesseselerini oluşturarak böylece onlardan bu zararların tehlikesini bertaraf edip refah ve huzurlarını temin etmiş olmaktadır. Bunu yaparken de ya vatandaşlarından aldığı diğer vergilerden yararlanmakta ya da mecbûrî sigorta sistemini oluşturarak sadece bu zor zamanlar için denebilecek bir vergi sistemi ile bu işleri yürütecektir.¹¹³⁹

Sigorta akdi konusunda İslam hukukçuları farklı kanaatler sahip olmuşlardır. Zira bu akit, ileride oluşacak muhtemel zararlara karşı teminat ve tazmînât esasına dayandığı için ilk bakışta bunda garar/ belirsizlik üzerine bir akit yapıldığı göze çarpmaktadır. Şöyle ki eğer sigorta edilen şey bir zarara uğramazsa sigortacı geriye bir şey ödemeyeceği için baştan prim almasının, yok eğer zarar meydana gelirse sigortalının o kadar prim ödemediği halde bütün zararı karşılayacak büyük bir meblağı almasının caiz olmayacağı hususu akla gelmektedir.¹¹⁴⁰

Sigortaya yaklaşımları bakımından çağdaş İslam hukukçularını iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup hukukçular sigortada, İslam'ın haram kıldığı ribâ/ fâiz, kumar ve garar/ belirsizlik gibi sözleşmeden ayrılmayan vasıfların varlığını iddia edip sigortayı fâsid veya bâtil akit görüp meşru saymamaktadır. İkinci grup hukukçular ise sigorta ile fâiz, kumar ve garar ilişkisinin sözleşmenin esasından değil işleyiş şekliyle ilgili olduğunu ifade ederek bunun caiz olduğunu söylemektedirler.¹¹⁴¹

Sigortanın garar, kumar ve ribâ unsuru taşıdığını söyleyerek sigortayı bütün nevileri ile caiz görmeyen hukukçular olmakla birlikte İslam hukukçularının çoğunluğu devlet teşekkülü olarak kurulan sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı sosyal/ mecbûrî

¹¹³⁸ Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi”, 279.

¹¹³⁹ Yeniçeri, 431.

¹¹⁴⁰ Hayreddin Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, Nesil Yayınları, İstanbul 1992, 209.

¹¹⁴¹ Sağlam, 2.

sigortayı dinin özüne uygun görürlerken hukûkî düzenlemesi devlet tarafından yapılan ve denetlenen özel sigortaların hükmü konusunda farklı düşünülmektedirler.¹¹⁴²

Özel sigortalar, ya kâr gayesi güden bir anonim ticari şirketle muayyen prim ödeme karşılığı yapılır, ya da mübadele esasına dayanan kooperatif teşekkül tarzında organize olmuş bir ortaklıktır.¹¹⁴³

Kooperatif teşekküllü sigortalarda gaye sigortacının kâr amacı olmayıp rizikoların gerçekleşmesiyle doğan zarar ve kötü sonuçların yükünün üyeler arasında paylaşılarak azaltılmasıdır. Bu, aynı tehlikeye maruz kalan kişilerin muayyen meblağlar ödeyerek üye olmaları yoluyla kurulur. Üyelerden her hangi birisi sigortaya mevzu teşkil eden zarara maruz kalırsa toplanan meblağdan onun zararı ödenir. Toplanan meblağ zararı ödemeye yetmezse meblağ artırılır. Ama tazmînâtlar ödendikten sonra artan olursa üyelere iade edilir veya gelecek için tedbir amaçlı muhafaza edilir. Burada kar amacı güdülmeyip oluşacak zararın bertaraf edilmesi gaye edilince yani faiz şüphesi taşımadığı için kooperatif teşekküllü sigortalar, İslam hukukçularınca genellikle câiz görülmüştür.¹¹⁴⁴

Daha yaygın olan prim ödemeli sigortaya gelince bu, anonim şirketler tarafından yürütülen ticarî sigorta işlemidir. Burada gerçekleşen yardımın yanında kar gayesi ve karşılık unsurları da bulunmaktadır. Bu sigorta türünde zarar olunca şirketin ödediği tazmînât ile sigortalılardan topladığı primler takas edilmek suretiyle yardımlaşma gerçekleşmektedir. Buradaki yardımlaşma ve tazmînât esası onu kumardan ayıran en önemli vasıftır. Fakat ödenen tazmînâttan arta kalan prim bakiyesi şirketin karı olmakta yani sigortalılara geri verilmemektedir. Yani burada sigorta şirketinin haksız kazanç elde etmesi söz konusudur.¹¹⁴⁵ Bu sebeple bunun hükmü konusunda İslam hukukçuları arasında derin bir fikir ayrılığı vardır.¹¹⁴⁶

Devlet tarafından kurulan ve korunan sosyal/mecbûrî sigorta, çağdaş İslam hukukçuları tarafından geniş tartışmalar neticesinde ihtiyaç hatta zaruret olduğu gerekçeleri ile çoğunlukça câiz görülmüştür. Mecbûrî sigorta olması, şahıslardan alınan primlerin onların rızası/iradesi olmadan onlardan alınmasından kaynaklanmaktadır.

¹¹⁴² Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, 213-219; Sağlam, 3.

¹¹⁴³ Sağlam, 3.

¹¹⁴⁴ Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, 245.

¹¹⁴⁵ Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, 230.

¹¹⁴⁶ Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, 232-246; Sağlam, 3.

Yani bu konuda şahıslara bir tercih bırakılmamıştır zorunlu olarak primleri ödemeleri gerekmektedir. Sigortalının ödediği primler, onun iradesine bakılmadan alındığı için bir tür vergi niteliğinde değerlendirilmiştir. Yapılan kesintilerin mecbûrî olması, sigortalının kendisinin veya yasal yakınlarının ileride bunu kat be kat fazlasıyla alacak olma ihtimali ve devlet tarafından şahsa ödenen fazlalığın ise devletin vatandaşına bir ihsanı olarak kabul edilmesi gibi gerekçelerle zamanla cevaz verilmiştir.¹¹⁴⁷

Sigorta akdine akit hürriyeti penceresinden bakan M. Ahmed Zerka, İslam hukukunun yeni akit türlerine cevaz verip vermediğini sorgulayarak meseleyi izah etmektedir. İslam hukukunun, insanları eskiden bilinen akitlerin içinde hapsetmediğini, zaman içerisinde ihtiyaç duyulan yeni akit türlerine akdin umumi şartlarını haiz olması halinde izin verdiğini söyleyerek sigortanın da böyle bir akit olduğunu söylemektedir.

İslam hukuk tarihinde sonradan ortaya çıkan ve zaman içerisinde yer bulan bey'ul-vefa ile karşılaştırma yaparak nasıl ki bu akit yeni akit türlerinin kabul edildiğini gösteriyorsa bunun gibi yeni bir akit olan sigorta da İslam hukukçularının çoğunluğunun kabul ettiği akitlerdeki genel prensip olan mubahlık ilkesi gereği caizdir.¹¹⁴⁸

Özetle ifade edecek olursak çağdaş İslam hukukçuları, sigorta konusunu incelemiş ve dinî hükmünü açıklamaya çalışmışlardır. Sosyal sigortalar ve mübadele esasına dayanan kooperatif teşekkül tarzındaki karşılıklı sigortanın caiz olduğu konusunda ittîfâk etmekle birlikte, ticarî sigortanın hükmü konusunda görüş ayrılığı içerisindeyler.

Ticarî sigortanın hükmü konusunda üç ayrı görüş bulunmaktadır; Ticarî sigortaların hiçbir çeşidi caiz değildir. Hayat sigortası caiz değildir ama mal ve eşya sigortası ise esas itibarıyla caiz olmakla birlikte, dinen hoş değildir. Sigortayı yasaklayan kesin bir nass bulunmadığından, faiz karışmaması ve genel ahlâka aykırı olmaması şartıyla sigortanın bütün çeşitleri caizdir. Zira akitlerde asıl olan, yasaklayıcı bir nass bulunmadığında helal olmasıdır.¹¹⁴⁹

Asıl konumuz mecbûrî sigortanın akit hürriyetini ihlal edip etmediğini tespit edebilmek olduğu için biz burada sigorta akdi ilgili bu kısa bilgilendirme ile yetiniyoruz. Yani genel olarak sigorta akdi ve bunu caiz görenlerle görmeyenlerin

¹¹⁴⁷ Sağlam, 2.

¹¹⁴⁸ Karaman, *İslama Göre Banka ve Sigorta*, 221-226.

¹¹⁴⁹ Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 07.04.2005 Tarihli "Sigorta" Kararı.

delilleri bizim konumuzun dışındadır. Sadece mecbûrî sigortanın akit hürriyeti ve sınırlandırılmasıyla olan ilgisine dikkat çekmeye çalışıyoruz.

Akit yapıp yapmamada kişi hür bırakılmayıp çeşitli gerekçelerle icbar söz konusu ediliyorsa orada akit yapma hürriyetinin sınırlaması var demektir. Devletin ilgili kurumu ile şahıslar arasında tesis edilen sosyal/ mecbûrî sigorta uygulamasında böyle bir icbar durumu söz konusudur. Devlet bazı hususlarda sigorta zorunluluğu getirerek belli bir rizikoya maruz kalanların korunması, milli servetin muhafazası, sosyal fayda ve emniyet tesisi gibi gayelerle akit hürriyetini sınırlamıştır.¹¹⁵⁰ Yani burada devlet vatandaşlarının tamamının ve her birinin maslahatını gözeterek böyle bir zorunlu uygulamaya gitmiştir. Her ne kadar bu uygulamaya maruz kalan şahısların akit hürriyetleri sınırlandırılmış olsa da neticede onların daha ali menfaatleri için yapıldığından bu sınırlama hukukun benimsediği akit hürriyeti prensibine zarar vermemektedir.

Ayrıca mecbûrî/sosyal sigortaların sunacağı sigorta güvencesi alanları kanunla belirlenmekte olup bu sigortalarda üyelerin talepleriyle kanunda yer almayan bir rizikoyu sigorta kapsamına aldirmek mümkün değildir. Yani akdin iki tarafından biri olan sigortalılar kanunda zikredilmeyen hususları bu akde dahil edememektedirler. Bu açıdan da akit hürriyetinin sınırlandırıldığını görmekteyiz.

Fakat mecbûrî sigortadaki bu sınırlamalarda akit hürriyetinin sınırlandırıldığı diğer uygulamalardaki İslam hukukunun gözettiği maslahat-mefsedet dengesi içerisinde insanların daha fazla maslahatı neyi gerektiriyorsa onun tercih edildiğini burada da görmekteyiz.

3.1.13. Müzayede ve İhale

Sözlükte artırmak anlamına gelen müzayede, hukuki bir terim olarak ise bir malı kim fazla verirse ona vermek üzere satılığa çıkarma anlamına gelen bir satış biçimidir.¹¹⁵¹ Aslında bir satış işleminin, fiyatı artırmaya yönelik olarak uygulanmış olan bir biçimidir. Açık veya kapalı teklifle olmaktadır ve sadece şahıs malları değil kamu malları da aynı usulle satılabilir. Buna göre müzayede yoluyla satım; önceden

¹¹⁵⁰ Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi”, 279.

¹¹⁵¹ *Mevsuatü'l Fıkhiyye el- Kuveytiyye*, XXXVII, 86, Mecelletü Mecmai'l-fıkhi'l-İslâmî, VIII, 570.

tespit edilen zaman ve yerde önceden tayin edilen şartlara göre, hazır bulunan kişiler arasında, bir birini izleyen fiyat teklifleriyle oluşacak biçimde en yüksek fiyat veren kimse ile yapılan satım akdidir.¹¹⁵²

İhale ise aynı yöntemle bir işi en uygun/ düşük fiyata yaptırmak için müracaat edilen bir yoldur. Yaptırılmak istenen bir iş ihaleye çıkarılır açık veya kapalı teklifle en uygun fiyatı veren kişiye o iş bırakılmış olur. Yani müzayede de mal satışı söz konusu olduğu için en yüksek fiyatı veren tercih edilirken ihalede ise yaptırılacak işin en ucuza mal olması hedeflenir.¹¹⁵³

Buna göre şöyle diyebiliriz; bir malın gerçek değerini veya alabileceği en üst değeri ortaya çıkarmak ve bir işin yapılabilirlik hakiki yahut asgari fiyatını belirlemek ve işi ona göre vermek için müzayedeye ve ihaleye başvurulur.

Muhammed Sabuni, müzayedeyi şöyle tanımlıyor; her hangi bir şey satışa sunulur insanlar da bir birlerinin verdikleri fiyat teklifini artırarak onu almak isterler sonunda en yüksek fiyatı veren kişide karar kılınır ve böylece satış tamamlanmış olur.¹¹⁵⁴

Velâyet sahibinin velisi bulunduğu kişiye veya devlet yetkililerinin kamuya ait olan ya da mahkemenin hacz edilen malı satarken müzayede usulünü uygulaması müstehap kabul edilmiştir.¹¹⁵⁵ Zira bu yolla mal sahibi açısından en iyi fiyat elde edilmiş olunur.

Müzayede akdi bizzat Hz peygamber tarafından yapılmış bir akittir. Enes bin Malik'in rivayet ettiği bir hadiste bir adam gelip fakirlikten dert yandı. Peygamberimiz de geride bir şeyin var mı diye sorunca adam, bir bardak ve bir kilimi/çulu olduğunu söyledi. Bunun üzerine Peygamberimiz onları getittirdi ve satışa sundu. Bir adam bir dirheme almak istedi bunun üzerine Peygamberimiz kim daha fazla verecek diyerek yani artırarak onları iki dirhem veren birisine sattı.¹¹⁵⁶

Tirmizi, Sünen'inde bu hadisi zikrettikten sonra bazı ilim ehli kimselere göre ganimet ve miras mallarının da müzayede yoluyla satılmasında bir beis görmediklerini söyler. Yine hadis alimlerinden Buhari de Sahih'inde müzayede babının başında

¹¹⁵² Erdoğan, "Müzayede", 358; Özdirek, 63.

¹¹⁵³ Yeniçeri, 406.

¹¹⁵⁴ Sâbûnî, I, 98.

¹¹⁵⁵ Cengiz Kallek, "Müzayede", *DİA*, XXXII, 236-238.

¹¹⁵⁶ İbn Mace, Ticaret, 25/2198; Tirmizi, Buyu, 10/1218; Ebu Davud, Zekat, 24/1641.

Ata'nın "İnsanların ganimet mallarını müzayede yoluyla satılmasında bir sakınca görmediklerini anladım." sözünü vermektedir.¹¹⁵⁷

Bu deliller göstermektedir ki müzayede akdi caizdir. Çünkü müzayede akdinde tarafların her hangi bir zararı söz konusu değildir. Tam tersine satıcı açısından satılacak malın en yüksek değerden alıcı bulması sağlanarak satıcının o satıştan gözetdiği maslahat gerçekleşmiş olmaktadır. Alıcı ise bilerek ve isteyerek o fiyatı vererek almakta ve bunda kendisi için bir maslahat görmektedir ki bunu kabul etmektedir. Yani her iki taraf açısından da akitlerde asıl olan rızaya dayalı maslahat gerçekleşmektedir.

Bir önceki teklif sahibiyle satıcı arasında anlaşma eğilimi belirmeden yani fiyatta henüz anlaşma olmadan pazarlık sürdürüldüğü için müzayede, hadislerle yasaklanmış olan pazarlık üzerine pazarlıktan ayrılmaktadır. Ancak tarafların mutabakat sağlamasının ardından bilerek yapılan arttırma pazarlık üzerine pazarlık kapsamına girer.¹¹⁵⁸

Müzayedede Hanefilere göre satışa arz edilen bir mala, iştirakçilerden her bir kişinin fiyat vermesi icap, satıcının belli bir fiyatta karar kılması ise kabulü oluşturur. Diğer mezhep hukukçuları ise satıcının onayını ertelenmiş icap, alıcıların tekliflerini ise kabul sayarlar.

İştirakçilerden birisin, teklifini geri çekmesi başkasının daha yüksek fiyat vermesinden önce gerçekleşirse bu durumda icaptan rucûun diğer satışlardakinden farkı yoktur. Buna göre iştirakçinin kabul edilmeden önce icabından dönme muhayyerliği vardır. Zira diğer akitlerde de kabul gerçekleşmeden önce icapçının icabından dönme hakkı vardır.

Hanefî ve Mâlikîler'e göre karşılıklıhîcâbve kabul gerçekleştikten sonra taraflar aynı mecliste bulunmayı sürdürseler bile satıcının daha yüksek bir teklif geldiğinde rucû hakkı yoktur. Çünkü akit tamamlanmıştır. Şâfiî ve Hanbelîler'e göre ise satıcının rucu hakkı vardır. Bu görüş ayrılığının sebebi ikinci gruptakilerin satıcıya meclis muhayyerliği tanınması, birincilerin tanımamasıdır.¹¹⁵⁹ Akitlerdeki muhayyerliklerin neler olduğu ve hukukçuların bunlara yaklaşımlarının ne olduğunu birinci bölümde anlatmıştık.

¹¹⁵⁷ Buhari, Buyu, 58/2141.

¹¹⁵⁸ İbnü'l- Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, VI,477.

¹¹⁵⁹ Kallek, *DİA*, XXXII, 236-238.

İslam Konferansı Teşkilâtı'na bağlı İslam Fıkıh Akademisi 1994 yılında Bruney'de gerçekleştirdiği sekizinci dönem toplantısında bey', icâre vb. işlemlerin müzayedeye konu olabileceği, ihtiyarî ve cebrî gibi kısımlara ayrılan bu akdin, tanzim şeklinin, kayıt-kural ve şartlarının şer'î ahkâmla çatışmaması gerektiği, iştirakçilerden teminat alınabileceği, ancak mezat sonunda bunun alıcının / yüklenicinin ödeyeceği bedelden düşülüp diğerlerine geri ödenmesi îcâp ettiği, kayıt ücreti talebine bir mani bulunmadığı ve neceşin çeşitli türlerinin haram kılındığı kanaatine ulaşmıştır.¹¹⁶⁰

Müzayede akdine benzemekle birlikte ondan farklı olan bir durum vardır ki bu, yapılıp tamamlandıktan sonra daha uygun fiyat vererek önceki akdi bozma durumudur. Bu, Abdullah bin Ömer'in rivayet ettiği "Sizden birisi kardeşinin satışı üzerine satış, pazarlığı üzerine pazarlık yapmasın"¹¹⁶¹ hadisi ile peygamberimiz tarafından yasaklanan bir durumdur.

İmam Nevevi, Sahih-i Müslim'deki bu hadisi şöyle açıklamaktadır. Kardeşinin satışı üzerine satış yapmak demek bir kimse bir şey satın alıp da muhayyerlik süresi içerisinde bir başka satıcı gelip, bu alış-verişi boz ben sana onun gibisini daha ucuza satarım ya da ondan daha iyisini aynı fiyata veririm derse bu haram olur. Bunun gibi kardeşinin alış üzerine alış yapmak da haramdır. Bu ise şöyle olur; muhayyerlik müddeti içerisinde olan satıcıya, bu alış-verişi boz ben senden o malı daha fazla fiyata alırım der. Kardeşinin pazarlığı üzerine pazarlık ise şöyle olur; alıcı ile satıcı muayyen bir fiyat üzerinde anlaşmışlar fakat henüz akit tamamlanmamışken birisi gelerek satıcıya bu malı ben daha pahalıya alırım der. Burada fiyat kesinleştiği için bunu bozacak böyle bir davranış da haramdır. Fakat müzayedeli satışlarda pazarlık üzerine pazarlık yani fiyat üzerine yeni fiyat vermek haram değildir.¹¹⁶² Çünkü o akde katılan herkes bilmektedir ki satıcı en son fiyatı kabul edinceye kadar verilen fiyatlar kesinleşmemiştir.

Alış-veriş yapılırken bazen taraflar belli bir müddet muhayyerlik süresi kullanırlar. Bu süre içerisinde alıcıya veya satıcıya gelerek bu alış-verişlerinden vaz geçmelerini, kendilerinin onlara daha uygun fiyata mal satacağını veya alacağını söyleyerek onların yaptıkları bu alış-verişi bozdurmak istemektedirler. Bazen de bu fiyatın kesinleşip ama henüz akdin tamamlanmadığı bir sırada gerçekleşir ki her iki

¹¹⁶⁰ *Mecelletü Mecmai'l-fıkhi'l-İslâmî*, VIII, 541-596; Kallek, *DİA*, XXXII, 236-238.

¹¹⁶¹ Buhari, *Buyu*, 58/2139.

¹¹⁶² Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref Nevevî, *el- Minhac Şerhu Sahih-i Müslim*, X, 158, I-XVIII, Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut 1392.

durumda da tarafların tedirgin olmalarına ve yaptıkları akitten vaz geçmelerine sebep olur. Bu ise taraflar arasında çekişmelere ve dargınlıklara yol açar. Zira taraflardan birinin o akit ile elde etmek istediği menfaatine engel olunmuştur.¹¹⁶³

Yine müzayedeye benzeyen diğer bir durum ise gerçekten alma kastı olmaksızın sırf fiyatı daha yükseğe çekmek amacı ile müşteri kızıştırmaktır. Bunu yapanlar genelde satıcı ile aralarında doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaat ilişkisi olan kimselerdir. Bu da Ebu Hureyre'den gelen bir rivayette peygamberimiz tarafından “Şehirlinin köylü adına satış yapmasını, neceş/müşteri kızıştırmayı, bir kimsenin kardeşinin satışı üzerine satış yapmayı ve evlenmek için talip olduğu kimseye talip olmayı yasakladı”¹¹⁶⁴ hadisi ile yasaklanmıştır.

Neceş/müşteri kızıştırma yasaklandı çünkü bu bir aldatma ve hıyanettir. Zira kendisi gerçekten alıcı olmadığı halde sırf fiyatı yükseltmek için böyle bir yola girmekte ve gerçek alıcıları zarara sokmaktadır. Bu aldatıcı eylem maalesef bugün müzayede ve ihale akitlerinde de uygulanmakta hatta bu yolla para kazanma yoluna gidilmektedir. Şöyle ki kendisi gerçekten alıcı olmadığı halde müzayedeye veya ihaleye girmekte ve fiyat artırmaktadır. Mala veya işe gerçekten talip olan kimseler ise bunlara müzayede veya ihaleye girmesinler diye haraç verirler.¹¹⁶⁵

Bu uygulama yanlış olduğu gibi bunun ters yönden işletilmesi olan müzayede ve ihalelerde fiyatı yükseltmemek yani en uygun fiyatı engellemek için gerçekten alıcı olanların diğer katılımcılar tarafından tehdit edilerek veya para verilerek müzayede veya ihaleden çekilmelerini sağlamak ta yanlıştır. Zira burada mal gerçek değerinin altında satılarak veya ihale konusu olan işdeğerinden yüksek fiyata yapılarak mal veya iş sahibi kimse veya devlet zarara uğratılmış olmaktadır.

Bu durum Malikî hukukçular ve Hanbelîler'den İbn Teymiyye'ye göre iştirakçilerden birinin, malın daha ucuza kapatılması için rakiplerinden biriyle belli bir pay veya bedel karşılığında anlaşarak müzayededen veya ihaleden çekilmesini istemesinde başka tekliflerin gelmesi ihtimali varsa sakınca yoktur. Çünkü başka katılımcılar olduğu için o bir kişinin çekilmesiyle fiyatların artırılmasında her hangi bir kayıp olmaz ve mal ve iş sahibi bir zarara uğramaz. Rakibinin çekilmesini isteyen

¹¹⁶³ Yeniçeri, 407.

¹¹⁶⁴ Buhari, Buyu, 58/2140; Müslim, Nikah, 6/51-52.

¹¹⁶⁵ Yeniçeri, 408.

iştirakçi, müzayede ve ihaleden ayrılan tarafa aralarındaki anlaşma karşılığında borçlandığı bedeli, malı veya işi almasa bile ödemekle mükelleftir. Söz konusu payın mal üzerindeki gizli ortaklık sebebiyle değil ödül olarak belirlenmesi durumunda çekilme talebi câiz sayılmaz. Ayrıca daha sonra paylaşmak maksadıyla ihtiyaç duydukları malı yahut ihaleyi ucuza kapatmak için biri hariç bütün veya çoğu iştirakçilerin ya da tüccarbaşı gibi çoğunluğu peşinden sürükleyebilecek konumdakilerin danışıklı çekilmesi satıcıya ve ihale sahibine zarar vereceğinden câiz görülmemiştir. Mâlikîler bunu müşteri açısından neceşe kıyaslamakta ve satıcının rızasını zedelediğini düşünmektedir. Ayrıca vekil konumundaki mezatçının iştirakçilerden biriyle gizlice ortaklık yapması malı daha pahalıya pazarlamaya çalışmayabileceği için Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre satıcıya hıyanet sayılmıştır. Şâfiîler buna mal sahibinin onaylaması kaydıyla, bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel de piyasa fiyatının üzerine çıkılması durumunda cevaz vermiştir.¹¹⁶⁶

Müzayede ve ihalelerin konumuz olan akit hürriyetinin sınırlandırılması ile olan alakası ise bir satım akdinde birden fazla müşterinin olması ve bunlardan birinde karar kılarak diğerlerinin dışarıda bırakılması. Yani satıcı tarafından bakıldığında bir açıdan o en fazla fiyat veren müşteriden yana tercihini kullanarak hür iradesi ile onunla akit yapmaktadır. Fakat diğer bir açıdan bakıldığında ise satıcı en son fiyat verene satma mecbûriyeti ile de karşı karşıyadır. Yani en son teklif vereni tercih etmeyip te bir öncekine veremeyeceğine göre burada satıcı açısından bir sınırlama söz konusu olmaktadır. Alıcılar tarafından bakılınca da kişi istediği halde bir akdi kuramamaktadır. Yani akde konu olan mal satışa arz edildiği halde ve kendisi de onu almak için teklif verdiği halde bu teklifi havada kalmaktadır.

Akit hürriyetini sınırlandıran diğer tüm uygulamalarda olduğu gibi burada da hukuk sistemi, gözetmiş olduğu genel maslahat ve kamu yararı gereği taraflar açısından değişik bağlayıcılıklar getiren böyle bir akdi de kabul etmiştir.

¹¹⁶⁶ Kallek, *DİA*, XXXII, 236-238.

3.1.14. Üreticinin Şehir Girişinde Karşılanması ve Şehirlinin Köylü Adına Satış Yapması

İslam hukukunun iktisadi meselelere bakışı, insanların hür iradeleri ile ve normal serbest piyasa şartlarında her hangi bir mağduriyet yaşamadan istedikleri akitler aracılığı ile ihtiyaçlarını temin etmelerini sağlamaya yöneliktir. Zira akitlerin temelinde karşılıklı menfaatlerin dengeli bir şekilde sağlanması ve korunması ilkesine dayalı olarak insanların ihtiyaçlarını karşılamak vardır.

İslam hukukunun genel anlayışı tarafların ortak menfaatini korumak olunca taraflardan birinin lehine diğerinin aleyhine olacak şekildeki uygulamaları yasaklamaktadır. Bu sebeple serbest rekabeti engelleyip piyasa fiyatlarının sunî olarak artışına sebebiyet veren, ihtikâra zemin hazırlayan ve tekelleşme oluşturan muameleleri yasakladığı gibi şehirli tüccarın, pazara dışarıdan mal getiren câlib ya da üreticileri daha pazara gelmeden yolda karşılamasını ve şehirlinin köylü adına satış yapmasını da yasaklamıştır. Çünkü bu davranış o üretici ve calibin/ithalatçının piyasa fiyatlarını öğrenmelerine fırsat bırakmadan ellerindeki malı ucuza kapatıp daha sonra yüksek fiyatlarla satılmasını ve böylece hem üretici ve ithalatçıların daha ucuza mallarını satmalarına hem de tüketicilerin daha pahalıya mal almalarına yol açmaktadır.

Telakki'r-rukban, satıcıların piyasalarla ilgili bilgiye serbestçe ulaşabilmesi ilkesini zedelemekte ve alıcı tekellerine yol açmaktadır. Yani hem işin asıl zorluğunu çeken üretici ve ithalatçının hem de tüketicilerin çift taraflı sömürülmesine yol açmaktadır. Bunun yasaklanması ile hem üretici ve dışarıdan mal getiren tüccar/ calip hem de tüketici korunmuş olmaktadır. Faydasız ve her iki tarafa da zarar veren aracılık istenmemektedir.¹¹⁶⁷

Bu genel amacı muhafazaya yönelik bir başka önlem de şehirlinin köylü adına satışının yasaklanmasıdır. Çünkü bu tür bir muamelede üreticiyle tüketici arasına giren aracı/simsar, ürünün piyasaya arzını geciktirerek ve herhangi bir emek ya da masraf yüklenmeden sunî olarak fiyat artışlarına yol açmaktadır. Yani bir taraftan aracı olan şehirli hiçbir emek veya sermaye koymadan ve hiçbir risk alamdan havadan para kazanmakta diğer taraftan ise o ürün tüketiciye daha pahalıya mal olmaktadır.

¹¹⁶⁷ Yeniçeri, 387.

Ebu Hureyre'den gelen bir rivayette peygamberimiz bu iki uygulamayı da yasaklamıştır.¹¹⁶⁸ Cabir (ra) gelen rivayette ise peygamberimiz; “Şehirli köylü adına satış yapmasın. İnsanları bırakın Allah bir kısmını diğerleri eli ile rızıklandırsın.”¹¹⁶⁹ buyurmuştur.

Aslında zahiren bakıldığında her hangi bir ehliyet eksikliği olmayan akit hürriyetine sahip kimselerin kendi rıza ve istekleri ile akit yapmakta oldukları görülmektedir. Yani burada akdin yasaklanmasını ve akit hürriyetini ihlal eden her hangi bir şey yokmuş gibi algılanmaktadır. Fakat mesele daha derinlemesine tahlil edildiğinde İslam hukukunun gözetmiş olduğu genel maslahatın, taraflardan birinin aleyhine bozulduğunu ve bunun da neticede tüm toplumu olumsuz yönde etkileyeceğini görmemiz mümkündür. Zira her iki durumda da işin içinde yani ürünün üretilmesi ve oraya kadar getirilmesinde hiçbir emek ve sermaye katmayan ve riskalmayan birisinin hem bu bunu yapanlara hem de tüketicilere zararı söz konusudur.

Akit hürriyeti açısından bakıldığında evet o şehirli tüccarın gerek yolda karşılaması gerekse üretici/köylü adına akit yapması yasaklanarak bir sınırlama getirilmektedir. Fakat bu söylediğimiz gibi diğer tüm sınırlamalarda olduğu gibi İslam hukukunun her zaman ve her yerde ve herkes için gözetmiş olduğu adalet gereğidir. Bu yasak ile bir taraf kısıtlanırken üretici ve tüketici olarak toplumun büyük kesimi olan diğer tarafların menfaatleri korunmuş olmaktadır.

3.2. AKDİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ HÜRRİYETİ

Akitlerin temelinde insanın ihtiyacının olduğunu ve zaman içerisinde insanların, bu ihtiyaçlarını karşılamak için değişik tür ve tarzda akitler ihdas ettiklerini bilmekteyiz. Tabii ki bu akitleri belli bir şekil içerisinde icra etmişlerdir. Ancak bu şekiller bu akitler için zorunlu bir durum mudur yoksa bu şekillere bağlı kalmadan da akit kurulabilir mi? Mademki akitlerin temelinde insanların ihtiyacı yatmaktadır. Öyleyse insanlar diledikleri akit tiplerini kurmaları ve bunların muhtevalarını diledikleri şekillerde oluşturmaları da gerekmez mi? Yani böyle bir hürriyetlerinin olması onların hakkı değil midir?

¹¹⁶⁸ Buhari, Buyu, 71-72/2159-2162; Müslim, Buyu, 5-6/ 1519—1521.

¹¹⁶⁹ Müslim, Buyu, 6/ 1521.

3.2.1. Akdin Şekli

Birinci bölümde akdin tanımını ve rükün, kuruluş, sıhhat, nefaz ve lüzum şartlarını kısaca izah etmiştik. Orada bu şartların olması halinde akdin aldığı pozisyonu ve bulunmadıklarında da ne gibi noksanlıkla karşı karşıya olduklarını zikretmiştik. Yani bu şartlar tamam olduğunda akdin hükmü ne oluyor, noksan olduğunda ne oluyor bunları orada görmüştük. Orada akdin birçok hukukçu tarafından yapılan tanımlarını vermiştik. Ali Hafif'in yapmış olduğu tanımdan sonraki açıklaması konumuz olan akdin şekliyle alakalıdır. Zira akdin rüknü yani en temel unsuru olanîcâbve kabulün nasıl ortaya konması gerektiğini izah ediyor. O açıklama, akdin meydana gelmesinde esas olan, akdin taraflarının iradelerinin kesin olarak mevcudiyeti ve bu iradelerin taraflar arasında hukuki bir iltizâm tesis etme hususunda birbirine muvafık olması ve bu muvafakata delalet eden bir sözlü veya yazılı ifadenin, işaretin veya fiilin bulunmasıdır.¹¹⁷⁰

Buna göre akdin meydana gelebilmesi için elzem olan, irade beyanlarının kesin ve bağlayıcı bir şekilde dışa yansımaları olanîcâbve kabulün bir şekilde ifade edilmesidir. Bu şeklin söz, haberci, yazı, işaret, delalet/durum, sükut veya fiil olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan iradenin tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde kesin olarak ifade edilmesidir.

Tabii bu genel ilke bütün akitler için tespit edilmiş olmakla birlikte bazı özel akitler de vardır ki o akdin meydana gelebilmesi için sadece irade beyanlarının açıkça ortaya konması yeterli değildir. Orada ayrıca akdin konusu olan şeyin de teslim edilmesi gerekmektedir. Bunlara aynı akitler denir ki bunlar; hibe, ariyet, vedia, karz ve rehin akitleridir. Bunların ortak özelliği teberra akitleri olduğu için ayınları/ akdin konusu olan şey teslim edilmedikçe bunlarda sadece irade beyanı olanîcâbve kabul ile akit tamamlanmış olmamaktadır.¹¹⁷¹

Buna göre şekil hürriyeti; akdi meydana getiren karşılıklı ve bir birine uygun iradelerin açıklanma tarz, biçim ve vasıtalarını ifade eder. Ayrıca akdin ilan edilmesi, tescil edilmesi veya şahit bulundurulması da akdin şekli ile alakalı konulardır.¹¹⁷² Yani

¹¹⁷⁰ Hafif, 230-231.

¹¹⁷¹ Zerka, I, 419.

¹¹⁷² Çalış, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi", 284.

bu şekil şartlarına bağlı kalmak zorunluluğu var mıdır yok mudur? Bunlardan birine bağlı kalmak zorunluluğu varsa o zaman şekil hürriyeti yok demektir.

Akitlerde şekilcilik örnekleri iki hususta toplanmaktadır. Birincisi akdin sigasında yani icâbve kabulün belli kalıplarda ve şekillerde olup-olması hali. İkincisi ise akdin icâbkabul ile tamamlanmayıp bir dış şekle ve merasime ihtiyaç duyup duymadığı hali. Şahit, ilan, tescil ve teslim bu dış şekil şartlarıdır.

Bu açıdan bakıldığında akitler, şekli akitler ve rızai akitler diye iki gruba ayrılır. Şekli akitler, hukuken varlık kazanabilmeleri belirli şekil şartlarına bağlı olan akitlere şekli akitler denir. Nikah akdinde ilan, şahit ve/veya tescilin olması, gayri menkullerin satışının veya rehin verilisinin ya da irtifak haklarının kullanılmasının tapuya tescil ettirilmesi, kira kontratının imzalanması ve ayni akitler olan hibe, ariyet, vedia, karz ve rehin akitlerinde ayn'ın teslim edilmesi bu akitleri şekli akitler yapmaktadır.¹¹⁷³

Rızai akitler ise tamamlanabilmesi için belli bir şekil şartı olmaksızın sadece icap-kabul ile tamamlanan akitlerdir ki şekli akitlerin dışındaki diğer tüm akitler.¹¹⁷⁴

Şefik Şehate'ye göre İslam hukukunda akitlerde şekil olmaması asıldır. Buna göre akit, herhangi bir özel hareket, işaret veya merasime ihtiyaç duymadan kurulur ve taraflara karşılıklı sorumluluklarını yüklemiş olur. Bu husus İslam hukukunun temel özelliklerinden kabul edilir.¹¹⁷⁵ Hatta Ali Bardakoğlu'na göre bu husus yani mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir.¹¹⁷⁶

3.2.2. Akdin Sigası

Akdin rüknü olan icâbve kabulün ifade biçimlerine akdin sigası da denir. Bu, akdin meydana gelmesini sağlayan icâbve kabulün fizik alemde özel tarzda ortaya konmuş şeklini ifade eder. Yani akde dair irade beyanını ortaya koyan icâbve kabul, akdin dışı vuran şeklidir. Buna göre hukuk literatüründe akdin sigası, akdin taraflarından sadır olup onların kasıtlarına açıkça delalet eden ve içteki iradelerini

¹¹⁷³ Senhûrî, *Nazıryetü'l-Akid*, I, 112-120.

¹¹⁷⁴ Çeker, 115; İnandır, 48.

¹¹⁷⁵ Zerka, *el-Medhal*, I, 421.

¹¹⁷⁶ Bardakoğlu, 10.

açıklayanâcâbve kabulün ifade biçimidir. Bu da; söz, haberci, yazı, işaret, delalet/durum/sükut veya fiilden biri veya bir kaç ile olabilir.¹¹⁷⁷

Akdin sigasının, tarafların örfüne göre pazarlık, vaad ve benzeri başka bir manaya ihtimali olmayacak şekilde açıkça onların akit inşa etme iradelerine delalet etmesinenses olduğu hususunda İslam hukukçuları ittîfâk etmişlerdir. Bu açık delalet olduktan sonra onun sözlü veya yazılı olmasının, işaret ile veya başka her hangi bir fiil ile yapılmasının arasında bir fark yoktur. Yani önemli olan tarafların akit iradelerinin net bir şekilde dışa yansımastır ki bunaâcâbve kabul denir. Konunun özeti budur.¹¹⁷⁸

Buna göre İslam hukukunda akdin taraflarının akde dair karşılıklı rızaları akdin kurucu tek unsurudur ve akit, bu rızayı anlaşılır bir biçimde izhar eden her türlü şekil, biçim ve vasıta ile kurulur. Yani akitlerin illa da sözlü ve bu sözlerin belli bir kalıpta olması veya yazılı olması şart değildir. Bu gibi şekillerin olması gerekmemektedir.¹¹⁷⁹

Diğer taraftan insanların hayatını belli ilkeler doğrultusunda belli forumlarda düzenleyen hukuk sistemlerinin şekilden tamamen vaz geçmeleri düşünülemez. Fakat özellikle muamelat alanında – ki bizim konumuz olan akitler de bunun bir parçasıdır.- şekil ve isimden ziyade öz ve mana yani dış unsurdan ziyade iç unsur önemlidir. Zira şu külli kaideler bunu veciz bir şekilde ifade etmektedir. “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.” Bir işleme verilecek hüküm, o işten maksat ne ise ona göre olur. Bir eylemde bulunan kişinin o işlemi yaparkenki maksadına ve niyetine göre değerlendirilir. Bütün hukuki muamelelerde şekil şartlarına nispetle iç iradenin daha önemli olduğunu ifade eden bu kaide, İslam hukukunda şekilci bir anlayışın değil eylemlerdeki asıl maksadın önemli olduğuna vurgu yapmaktadır.¹¹⁸⁰ “Ukudda itibar makasid ve meaniyedir, elfaz ve mebaniye değil.”¹¹⁸¹ Aslında bir önceki maddenin daha genel ifade ettiği şeyi bu madde sınırlandırarak sadece akitlerdeki durumu ifade etmektedir. Aslında bu kaidenin vurguladığı gibi manaya itibar edilmeli fakat lafızlar da manaların kalıpları olduğundan lafızlar da dikkate alınır. Ancak yapılan bir sözleşmede kullanılan

¹¹⁷⁷ Hafif, 246; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 63-80; Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 84-130; Zerka, I, 405-420; Abbas Hüsnü, 103-133.

¹¹⁷⁸ Hafif, 247.

¹¹⁷⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 63.

¹¹⁸⁰ Ali Haydar Efendizade, I, 28, Mecelle, md, 2; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 39.

¹¹⁸¹ Mecelle, md, 3.

lafızlar/sözler ile kastedilen anlam farklı farklı ise, o takdirde lafıza/söze değil anlama bakılarak değerlendirme yapılır.¹¹⁸²

Her iki kaide de akit hürriyeti açısından değerlendirildiğinde akitlerde şekil şartlarına nispetle iç iradenin daha önemli olduğunu ifade ederek İslam hukukunda şekilci bir anlayışın değil eylemlerdeki asıl maksadın önemli olduğuna vurgu yapmaktadır. Böylece akitlerde bu hürriyetin varlığı akit yapacak kimseler açısından geniş bir kolaylık sağlamaktadır.

Bütün bunlar gösteriyor ki bir akdin teşekkülü için şekille ilgili kalıp, biçim ve vasıtalarla ziyade hukuki bir netice elde etmeye yani akit kurmaya matuf irade açıklaması belirleyicidir. Binaenaleyh tarafların akdin kuruluşu sırasındaki iradelerini anlaşılır biçimde izhar ettikleri her türlü tarz, biçim ve vasıta ile akit teşekkül eder.¹¹⁸³

Ayrıca akitlerdeki şeklin, tarafları düşünmeye sevk etme ve böylece zararına olabilecek bir davranışta bulunmama, hukûkî muamelelere açıklık ve kesinlik kazandırma, ispat kolaylığı ve üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini sağlama gibi faydaları yanında hukuki muamelelerin yapılmasını güçleştirme, para ve zaman kaybına sebep olma gibi sakıncaları da vardır.¹¹⁸⁴

3.2.2.1. Akdin Sözle Olması

Klasik fıkıh kitaplarında iradenin açıklanma usul ve şekli yani akit sigası hususu oldukça teferruatlı bir biçimde ele alınıp incelenmiştir. Çünkü İslam hukuku irade beyanı hususunda objektif nazariyeye mütemayil bulunduğu için İslam hukukçuları irade beyanının ifade şekli üzerinde çokça durmuşlardır.¹¹⁸⁵

İçteki iradeyi ifade eden bütün vasıtaların başında söz vardır. Çünkü öteden beri bütün insanlar maksatlarını açıklamak için vasıta olarak ilk olarak sözlü ifadeyi kullanmışlardır. Bundan dolayı sözlü ifadeler insanların, ihtiyaç duydukları akitleri ve iltizâmları meydana getirme vasıtalarının ilki olmuştur. Kullanılan kelimeler akit veya iltizâm kurmaya açıkça delalet ettikleri takdirde bu ifadelerin hangi dilde ve kalıpta

¹¹⁸² Ali Haydar Efendizade, I, 35-36.

¹¹⁸³ Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi”, 285.

¹¹⁸⁴ Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi”, 285.

¹¹⁸⁵ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 84-130; Zerka, *el-Medhal*, I, 405-420; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 63.

olduğunun bir önemi yoktur. Yani bu konuda belli bir dil ve kalıp şartı söz konusu değildir. Çünkü maksat, insanın aklındaki akit kurma iradesini, kapalı veya müphem olmayan ve başka bir manaya gelme ihtimali de bulunmayan anlaşılır bir cümle ile ifade etmektir. Bu husus Hanefilere göre nikah akdi dahil bütün akitler için aynıdır. Fakat diğer mezhepler, nikah akdini ibadet yönü olması hasebi ile diğer akitlerden ayırarak belli ifade kalıpları ile kurulmasını şart kılarlar.¹¹⁸⁶

İrade beyanının sözlü olması halinde bu söz kalıplarının Arapça dil kuralları çerçevesinde hangi zaman kipinin irade beyanı için daha elverişli olduğu veya zorunlu olup olmadığı tartışılmıştır. Ancak bu tartışmaların, ciddi hak ve sorumluluklar doğuran bir akdi ilişkinin tartışmaya fırsat vermeyecek şekilde kesinlik arz etmesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.¹¹⁸⁷

Buna göre İslam hukukunda akit kurmaya en iyi delalet eden kalıp mazi/geçmiş zaman kipidir. Çünkü mazi kipi o şeyin fiilen mevcut olduğuna ve meydana geldiğine delalet eder. Akit kurarken bu kipi kullanılması, ortada bir pazarlık ve vaad olmayıp akdin fiilen meydana geldiğine daha iyi delalet eder. Zira bu kalıp; tereddüt, düşünme, danışma, pazarlık devrelerini aşarak kesin karar safhasına gelmiş iradenin en açık ifade şeklidir.¹¹⁸⁸

Geniş, şimdiki ve gelecek zaman kipi olan muzari, isim cümlesi, emir ve soru kalıpları ise ifade biçimleri gereği içteki iradeyi ifade noktasında kesinlik ve kararlılık ifade etmedikleri için bunlarla akit kurabilmek için kesin karalılığı gösteren bir karine olması gerekir. Aksi halde bunlarla yapılan akit kurulmuş olmaz, akde dair konuşulmuş olur.

Yani cevap kelimesi olan evet, isim cümlesi ve muzari fiilinin yani şimdiki, gelecek ve geniş zaman kiplerinin akit inşa etmek için kullanılmaları karinelerle vaad ve pazarlık kastından uzak olarak o anda akdin kurulduğunu kesin olarak ifade ediyorlarsa bunlarla o takdirde akit kurulmuş olur. Türkçede kullanılan şimdiki zaman, Arapçadan farklı olarak geçmiş zaman gibi kesinlik ve karalılık ifade eder.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁶ Hafif, 247; Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 84-99; Zerka, I, 405-411.

¹¹⁸⁷ Çalış, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi", 285.

¹¹⁸⁸ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 87; Zerka, *el-Medhal*, I, 410; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 64.

¹¹⁸⁹ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 88; Zerka, *el-Medhal*, I, 409; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 65; Abbas Hüsnü, 108-109.

Emir kipi de konuşanların örfünde ve üslubunda ihtimal ve şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin olarak akit kurmaya delalet ediyorsa bununla da akit kurulmuş olur. Hanefiler burada işi biraz daha sıkı tutarak emir kipinin pazarlık maksadıyla kullanılması muhtemel olduğu için onun satış akitlerinde akit kurmaya delaletinin kesin olması halinde akit kurulabileceğini söylemektedirler.¹¹⁹⁰

Hanefî mezhebinin görüşlerini esas alan Mecelle’de bu konular şu şekilde ifade edilmektedir. “Beyide icap ve kabul örf ve adet-i beldede inşay-ı bey için müstamel olan lafızlardır ki bunlarla pazarlık kesilip lisanımızda hayırlaşmak tabir olunur.”¹¹⁹¹ Yani satım akdi için belli bir sözü şart koşmayıp akdin yapıldığı yerde bunun için kullanılan sözler ne ise bunların hepsi de olabilir. Bundan sonraki maddelerde ise îcâp ve kabul için çoğunlukla mazi sigası kullanıldığı, muzari sigası ile kararlılık ifade eden o anki zaman kastedilirse akdin kurulmuş olacağı fakat gelecek zaman kastedilirse akdin kurulmuş olmayacağı sadece akit için bir vaad olduğu ve emir sigası ile de akit kurulamayacağı fakat hale delalet ettiği anlaşılırsa bununla da akit kurulmuş olacağı ifade edilmektedir.¹¹⁹²

Bütün mezheplerden istifade eden Irak medeni kanununda ise 77. maddede; “İcap ve kabul örf ve göre akit yapmak için kullanılan hertürlü sözdür. Birincisine icap, ikincisine kabul denir.” “İcap ve kabul mazi sigası ile olduğu gibi hal kastedilmek şartı ile muzari ve emir sigası ile de olur.”¹¹⁹³

3.2.2.2. Akdin Sözden Başka Diğer Vasıtalarla Olması

Yukarıda içteki iradeyi ifade eden bütün vasıtaların başında söz vardır dedik. Fakat sözden başka vasıtaların olduğunu ve bunlarla da akit yapılabileceğini söyledik. Sözden başka haberci, yazı, işaret, delalet/durum/sükut veya fiil de iradeyi izhar konusunda birer vasıtaadır.¹¹⁹⁴

Aynı akit meclisinde akit, sözle olduğu gibi açıkça yazılan yazı ile de olur Mecelle yazı ile akdin yapılabileceğini şu şekilde ifade etmektedir. “İcap ve kabul

¹¹⁹⁰ Hafif, 248-252; Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 89; Zerka, I, 411; Abbas Hüsnü, 110.

¹¹⁹¹ Mecelle, md, 168.

¹¹⁹² Mecelle, md, 169-172.

¹¹⁹³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 67.

¹¹⁹⁴ Abbas Hüsnü, 124-133.

şifâhen olduğu gibi mükatebe ile dahi olur.”¹¹⁹⁵ Buna göre ister aynı meclisteki hazır kimseler arasında isterse aynı mecliste olmayan gaipler arasında yazı ile de akit kurulur.

Akit yapanlar aynı mecliste değil iseler irade beyanı bir haberci/elçi ve mektup ile de yapılmaktadır.¹¹⁹⁶ Bugün bunlarla yani haberci/elçi ve mektupla benzerlik arz eden modern iletişim araçları olan telgraf, telefon, teleks, faks, e-mail ve internet vasıtası ile de akit yapılır. Burada haberci, mektup, telgraf, teleks, faks, ve e-mail sadece icâb veya kabulü ulaştıran birer araçtır ve gaipler arası akitleşme hükümleri caridir. Kaset, disket ve flaş bellek gibi materyallerle bilginin gönderilmesi de bu gruba dahildir. Sesli ve/veya görüntülü telefon görüşmesi ve internet üzerinden konuşarak veya canlı yazışarak yapılan akitler ise –her ne kadar aynı mecliste olmasalar da zaman bakımından- aynı mecliste yapılan sözlü ve yazılı akdin hükmünü alır. Zira bu sesli ve görüntülü araçlar aynen hazırlar arası akitte olduğu gibi tarafların bizzat ve doğrudan irade beyanlarını ortaya koymaya imkan vermektedirler. Buna göre bu modern iletişim araçlarından hangisi kullanılırsa kullanılsın tarafların, iradelerini ihtilafa mahal bırakmayacak şekilde açıkça izhar etmeleri sağlanmışsa bunlarla akit kurulmuş olur. Zira akitlerin temeli bu iradenin açıkça ortaya çıkmasıdır. Akitlerdeki şekil hürriyeti de işte budur.¹¹⁹⁷

İşaretle akdin kurulup kurulamayacağı hususunda konuşamayan dilsizin yazı da bilmiyorsa işaretle yaptığı akit ittifakla kabul edilmiştir. Çünkü onun içindeki iradesini anlatma vasıtası işarettir. Eğer dilsiz yazı biliyorsa bu takdirde hukukçular ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmına göre onun işareti kabul edilmez. Çünkü yazı maksadı açıklamaya daha elverişlidir ve farklı ihtimallerden de uzaktır. Yazı terk edilerek insanların çoğunun anlamadığı ve farklı ihtimallerden de uzak olmayan işarete gidilmez. Diğer bir kısmına göre ise dilsiz muhayyerdir ister işaretle isterse yazı ile meramını anlatır ve akit kurar. Hanefi ve Şafii hukukçulara göre konuşabilen birisinin işareti ise meramını anlatıcı da olsa muteber değildir. Dolayısıyla bunlara göre işaretle akit kurulmaz. Malikilere göre ise örf ve teamül icabı maksada delalet eden her söz, fiil ve

¹¹⁹⁵ Mecelle, md, 173.

¹¹⁹⁶ Hafif, 252; Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 99-105; Zerka, *el-Medhal*, I, 411-413.

¹¹⁹⁷ Abbas Hüsnü, 129; Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, 51-59.

davranış irade beyanı için geçerlidir. Bu hususta konuşabilen ile dilsiz arasında fark ta yoktur.¹¹⁹⁸

Dilsiz yazı bilsin veya bilmesin bilinen işareti ile akit kurulacağını Mecelle şöyle Maddeleştirmiş. “Dilsizin işaret-i ma‘rufesiyle bey‘ mün‘akit olur.” Mecelle şarihi Ali Haydar bu Maddenin şerhinde dilsizin yazı bilip bilmemesinin durumu fark ettirmeyeceğini söylemektedir.¹¹⁹⁹

Teati yolu ile yani hiç konuşmadan sadece rızaya delalet eden fiil ile akit yapılıp yapılamayacağı hususunda hukukçular farklı görüşlere sahiptirler. Hukukçuların bir kısmı bunu caiz görürken diğer bir kısmı ise bunu insanların örfü haline gelmiş ise caiz görüp değilse caiz görmemektedirler.¹²⁰⁰

Hanefilerin görüşünü benimseyerek yapılan kanunlaştırma olan Mecelle bu hususu da şöyle ifade etmiştir. “İcap ve kabulden maksad-ı asli ki terazı-i tarafeyndir. Buna delalet eden mübadele-i fi‘liyye ile dahi bey‘ mün‘akit olur ve buna bey‘-ı teati denir.” Ali Haydar efendi bu Maddenin açıklamasında ister basit bir şey isterse kıymetli bir şey olsun bu yolla akit olabileceğini zira akdin caiz olması lafzın şekli ile değil rızanın anlaşılması ile olduğunu söylemektedir.¹²⁰¹ Hanefilerin bu husustaki görüşleri cevaz yönünde olmakla birlikte diğer bazı mezhep imamlarının farklı görüşleri vardır.

Muasır hukukçulardan olan Ali Hafif, fiil ile akit hususundaki bu farklılığı, İbn Teymiyye’nin fetvalarından nakille şöyle açıklıyor. Bu ihtilaflar, hukukçuların akdin kurulmasında kabul etikleri temel prensiplerin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu temel prensip hususunda hukukçular arasında üç görüş vardır.

Birinci gruptakilere göre akitler mutlaka sözlü olarak yapılmalıdır. Çünkü niyet ve maksatlarını açıklamak için bütün insanların ortak anlatma vasıtası sözdür. Bunu yerine yazı da kullanılabilir fakat fiil ile akit olmaz. Çünkü fiillerin delaleti açık değildir. Ancak ihtiyacın gereği veya hakkında nas bulunanalar bunda istisna edilmiştir. Bu istisnai konulardan biri dilsizlerin işaretle konuşmasıdır. İmam Şafii’nin ve bir rivayete göre Ahmet bin Hanbel’in görüşü bu yöndedir.

¹¹⁹⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 69; Abbas Hüsnü, 124.

¹¹⁹⁹ Ali Haydar Efendizade, I, 265, mad, 174.

¹²⁰⁰ Abbas Hüsnü, 130.

¹²⁰¹ Ali Haydar Efendizade, I, 266, mad, 175.

İkinci gruba göre akitler söz ve yazı ile yapılabildiği gibi eğer insanlar arasında örf haline gelmiş ve örfen onunla akit tesis edildiği kabul edilmiş fiil ile de akit yapılır. Çünkü söz ve yazının akit yapmaya uygun görülmesinin sebebi bunlarla akit yapmanın insanlar arasında örf haline gelmesi ve bunların ortak kabul görmesidir. Özel bir akdin özel bir fiil ile yapılması onların arasında ortak kabul görmüşse söz ve yazı gibi o fiil ile de akit kurulur. Çünkü o insanlar arasında örf haline gelmiş olan o fiil artık söz gibi olmuştur. Bu görüşü benimseyenlerin başında Hanefiler gelmektedir. Ahmet bin Hanbel'den gelen diğer bir rivayette o da bu görüştedir. Şafii hukukçular da buna meyletmışlerdir ki bu sebeple teati yoluyla basit şeylerin satışını kabul etmişlerdir.

Akitlerde şekil hürriyetini en geniş tutan üçüncü grup hukukçulara göre akdin taraflarının maksatlarına açıkça delalet eden her türlü söz, yazı ve ister örf halini alsın ister almasın fiil ile akit kurulur. Bu konuda dinde de dilde de maksada açıkça delalet dışında her hangi bir sınır yoktur. Diller ve terimler çeşitlendikçe ve sayıları arttıkça bunların da çeşitleri ve sayıları artar. Birçok dil vardır ve bunlarda akitleri ifade eden birçok kelime vardır. İnsanların bu kelimeleri kullanma mecbûriyeti yoktur. Yazı ve işarete bunun gibi çeşitlidir. Rahatça anlaşıldıktan sonra özel bir yazı ve işaret şartı aranmaz. Çünkü hükümde esas olan anlaticıdır. Söz, yazı veya işarete sırf bu esasa delalet ettikleri için muteber sayılmaktadır. Aslında bunlar da dil, parmak ucu, baş veya ellerle yapılan fiillerden ibarettir. Öyleyse maksada delalet eden bütün fiiller de bunlar gibi olmalıdır. Buna göre dikkate alınacak husus, anlatmadır. Bunun sözle, yazı ile, işaret ile veya fiil ile olması fark etmez. Bu görüş İmam Malik'in temel prensiplerine uymaktadır. Ahmet bin Hanbel'in asıl görüşü de bu yöndedir. Ali Hafif bu üç görüşü verdikten sonra kendisi de bunu, dayanağı kuvvetli olduğu için tercihe en layık olan da budur diyerek benimsemektedir.¹²⁰²

Delaletin fiil ile değil de lisan-ı hal denilen durum ile akit kurulup kurulamayacağı meselesine gelince Şafiiler hariç diğer mezheplere göre sözlü olmayan fakat durum ve şartlara göre kesin olarak açıkça karşılıklı rızaya delalet eden her türlü fiil ve davranışlarla da akit yapılır. Nitekim İmam Serahsi, akit açık ifade ile tamam olduğu gibi bazen delalet yoluyla da olur derken, yine Hanefi hukukçulardan Zeyleî ise bey'ın caiz olması lafzın şekli ile değil rızanın ortaya çıkması ile olur demektedir. Kasani de şart bazen nas ile bazen de delalet ile olur demektedir. Maliki ve Hanbelilerin görüşleri

¹²⁰² Hafif, 254.

de bu yöndedir. Bütün bunlar gösteriyor ki İslam hukukunda tarafların akdin kurulması için ortaya koydukları tavır net bir şekilde iradelerini izhar ediyorsa bununla akit kurulmuş olur.¹²⁰³

Sükut akitlerde rıza/iradenin varlığına mı yoksa yokluğuna mı delalet eder. Genel olarak hukuki muamelelerde ve akitlerde sükut, bir şey ifade etmemesi ve bundan bir neticeye varılmaması esastır. Yani susan bir kimse ortaya bir irade koymamış demektir ve susana söz isnad edilmez. Genel kaide bu olmakla birlikte hususi şartlar ve karineler içinde sükut, o mesele veya akit kabul edilmese itiraz edilirdi şeklinde anlaşılır ve bununla rızanın varlığına hükmedilir. Yani İslam hukukunda prensip olarak sükutun muteber olmadığı benimsenmiş olmakla birlikte kişinin konuşması ve açıklama yapması gereken yerlerde susması zımni irade beyanı olarak kabul edilmiştir.¹²⁰⁴

Mecelle’de “Sakite söz isnad edilmez. Lakin ma’riz-i hacette sükut beyandır.” Bu prensip Irak medeni kanununda da hemen hemen aynı ifadelerle geçmektedir. 81. Madde şöyledir. “Susana söz isnad edilmez. Fakat açıklama yapması gerektiği yerde susmak kabul etmek demektir.”¹²⁰⁵ Yani susan bir kimse için şunu dedi denemez. Fakat konuşması gereken yerde susması kabul olarak anlaşılır. Bu ifadeler İslam hukukunun bu husustaki genel prensibini ve istisnalarını ortaya koymaktadır.¹²⁰⁶

3.2.3. Şekil Hürriyetini Sınırlayan Durumlar

Akitlerin kurulması noktasında İslam hukukçuları, şekilci bir bakıştan hareket etmeyip rızanın/iradenin açıkça ortaya konmasını sağlayan her vasıta ile akdin kurulmasına imkan tanımışlardır. Her ne kadar yukarıda zikrettiğimiz bazı hukukçular, sözün dışındaki yazı, işaret, delalet ve fiili davranış gibi vasıtaların iradeye delaleti konusundaki endişeleri sebebiyle bu meselelerde titizlik gösterip bir takım kayıtlayıcı hükümler koymuş veya olumsuz sonuç bildirmişlerse de hukukçuların çoğunluğu iradenin açık bir şekilde ortaya konmasını esas almıştır. Böyle olunca da vasıtaların ve şekillerin bir öneminin olmadığını ifade etmişlerdir.¹²⁰⁷

¹²⁰³ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 99-126.

¹²⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 75.

¹²⁰⁵ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 129.

¹²⁰⁶ Ali Haydar Efendizade, I, 66, mad, 67.

¹²⁰⁷ Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, 13.

Buraya kadar zikrettiklerimizden anlaşılan şudur ki İslam hukuku akit hürriyetini birinci başlıkta zikrettiğimiz in'ikad hürriyeti ve akdin diğer tarafını seçme hürriyeti olarak kabul ettiği gibi akdin şeklini belirleme hürriyeti olarak ta kabul etmiştir. Yani akdin kurulması için esas aldığı şey akdi kuracak tarafların iradelerini açıkça ortaya koymalarıdır. Akde dair rızanın belli olmasıdır. Bunun hangi vasıta ile ortaya konduğunun bir önemi yoktur. Çünkü bunların belli bir şekilde yapılmasını şart koşma akitlerin yapılmasını güçleştirme ve para ve zaman kaybına sebep olma gibi sakıncaları vardır. Bu anlayış akitlerde şeklin değil de asıl maksat olan rızanın ortaya çıkmasını ifade ettiği için akitlerde geniş bir şekil hürriyetinin olduğunu göstermektedir.

Fakat yukarıda akitlerdeki şeklin; tarafları düşünmeye sevk etme ve böylece zararına olabilecek bir davranışta bulunmama, hukuki muamelelere açıklık ve kesinlik kazandırma, ispat kolaylığı ve üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini sağlama gibi faydalarının olduğunu da söylemiştik.

Bu faydalarından yararlanmak ve yapılan akitlerden zarar görmemek için bazı akitlerde şekil şartlarının olduğunu görmekteyiz. Bu şekil şartlarının bulunması demek bu sahadaki akit hürriyetinin sınırlandırılması ve istisnaları demektir. Birinci başlıkta zikrettiğimiz in'ikad hürriyeti ve akdin diğer tarafını seçme hürriyetinin istisnaları olduğu gibi bu şekil hürriyetinin de istisnaları vardır.

Bizim konumuz olan borçlar hukuku sahasına girmemekle birlikte öteden beri bütün hukukçuların en sıkı bir şekilde üzerinde titizlik gösterdiği ve sadece icap kabul ile kurulmayıp bununla birlikte şekil şartı olan şahit bulundurma veya ilan ve tescil zorunluluğu olan nikah akdi bunun en bariz örneğidir.

Borçlar hukuku sahasına giren akitlerde ise gayr-i menkul satışlarının tapuda tescil ettirilmesi ve araba satışlarının da noter veya trafik tescilde kaydettilmeleri gibi örneklerde gördüğümüz üzere yapılan bu akitlerin önemine binaen tarafların bu akitler sebebi ile her hangi bir zarara uğramaması amaçlanmaktadır. Bu amacı sağlamak için yani tarafların akitten dolayı her hangi bir zarar görmemeleri adına teati yoluyla yapılan akitlerde bazı hukukçular sadece basit şeylerin satışına müsaade ederken pahalı şeylerin satışına ise müsaade etmediklerini biliyoruz. Yani burada akdin daha kuvvetli olan diğer vasıtalarla olma şartı aranmıştır. Hem şu anda uygulanan gayr-i menkul satışlarının tapuda tescil ettirilmesi ve araba satışlarının da noter veya trafik tescilde

kaydettirilmeleri örnekleri hem de pahalı şeylerin teati yoluyla satışının olmaması akitlerdeki şekil hürriyetini sınırlandıran bir durumdur.

Aynı akitler denilen; hibe, ariyet, vedia, karz ve rehin akitlerinde, -bunların ortak özelliği teberru akitleri olduğu için- ayınları/ akdın konusu olan şey teslim edilmedikçe bunlarda sadece irade beyanı olan icap ve kabul ile akit tamamlanmış olmamaktadır.¹²⁰⁸ Yani bu akitler ancak bir şekil şartı olan ayınlarının teslim edilmesi ile tamam olmaktadır. Bundaki gaye veren tarafın, karşı tarafı sadece sözle güvendirip de beklentisini boşa çıkarmamaktır. Böylece karşı tarafın zarar görmesini engellemek ve tarafların birbirlerine olan güvenlerini zedelememektir. Bu davranışla bu akitlerde şekil hürriyeti sınırlandırılmış demektir.

Şekil açısından akit hürriyetinin sınırlandırılmasında İslam hukuku, birinci başlıkta zikrettiğimiz in'ikad hürriyeti ve akdın diğer tarafını seçme hürriyetinin sınırlandırılmalarında hangi gayeleri güttü ise burada da aynı gayelerle bu sınırlandırmaları yapmaktadır. Yani insanlar, akitler sebebiyle ihtiyaçlarını karşılamaktadırlar, bunu yaparken her insan o akitten beklediği faydayı elde ederken karşı tarafa da zarar vermemesi asıldır. Bu akitleri, meramlarını rahatça ifade edebilecekleri vasıtalarla yaparken bilmeden veya kasten karşı tarafa zarar verecek tavırlardan da uzak durmalıdırlar. İşte hukuk insanlara hem bu kolaylığı sağlıyor hem de onların tamamının güvencesini temin ediyor. Yani bir taraftan insana verdiği bir hürriyeti diğer taraftan sınırlandırıyorsa onun ve diğer insanların daha ali menfaatlerini korumak ve böylece toplumda adaleti sağlamak istiyor.

3.3. AKDİ TANZİM/ DÜZENLEME HÜRRİYETİ

Akitlerle ilgili hukuki kurallar, hayatı düzenleyen en önemli hukuk kurallarındandır. Çünkü akitler insan hayatının önemli bir kısmını teşkil etmektedir. Bu bağlamdaki akit hürriyeti ise insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerden birisini teşkil eder. Zira sosyal bir varlık olan insanın, varlığını devam ettirebilmesi ve sosyal hayatta diğer insanlarla ilişkiler kurabilmesi yani bir takım akit ilişkilerine girebilmesi için bu sahadaki düzenleyici kuralların olması nasıl gerekli ise aynı şekilde akit hürriyetinin olması da zorunludur.

¹²⁰⁸ Zerka, *el- Medhal*, I, 419.

Bu bölümün ilk iki başlığında akit yapma ve karşı tarafı seçme hürriyeti ile akitlerdeki şekil hürriyetini ve bunları sınırlayan durumları ele alıp inceledik. Bu üçüncü başlık altında ise akit hürriyetinin diğer bir ayağını oluşturan akdi düzenleme hürriyetini ele alacağız. Bu da kendi içinde akdin konusunu dolayısıyla türünü seçme, düzenleme ve değiştirip ortadan kaldırma hürriyeti alt başlıklarına ayrılmaktadır. Buna göre akit yapacak kişiler önce yapacakları akdin konusunu/tipini seçme, seçtikleri bu akit türünü istedikleri gibi düzenleme ve kurdukları bu akdi ortadan kaldırma hürriyetine ne kadar sahiptirler.

3.3.1. Akdin Konusunu/Türünü Seçme Hürriyeti

İslam hukuku eserlerinde mahallü'l-akd veya ma'kud-ü aleyh, akdin mahalli veya konusu denilen şey, üzerinde akdin cereyan ettiği yani üzerine akit yapılan şeydir. Mevzuu'l-akd yani akdin mevzuu denilince de akdin asıl gayesi amacı ve ne için yapıldığı ifade edilmiş olunur.¹²⁰⁹

Buna göre akdin mahalli/konusu ya maldır -para da mal sayılır-; satım, karz, sarf akitlerinde olduğu gibi, ya menfaattir; kira, ariyet akitlerinde olduğu gibi, ya hem mal hem de menfaattir; hulu', sulh ve şirket akitlerinde olduğu gibi, ya da iştir; vedia, mudarebe, müzaraa ve müsakaat akitlerinde olduğu gibi.¹²¹⁰

Gayesi yani ne için yapıldığı ve neticesi açısından akitler; temlik/ mülkiyeti nakleden, iskat/ hak düşürücü, ıtlak/ yetki verme, takyit/ yetki kaldırıcı, teminat veya güvence verme, bir işin yapılması, bir hakkın kullanılması ve istifade etmek olan akitler şeklinde gruplandırılmıştır.¹²¹¹ Bunları birinci bölümde izah etmiştik. Bunlar burada bizim konumuzun dışında olduğu için ayrıntıya girmiyoruz.

Konusu itibari ile akit hürriyeti ve buna getirilen sınırlamaların esas gayesi, nelerin akde konu olup olamayacağı meselesini ortaya koymaktır. Çünkü akit, onu yapanlar için kanun mesabesinde olduğu için tarafları bağlayıcıdır ve onlara bir takım haklar yanında sorumluluklar da getirmektedir. Buna istinaden akde konu olabilecek şeyler üzerinde akit yapılmış ise tarafların ifâ sorumluluğu doğmuş demektir.

¹²⁰⁹ Zerka, *el- Medhal*, I, 400; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 158; Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 79, III, 6.

¹²¹⁰ Senhûrî, *Mesadîru'l-Hak*, I, 79; Zeydan, *el- Medhal*, 257; Yaman - Çalış, 262.

¹²¹¹ Hafif, 473; Zerka, *el- Medhal*, I, 400; Çeker, 114; İnanır, 45,51.

Taraflardan biri bu îfâdan imtina ederse karşı tarafın onu hukuki müeyyidelerle îfâyâ zorlama hakkı vardır. Hukuken akde konu olamayacak şey üzerinde akit yapılmış ise bu, ya batıldır ya da fasit yani ya tamamen hükümsüzdür ya da fesat sebebi ortadan kaldırılınca akdin hükümlerini yeniden alacak şekilde baştan sakat olarak kurulmuştur. Batıl veya fasit olması hallerinde –fesat sebebi devam ettiği sürece- tarafların bir birlerine karşı bu akitten dolayı ne bir hakları ne de bir sorumlulukları vardır.¹²¹²

Konusu itibari ile akit hürriyeti ve buna getirilen sınırlamaları ortaya koyabilmek için akde konu olabilecek şeylerin kısımlarını ve özelliklerini bilmemiz gerekir. Bu sebeple önce bunların kısımlarını ve özelliklerini ele alacağız sonra da akde konu olabilecek şeyler üzerinde cereyan eden akitleri türlerine göre ele alıp inceleyeceğiz.

Akdin konusunun özelliklerini görürken aynı zamanda nelerin hukuken akde konu olup olamayacağını da anlamış olacağız. Akde konu olabilecek bir şey mutlaka akit türlerinden birini teşkil edeceği için de akdin konusunu seçme hürriyeti deyince akdin türünü seçme hürriyeti de anlaşılmış olur. Yani üzerinde akit yapılan bir şey mutlaka akit tür/çeşitlerinden birine girmektedir. Bunlar da ya hukuk kitaplarında kendilerine bir isim verilen isimli akitler ya da henüz bir isim verilmemiş isimsiz akitlerdir.

3.3.1.1. Akdin Konusunun Kısımları

Akitlerin mahalli/konusu yani akdin üzerinde cereyan ettiği şey ya mal ya menfaat ya da bir iştir. Bunların her birini açıklayarak hangi akitlere konu olduklarını göreceğiz.

3.3.1.1.1. Mal ve Menfaat

Mal kelimesi sözlükte malik olduğun her şeydir manasına gelir. Buna göre henüz malik/sahip olunmayan denizdeki balıklar, arazideki avlar ve dağdaki ağaçlar mal değildir.¹²¹³ İnsanlarca maddi değeri olan her bir nesne anlamı da vardır ki bu manada sadece a'yan/ cismani varlığı olan şeyleri kapsar, menafi'/menfaatler kapsam dışı kalır.¹²¹⁴

¹²¹² Özdirek, 85.

¹²¹³ Hafif, 59.

¹²¹⁴ Erdoğan, "Mal", 340.

Hukuk literatüründe ise hukukçular farklı farklı tanımlar yapmışlardır. Bazı hukukçular şu tanımları yapmaktadır; mal, insan nefsinin meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirilmesi mümkün olan şeydir.¹²¹⁵ Diğer bazılarına göre mal, insanın maslahatı için yaratılmış, elde edilmesi ve normal bir şekilde kullanılması mümkün olan insanın dışındaki her şeydir.¹²¹⁶ Abdulkerim Zeydan bu tanımları verdikten sonra kendisinin de tercih ettiği Ali Hafif'in yaptığı tanımları vermektedir. Ona göre mal, ihraz/elde edilmesi ve normal şartlarda kendisinden faydalanılması mümkün olan şeylerdir. Buna göre bir şeyin mal olabilmesi için; hem ihrazının mümkün olması ve hem de normal şartlarda ondan faydalanmanın mümkün olması gerekir. Bu tanıma göre ihraz/elde edilmiş eldeki eşya ve henüz elde edilmeyen fakat elde edilmesi mümkün olan denizdeki balık maldır. Çünkü bunların elde edilmesi ve kendilerinden faydalanılması mümkündür. Fakat güneşin ısı ve ışığı, şeref, zeka, ilim ve sağlık gibi hıyazeti mümkün olmayan şeyler kendilerinden istifade edilse bile mal sayılmazlar. Diğer taraftan bir damla su, bir adet pirinç tanesi gibi şeyler ise ihrazları mümkün olsa da kendilerinden bu şekilleri ile faydalanmak mümkün olmadığı için mal sayılmazlar. Tanımdaki normal şartlarda kendisinden faydalanılmasından maksat hukukun serbest ve rahat ortamda kendisinden bir şekilde faydalanmayı bütün insanlar için mubah kılmasıdır. Normalde kendisinden faydalanmak yasak olup fakat zaruret halinde faydalanılması caiz olan leş mal sayılmazken Müslümanlar için normalde yasak olup zaruret halinde ise izin verilen şarap ve domuz ise Müslüman olmayanlar için yasak olmadığından bunlar da mal sayılmıştır.¹²¹⁷

Ali Hafif'in yaptığı tanıma göre hür insan mal sayılmamakla birlikte köle mal sayılır. Bir önceki tanımda ise insanın dışındaki şeyler mal sayıldığı için köle bile olsa insan mal değildir.

Modern hukukta eşya hukukunun alanını oluşturan bu kavram şey/eşya kavramı ile ifade edilmektedir. Buna göre eşya, üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi bir değer taşıyan şahıs dışı cismani varlıklardır. Bu tanıma göre hava, yıldız ve güneş

¹²¹⁵ Mecelle, md, 126.

¹²¹⁶ Zeydan, *el- Medhal*, 183.

¹²¹⁷ Hafif, 59; Zeydan, *el- Medhal*, 183-184.

gibi üzerinde hakimiyet kurulamayan şeyler ile insanlar arasında maddi bir değeri olmayan tek bir pirinç tanesi gibi şeyler mal sayılmazlar.¹²¹⁸

İlk tanımda geçen “insan tabiatının/nefsinin meylettiği” ifadesi ile bu tanımda geçen “iktisadi değer” ifadesi aynı şeyi vurguluyor ki malın bu özelliği en önemli unsurdur. Yine önceki tanımlarda geçen iddihar, ihraz veya hıyazet kavramları ile ifade edilen “ihtiyaç vakti için biriktirilmesi” şartı bu son tanımdaki “fiziki/cismani varlık” unsurunu ifade etmektedir.

Bütün bu tanımlar Hanefi hukuk ekolünün görüşünü yansıtmaktadır. Zira bu tanımlara göre bir şeyin mal olabilmesi için insan tabiatının meyletmesi/ iktisadi değeri olması yeterli olmayıp aynı zamanda biriktirilebilecek nitelikte yani somut/cismani/fiziki/maddi varlığı olması da gereklidir. Bu yaklaşıma göre haklar ve menfaatler başlı başına mal sayılmazlar. Yani kendiliğinden değerli olmayıp değer kazabilmeleri için akde ihtiyaç vardır. Yalnızca akde konu olmaları açısından ayn/mal gibidirler.¹²¹⁹

Hanefi hukukçuların genel yaklaşımı böyle olmakla birlikte yine mezhebin önde gelen hukukçularından Kâsânî birçok yerde menfaati mal olarak zikretmektedir. Mesela sulh akdinden bahsederken sulh bedeli olabilecek şeyleri zikrederken bunların ayn, deyn veya menfaat olması üzerinde dururken malın, ayn, deyn ve menfaat olması aynıdır demektedir.¹²²⁰

3.3.1.1.2. Mal ve Milk

Mal kavramı ile yakından alakalı olup aralarında benzerlikler diğer bir ifade ile aralarında umum husus ilişkisi olan mülk/milk kavramını da izah etmemiz gerekir. Zira akitlerin konusu olan mal, menfaat ve iş kavramları ile mülk/milk kavramı aynı konunun farklı veçhelerini ortaya koymaktadır.

Sözlükte mülk ve çoğulu olan “meleket” kavramları; otorite, güç, yetki ve hükümdarlık anlamlarına geldiği gibi milk; mal-mülk, servet, sahip olunan herşey ve

¹²¹⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 12.

¹²¹⁹ Serahsî, *Mebcut*, XI, 78.

¹²²⁰ Kâsânî, VI, 42.

zenginlik anlamlarına gelmektedir.¹²²¹ İkinci bölümüm baş kısmında İslam hukukunda otorite, güç, yetki ve hükümlanlığın kime ait olduğu noktasında bu kavramı kısmen açıkladık. Fakat burada mal ile olan alakası açısından ele alacağız.

Kelimenin sözlük anlamındaki bu çift yönlülük ıstılahî kullanımına da yansımıştır. Buna göre insanla eşya arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden milk kavramı için hukukçular birçok tanım yapmıştır. Fakat hepsinin ortak noktası eşya üzerinde insana verilen mutlak tasarruf yetkisidir.

Şöyle ki bir hukuk ıstılahı olarak milk; Bir ayn ya da menfaat üzerinde var sayılan ve sahibine ondan doğrudan yararlanma yetkisi veren şer'î bir hüküm, diğeri bir ifade ile kudret ve tasarruf yetkisidir. İkinci tanım ise şöyledir; şahsın, -ister ayn ister menfaat olsun - malik olduğu yani kendisine ait olup yalnız başına istediğı gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunduğu şeydir.¹²²² Her iki tanıma göre de fiziki varlığı olan mallar gibi menfaatler de mülke konu olmaktadır. Birinci tanımda milkin konusu dışında, milke konu olan o şey üzerinde hukuken verilen tasarruf yetkisi olduğu hususuna da vurgu yapılmaktadır.

Seyyid Şerif Cürçani ise Tarîfât'ta şu tanımlı yapmaktadır; milk, şahsa eşya üzerinde mutlak tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen insanla eşya arasındaki hukuki bağıdır.¹²²³ Görüldüğü gibi bu tarifte milk, insana eşya üzerinde hukuki olarak verilen tasarruf yetkisidir ki buna aktif yetki denir. Yani milk, eşyanın/malın kendisi değil onun üzerindeki tasarruf yetkisi onu kullanma hakkıdır. Bu tasarruf yetkisi eşyanın hem aynına sahip olmayı hem de onu kullanarak onun menfaatine sahip olmayı kapsamaktadır. Ayrıca başkasının tasarrufunu engelleyen kaydı ile de başkasının her türlü tasarruf ve müdahalesine engel olma hakkı da verdiği için aktif yetki ile beraber pasif yetkinin olduğunu da görmekteyiz.

Kemaleddin İbn'ül- Hümmam'ın yapmış olduğu tanım ise şu şekildedir; milk, milk konusu şey üzerinde tasarrufta bulunma hususunda başlangıçta hukuken tanınan

¹²²¹ “milk” ve “mülk” kavramları arasında kullanım açısından farklılık olduğunu; birincisinin insanın eşyaya hakimiyeti, ikincisinin ise eşya ve insan da dahil her şeye hakimiyet ve sahiplik anlamında Allah için kullanıldığını söyleyenler olmakla birlikte her ikisinin de aynı anlama geldiğini söyleyenler de vardır. Bkz; Rağıb İsfehâni, *Müfredat fi ğaribi'l-Kur'an*, 774; Firuzâbâdî, *Kamusu'l-Muhid*, 954.

¹²²² Erdoğan, “Milk”, 377, 419; Zuhaylî, IIV, 11.

¹²²³ Seyyid Şerif Ali b. Muhammed Cürçani, *Kitabu't- Tarifat*, 229, Daru'l-Kutu'l-İlmiyye, Beyrut 1983.

yetkidir.¹²²⁴ Bu tanıma göre vekil olan kimse müvekkili adına tasarrufta bulunduğu için malik değildir.

İbn Nüceym ise İbn'ül- Hümam'ın yapmış olduğu bu tanımları aynen alarak “bir engel olmadıkça” kaydının da olması gerektiğini söylüyor. Örnek olarak da mahcurun ve satıştan sonra henüz malı ve semeni teslim almamış kimselerin malları üzerindeki tasarruflarını veriyor. Bunlar o mallara sahiptirler fakat bir engel olduğu için tasarrufta bulunamamaktadırlar.¹²²⁵

Halit Çalış İslam hukukunda özel mülkiyet ve sınırlamaları adlı eserinde milk için hukukçuların yaptığı birçok tanımlı verdikten sonra şu değerlendirmede bulunmaktadır. “İslam hukukçuları eşya ile insan arasındaki en güçlü hakimiyet bağının hukuki tasviri olan milk kavramını tanımlarken kimisi onun hukuki bir gerçeklik olduğunu, diğer bir kısmı konusunu belirlemeyi üçüncü bir kesim ise onun şahıs ile eşya arasında bir ilişki olduğunu merkeze alarak konuyu anlatmak istemişlerdir.”¹²²⁶

Hanefi mezhebinin görüşlerine göre düzenlenen Mecelle’de de milk ve mal kavramları ayrı ayrı değerlendirilmiş, milkin muhtevası hem ayınları/fiziki, maddi varlığı olan şeyleri hem de menfaatleri içerecek şekilde ele alınırken mal, sadece maddi varlığı olan şeyleri kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Şöyle ki “Milk, ister a’yan ister menafi’ olsun insanın malik/sahip olduğu şeydir.” “Mal, insan tabiatının meylettiği, menkul veya gayr-i menkul olan ve ihtiyaç vakti için biriktirilmesi mümkün olan şeydir.”¹²²⁷ Görüldüğü gibi milk kavramı maddi varlığı olan şeyleri kapsadığı gibi maddi varlığı olmayan fakat sahip olunan menfaatleri de kapsamaktadır. Fakat mal kavramı ise ihtiyaç vakti için biriktirilme şartı olduğu için menfaatleri kapsamaz. Çünkü menfaat söz konusu eşyaya bağlı olup kullanıldıkça ortaya çıkan dolayısıyla biriktirilmesi saklanması mümkün olmayan bir şeydir. Milk ile mal arasında umum husus ilişkisi vardır. Her mal milktir ama her milk mal değildir.¹²²⁸

Milk ve mal kavramlarını karşılaştırdığımızda buraya kadar zikrettiklerimizden anlaşılan şudur ki milk, insanın eşya üzerindeki tasarruf yetkisidir. Buna malın aynına

¹²²⁴ İbnü'l- Hümam, VI, 248.

¹²²⁵ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, 382.

¹²²⁶ Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 26.

¹²²⁷ Mecelle, md, 125, 126.

¹²²⁸ Ali Haydar Efendizade, I, 116.

sahip olmak girdiği gibi onun menfaatinden yararlanma da girmektedir. Bu tanım ve anlayış hususunda bütün hukukçular hemfikirdir.

Mal kavramı Hanefilere göre sadece maddi varlığı olan şeyleri kapsayıp onların menfaatini kapsamadığı için milk kavramı ondan daha umumdur. Çünkü mal olsun menfaat olsun hepsinin üzerindeki tasarruf yetkisine milk denmektedir.¹²²⁹

Bu ikisine yani malın hem aynına hem de menfaatine birden malik olan kişi tam mülkiyet yetkisine sahiptir, fakat bunlardan sadece birine malik olursa eksik mülkiyet olur.

Muayyen mal/ rakabe mülkiyeti, sadece bir muayyen malın kendisi yani rakabesi bir kişinin, menfaatinin tamamı da başka bir kişinin mülkiyetinde ise buna muayyen mal veya rakabe mülkiyeti denir. Bu durumda o malın maliki, menfaati başkasının mülkünde olduğu müddetçe ondan istifade edemez ve onun menfaati ile ilgili her hangi bir tasarrufta bulunamaz. Ayrıca o malın üzerinde de menfaat malikine zarar verecek bir tasarrufta ta bulunamaz, menfaat malikinin izni olmadan ondan başkasına satamaz ve o malın menfaatinden menfaat sahibinin tam olarak istifade edebilmesi için ona teslim etmesi gerekir.

Muayyen mal/ ayn/ rakabe mülkiyeti iki şekilde olur. Ya bir kimsenin, maliki olduğu muayyen malın menfaatlerini bir başkası lehinde vasiyet etmesi ile ya da öreniğ bir evi olan bir kimsenin, bu evinin menfaatini bir arkadaşına rakabesini ise diğer bir arkadaşına vasiyet etmesi ile olur.

3.3.1.1.3. Mal ve Haklar

Bir malın sadece menfaatine malik olunursa buna menfaat mülkiyeti veya intîfâ hakkı denir. Bu da şahsî intîfâ hakkı, ayni intîfâ hakkı olarak iki türlüdür. Şahsî intîfâ hakkı, o haktan faydalanan kişi ile ayni intîfâ hakkı ise bu hakkın tekarrur ettiği gayr-i menkul mal ile ilgilidir. Ayni intîfâ hakkına bazı hukukçular irtîfâk hakkı da demektedir.

Şahsî intîfâ hakkı; icare, iare, vasiyet veya vakıf akitlerinden biri ile olur. Bu akitleri yapanlar o menfaate malik olmak maksadıyla ve onu konu edinerek müstakillen

¹²²⁹ Zeydan, *el- Medhal*, 189.

bir akit yaptıkları için ona sahip olurlar. Yani akit onlara ait şahsî bir iş olduğu için bu haklara şahsî intifâ hakkı denmiştir. Bu hakka sahip olan kişi bazen sadece kendisi o hakkı kullanabilir, bazen de kendisi kullandığı gibi bir başkasına da kullanıdırabilir. Bu tür mülkiyet, mülkiyetin tesisi anında vasıf, zaman ve mekan bakımından sınırlandırılabilir. Mesela bir arabayı ariyet veren kişi bunu ariyet alana sadece binmesi, belli bir yerde kullanması ve örneğin bir günlüğüne vermesi gibi sınırlamalar getirilebilir. Bu özelliği sebebiyle bu haklar bizim konumuz olan akit hürriyeti açısından değerlendirildiğinde burada bir sınırlama olduğu görülmektedir. Şöyle ki bu akitlerden birini yapan taraflardan biri böyle bir kayıt getirince diğer tarafın buna boyun eğmesi zorunluluğu oluşmaktadır. Bu da o taraf açısından akit hürriyetinin sınırlandırılması demektir. Şahsî intifâ hakkının diğer bir özelliği ise Hanefilere göre mirasçılara intikal etmez. Şahsî intifâ hakkı; ondan faydalanan kişinin vefat etmesi,- bu sadece Hanefilere göredir- faydalanma bir süre ile sınırlandırılmışsa bu sürenin dolması, faydalanılan malın her hangi bir haksız fiil veya kusur olmaksızın helak olması ve menfaat mülkiyeti icare veya iare yoluyla elde edilmişse rekabe malikinin vefatı ile son bulur.

Aynî intifa/ irtifak hakkı; bir muayyen mal/ ayn/ gayr-i menkul üzerinde tekarrur eden ve o malın kimin mülkü olduğuna veya ondan kimin faydalandığına bakmaksızın bizzat o malın kendisi ile birlikte bulunan haklardır. Bunlar; hakku'ş-şirb/ arazi veya ağaç sulama hakkı, hakku'ş-şefeh/ insan veya hayvanın su içme hakkı, hakku'l-mecra/ kaullanılacak suları geçirme hakkı, hakku'l-mesil/ fazla veya kullanılmış suları geçirme hakkı, hakku'l-murur/ yol hakkı, hakku't-teali/ üst kat yapma hakkı ve hakku'l-civar/ komşuluk hakkıdır.

İrtifak hakkı doğuran sebepler şunlardır.

Kamu ortaklığı, eğer örfte mevcut ise bir muavaza akdinde bu hakların şart olarak yer alması, eğer hakkın kullanımı için o araziden başka bir alternatif yoksa ölü araziden bu haklardan birini kullanarak istifade etmek, hakkın elde ediliş sebebi bilinmiyorsa eskiden beri devam ediyor olması, üst katın satın alınması ve komşu olmaktır.

Şahsî intifa hakkı ile aynî intifa/irtifak hakkı arasındaki farklar şunlardır.

İrtifak hakkı bir gayr-i menkul lehine sabit iken şahsî intifa bir şahıs lehine sabittir. İrtifak hakkı daima bir gayr-i menkulle ilgili iken şahsî intifa gayr-i menkul de olabilir menkul de. İrtifak hakkı bir zamanla sınırlı olmayıp sürekli bir hak iken şahsî

intifa hakkı zaman açısından sınırlanabilir. İrtifak hakkı, üzerinde bu hak bulunan gayr-i menkul maliki açısından lâzım/ bağlayıcı bir hak iken şahsî intifa hakkı bazen bağlayıcı olup bazen de bağlayıcı olmayabilir.¹²³⁰

Akit hürriyeti açısından baktığımızda aynî intifa/ irtifak haklarında hürriyet değil sınırlılık esastır. Yani bu haklarda akit hürriyeti yoktur. Çünkü bunların mevzu ve muhtevaları kanunla belirlenmiş ve sınırlanmıştır. Bunlar sayı bakımından da sınırlıdır ki bunları yukarıda zikrettik. Bu sebeple akit yapacak taraflar bunların dışında bir aynî hak tesis etme yetkileri yoktur. Bunlar bir gayr-i menkule bağlı oldukları için bu hakkı doğuracak akdin resmi şekilde olması gerekir. Yani bu hakkın sabit olabilmesi için bağlı olduğu gayr-i menkulün intikalini sağlayan akit tapuda tescil ettirilmesi gerekir.¹²³¹ Bu şekil şartını daha önce akitte şekil hürriyetini işlerken detaylı olarak incelemiştik.

Milk konusunun ayrıntıları olan tam mülkiyet, nakıs mülkiyet ve bunun alt kısımları olan muayyen ayn/ rakabe mülkiyeti, şahsî intifâ hakkı ve ayni intifâ/ irtifâk hakkı konuları eşya hukukunun alanına girmektedir. Biz burada sadece akde konu olmaları açısından ve mal ile alakaları noktasından değerlendirmekteyiz. Zira milk, mal, menfaat ve şahsî intifâ hakkı ve ayni intifâ/ irtifâk hakkı kavramları bir birleri ile sıkı ilişkisi olan daha doğrusu bir umum husus ilişkisi olan kavramlardır.

Milk, diğerleri üzerindeki tasarruf yetkisini ifade etmektedir. Hanefi hukukçulara göre mal ise sadece maddi varlığı olan şeyleri kapsadığı için menfaatler malın tanımına girmemektedir. Çünkü her ne kadar kendilerinden istifade edilse de hıyazet altına alınamazlar. Yine bu yaklaşıma göre haklar da menfaatler gibi mal kavramının içine dahil değildir. Bu sebeple haklar ve menfaatler başlı başına mal sayılmazlar. Yani kendiliğinden değerli olmayıp değer kazabilmeleri için akde ihtiyaç vardır. Yalnızca akde konu olmaları açısından ayn/mal gibidirler.¹²³²

Hanefilerin dışındaki hukukçulara göre ise menfaatler ve mala bağlı haklar da mal sayılır. Çünkü bir şeyin mal olması için bizatihi kendisinin hıyazet altına alınması gerekmez aslının ve kaynağının hıyazet altına alınabilmesi yeterlidir. Çünkü menfaatlerin, bulundukları yerin ve kaynağın hıyazet altına alınması ile ona sahip olduğunda şüphe yoktur. Mesela bir arabayı elde eden kişi kendi izni olmadıkça

¹²³⁰ Hafif, 89; Zeydan, *el- Medhal*, 202.

¹²³¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 107.

¹²³² Serahsî, *Mebhut*, XI, 78; Hafif, 62; Zeydan, *el- Medhal*, 185.

başkalarının ondan istifadesine engel olabilir. Böylece onun hem aynına hem menfaatine hem de ondan doğan haklar malik olunmuş olur.¹²³³

Hanefilerin dışındaki hukukçuların cumhuruна göre mal, insanlar arasında iktisadi bir değere sahip ve normal şartlarda ve iradi olarak faydalanılması hukuken caiz olan her şeydir. Bu tarife göre bir şeyin mal sayılabilmesi için insanları o şeye iktisadi bir değer vermeleri ve bu değerın hukukça benimsenmiş olması gerekir. Zaten mal edinmeden maksat onun sağladığı menfaattir. Dolayısıyla değeri de bu menfaate göre belirlenmektedir. Kendisinde menfaat olmayan bir şeyin iktisadi değeri de yok demektir. Ayrıca cumhura göre mal ile alakalı olan haklar da mal sayılırlar. Çünkü bu haklar dediğimiz şey o ilgili olduğu malın menfaatinden bir türlü istifade etmek demektir.¹²³⁴

Ali Hafif ‘in de belirttiği gibi bu iki görüşten Hanefilerin dışındaki cumhurun görüşü daha isabetlidir. Çünkü insanlar bir malın aynına sahip olurken onların menfaatlerinden istifade etmek için sahip olurlar. Yani kendisinden istifade edilmeyen bir mala sahip olmanın bir anlamı olmaz ve böyle menfaati olmayan bir mala insanlar da rağbet etmezler. Zira vakıa da buna uygundur. İnsanlar sırf menfaatlerinden istifade etmek için yani bizatihi kendisi kullanarak değil, kiraya vermek sureti ile oteller, hanlar ve iş merkezleri ve benzeri binalar yapmakta ve bu yolla gelir elde etmektedirler. Kaldı ki bizzat kendileri de bir malı gıda maddelerinde olduğu gibi ya aynını tüketerek ya da aynı tükenmese bile onu kullanarak onun menfaatinden istifade etmiş olurlar. Yani hiç kimse kullanmayacağı bir malı sadece sahip olmak için elde etmez. Mutlaka onun bir yönünden istifade ederler ki o da zaten o şeyin menfaatidir.¹²³⁵

Hanefi ve diğer mezhep hukukçularının menfaat ve hakları mal sayıp saymama noktasında farklı düşünceleri olmakla birlikte bunların akde konu olması noktasında onları mal saymayan Hanefiler dahi akde konu olabileceklerini kabul etmektedir.

3.3.1.1.4. Malın Kısımları

Buraya kadar malın tarifini, mal ve menfaat ilişkisini, mal ve milk arasındaki alakayı ve milkin bir kısmını teşkil eden şahsî intîfâ hakları ile ayni intîfâ/ irtîfâk

¹²³³ Hafif, 60.

¹²³⁴ Hafif, 62; Zeydan, *el- Medhal*, 184; Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet*, 44.

¹²³⁵ Hafif, 60.

haklarının mal ile olan alakalarını ele aldık. Burada ise malın kısımlarını anlatacağız. Zira mal hukuki bakımdan ve çeşitli açılardan birçok kısma ayrılmaktadır. Burada sadece değişik açılardan yapılan sınıflandırmaları zikredeceğiz, akde konu olup olamayacaklarını ve bu noktadaki sınırlılıklarını ise bir sonraki başlık olan akdin konusunun özellikleri başlığı altında ifade edeceğiz.

3.3.1.1.4.1. Mütekavvim – Gayr-i Mütekavvim

Mallar hukuken meşru/ mubah ve koruma altında oluşuna göre mütekavvim olan ve mütekavvim olmayan diye ikiye ayrılır.

Buna göre mütekavvim mal, hıyazet/ koruma altına alınıp normal ve serbest ortamda yani zaruret hali yokken kendisinden faydalanılması hukuken caiz/ mubah olan maldır. Nakit paralar, eşyalar, binalar ve araziler gibi tanımdaki şartları taşıyan her şey mütekavvim maldır. Fakat henüz avlanılmamış denizdeki balık, havadaki kuş gibi hıyazet/koruma altında olmayanlar ve Müslümana nispetle domuz, şarap ve leş gibi hukuken kullanılması caiz olmayan şeyler mütekavvim değil, gayr-i mütekavvimdirler.¹²³⁶

3.3.1.1.4.2. Menkul – Gayr-i Menkul

Konumuna ve bulunduğu yerde istikrar sahibi olup olmasına göre menkul ve gayr-i menkul diye ikiye ayrılır.

Gayr-i menkul/ akar, yerinden taşınması ve nakledilmesi mümkün olmayan şeydir ki bu sadece arazilerdir. Menkul ise yerinden taşınması ve nakledilmesi mümkün olan şeylerdir. Bu nakilden dolayı şekil ve durumunun değişip değişmemesi önemli değildir. Buna göre arazi dışındaki her şey menkuldür. Bina, ağaç, köprü ve gemi gibi şeyler de menkul sayılır. Gerçi Hanefiler arazi üzerindeki bina ve ağaçları iki yönden değerlendirmiş, tek başına olunca bunları menkul fakat arazi ile beraber olunca ona tabi olarak gayr-i menkul saymışlardır. Nitekim Mecelle’de menkul; bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olan şeydir ki paralara, ticari eşyaya, hayvanlara, ölçülen ve tartılan şeylere şamildir. Gayr-i menkul; akar denilen ev ve arazi gibi başka yere

¹²³⁶ Hafif, 65; Zeydan, *el- Medhal*, 186; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 13.

taşınması mümkün olmayan şeydir.¹²³⁷ şeklinde tarif edilmiştir. İmam Malik de şekli değişmeden taşınabilen malları menkul, diğerlerini gayr-i menkul sayar. Buna göre ev, ağaç ve köprü gibi şeyler şekli bozulmadan taşınamayacağına göre bunlar gayr-i menkul sayılır.¹²³⁸

3.3.1.1.4.3. Misli – Kıyemi

Misli mal; miktarı tartı, ölçü, sayı ile tespit edilen veya aralarında önemli bir farklılık olmaksızın benzerleri piyasada bulunan maldır. Buna göre piyasada var olup miktarları keyl/ ölçek, vezin/ tartı veya sayı ile satılıp taneleri arasında fiyata etki edecek derecede büyük farklılık olmayan şeyler, bütün özellikleri aynı olup uzunluk ölçü birimi ile satılan şeyler mislidir. Burada önemli olan piyasada var olması ve fiyatlarını farklı kılacak farklılıklara sahip olmamasıdır. Altın, gümüş ve nakit paralar da mislidir, fakat bunların diğer misli mallardan farklı özellikleri vardır. Bunlar akitlerde daima semen olurlar ve diğer mallar için ölçüdürler. Kendilerine işaret edilerek tayin edilseler bile taayyün etmezler yani bu yüz lira dense illa da o yüz lirayı vermek zorunluluğu yoktur. Çünkü bütün yüz liralara aynıdır. Onun yerine başka bir yüz lira veya iki elli lira da verilse aynı şey olur.¹²³⁹

Kıyemi mal ise piyasada benzerleri bulunmayan veya bulunsa da fiyatça farklı olan maldır. Buna göre araziler, binalar, her türlü hayvan, ağaçlar, kıymetli taşlar ve fiyata etki edecek derecede büyüklükleri veya türleri farklı olan tane işi satılan karpuz gibi şeyler kıyemidir.¹²⁴⁰

3.3.1.1.4.4. Tüketilen – Kullanılan

Bir maldan maksada uygun olarak istifade etmek ancak onu ilk istifade anından itibaren aynını tüketmekle mümkün oluyorsa bu mala tüketilen mal denir. Bütün yiyecek ve içecek maddeleri, odun ve diğer yakacak maddeleri ve tuvalet kağıdı gibi ilk kullanımda tüketilen maddeler bu gruba girer. Para ise gerçek manada olmasa da hukûkî

¹²³⁷ Mecelle, md, 128, 129.

¹²³⁸ Hafif, 67; Zeydan, *el- Medhal*, 187; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 18.

¹²³⁹ Zerka, *el-Ukudü'l-müsemma* IV, 79.

¹²⁴⁰ Mecelle, md, 145, 146; Hafif, 69; Zeydan, *el- Medhal*, 188; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 13.

manada tüketim maddesidir. Çünkü para çeşitli ihtiyaçlar için sahibinin elinden çıkmak suretiyle tüketilmektedir.

Bir kısmı uzun zaman kullanılma neticesinde yıpranıp tükense bile ilk istifade anından itibaren tüketilerek değil de kullanılarak kendisinden faydalanılan mallara da kullanılan mal denir. Gıda, yakacak ve benzeri tüketim mallarının dışındaki bütün mallar bu gruba girer.¹²⁴¹

3.3.1.1.4.5. Memluk – Mubah – Mahcur

Mallar mülkiyet konusu olup olmaması bakımından üç gruba ayrılır.

Memluk/ sahipli mallar; hakiki veya hükmi bir şahsın mülkiyeti altında bulunan mallar. Bu mallara hukuka uygun bir şekilde sahip olan kimse onun üzerinde mülkiyetin gerektirdiği kullanma, faydalanma ve tüketme gibi her türlü hakka sahiptir.

Mubah/ serbest mallar; özel mülkiyete konu olabilen fakat henüz üzerinde hiçbir mülkiyet tesis edilmemiş bulunan mallardır. Kaynağındaki su, denizdeki balık, dağdaki av hayvanları bu gruba girer.

Herkes için mubah olan su, ot ve ateş ile ilgili Hadis-i şerif'ten¹²⁴² hareket eden hukukçular bunların çerçevesini belirlemiş ve bir emek veya masraf yapılarak ihraz edilip özel mülk halini almadığı sürece herkes bunları kullanma ve bunlardan istifade etme hususunda serbesttir. Fakat bunlar hukuka uygun olarak özel mülkiyet altına alınmış ve artık sahip bir mal iseler o takdirde özel mülkiyetteki hükümler caridir.¹²⁴³

Mahcur/ kısıtlı mallar; üzerinde mülkiyet tesisi hukuken yasaklanmış mallardır. Vakıf malları ile yollar, parklar ve meydanlar gibi bütün insanların ortak kullanımına ait olan mallar dabu gruba girer.¹²⁴⁴

3.3.1.1.4.6. Bölünebilen – Bölünemeyen

Fiziki yönden her mal bölünebilir. Ancak hukuki yönden bölünebilen mallar olduğu gibi bölünemeyen mallar da vardır.

¹²⁴¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 17.

¹²⁴² Ebu Davud, İcare, 26/3477; İbni Mace, Rehin, 16/2472 .

¹²⁴³ Mecelle, md, 1234.

¹²⁴⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 19.

Bölünebilen mallar; kıymetinde önemli bir azalma olmaksızın aynı vasıfta birden fazla parçaya ayrılabilen maldır. Belli bir miktardaki buğday, arpa ve benzeri şeyler bölünebilir. Çünkü parçalarının fayda ve değerlerinin toplamı, bütününe değer ve faydasına eşittir.

Bölünemeyen mallar; bölündüğünde kıymeti önemli ölçüde azalıyor veya faydası ortadan kalkıyorsa bunlara bölünemeyen mallar denir. Kıymeti taşlar, dikilmiş elbise, ev ve dükkan gibi bölündüğünde parçalarının toplam kıymeti ile bütün halindeki kıymeti önemli ölçüde azalan mallar böyledir.¹²⁴⁵

3.3.1.1.4.7. Hususi – Umumi

Mallar şahsın veya kamunun mülkiyeti altında olup olmaması açısından hususi ve umumi diye iki kısma ayrılır.

Hususi mal; ferdin mülkiyeti altında olup ne aslında ne de menfaatinde ammenin ortaklığı bulunan maldır.

Umumi mal; ferdi mülkiyet altında bulunmayan ammenin istifadesine tahsis edilmiş olan mallardır.

Mallar tabii özellikleri itibari ile mülkiyete konu olabilen ve olamayan diye ikiye ayrılır. Hava, deniz ve güneş gibi mallar mülkiyete konu olamaz ve üzerlerinde akit yapılamaz. Tabii bunlar nev'ileri itibari ile yani bütünüyle akde konu olamazlar. Yoksa bugün güneş enerjisi, rüzgar enerjisi ve denizlerdeki ulaşım imkanları ve balık avcılığı başta olmak üzere bir çok ekonomik gelir sağlayan imkanların var olması bunların da akde konu olmalarını sağlamaktadır.

Tabii özellikleri itibari ile mülkiyete konu olabilecek mallar da iki kısma ayrılmaktadır. Fiilen ferdi ve hususi mülkiyete tabi mallar ki bunlar hakiki ve hükmi şahısların ellerindeki sahip oldukları mallardır. Bu yukarıdaki memluk – mubah – mahcur gruplandırmasındaki memluk/ sahipli mallara tekabül etmektedir. Bu özellikte olmayan mallar ise ya özel mülkiyet olma vasfı taşıdığı halde henüz mülkiyet altına alınmamış denizdeki balık, dağdaki av hayvanları gibi mallardır ya da amme menfaatine terkedildiği için ferdi mülkiyete tabi olmayan büyük nehirler, yollar ve parklar gibi

¹²⁴⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 19.

mallardır. Bu da yukarıdaki memluk – mubah – mahcur gruplandırmasındaki mubah ve mahcur mallara tekabül etmektedir.¹²⁴⁶

Diğer bir değerlendirmede ise bu son kısma giren bütün mallara mubah mal denmektedir. Yani hem henüz mülkiyet altına alınmamış denizdeki balık, dağdaki av hayvanları gibi aslına el koymak ve mülk edinmek caiz olan mallara hem de amme menfaatine terkedildiği için ferdi mülkiyete tabi olmayan yani aslına değil de menfaatine malik olunan mallara mubah mal denmiştir. Mecelle’de mubah mallar bu minval üzere açıklanmıştır.¹²⁴⁷

3.3.1.1.4.8. Maddi - Manevi

Malların böyle maddi ve manevi diye bir taksime tabi tutulması aslında malın tanımını yaparken menfaatlerin ve şahsî ve ayni hakların mal kavramının içine dahil olup olmaması konusu işlenirken görüldüğü üzere Hanefi hukukçuların kabul etmediği bir şeydir. Onlara göre fiziki varlığı olmayan şeylere mal denmeyeceğine göre böyle bir taksim olmaz. Hanefiler bunları mülk kavramı içinde değerlendirmektedirler. Fakat diğer İslam hukukçularının ve diğer hukuk sistemlerinin kabul ettiği anlayışa göre fiziki varlığı olsun olmasın ekonomik değeri olan her şey maldır. Buna göre hariçte fiziki varlığı olmayan menfaatler ve telif hakkı, sanat eserleri ve buluşlarla ilgili patent hakları, ticari ünvanları kullanma hakları da dahil şahsî ve ayni tüm haklar manevi mal olarak değerlendirilir ve akitlere konu olabilir.¹²⁴⁸

Bu konunun baş tarafında akitlerin mahalli/konusu yani akdin üzerinde cereyan ettiği şey ya mal ya menfaat ya da bir iştir demiştik ve buraya kadar ilk iki konu olan mal ve menfaat konularını ele aldık. Bunların birbirleri ve milk ve bunun bölümleri olan haklar ile olan alakalarını ve konumuz olan akitlere konu olup olamayacaklarını değerlendirdik. Şimdi ise akitlerin üçün konusu olan iş/emek konusunu ele alacağız.

¹²⁴⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 20.

¹²⁴⁷ Mecelle, md, 1234-1238.

¹²⁴⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 22.

3.3.1.1.5. İş/ Emek

Bizim konumuz olan borçlar hukuku sahasına giren akitler değişik açılardan değerlendirildiğinde bugünkü hukuk sistematigi içerisindeki ticaret hukuk, eşya hukuku ve iş hukukunun düzenlediği konularla irtibatlıdır. Akdin konusu mal veya malın menfaati olursa bu daha çok ticaret ve eşya hukuku ile irtibatlı olur ama akdin konusu iş/emek olursa o zaman da iş hukuku ile irtibatlı olur.

Bir işin/emeğin bir akdin konusu olması hususu, İslam hukukunun klasik sistematiginde icare akdinin genel çerçevesi içinde yer alan ve ikinci önemli kısmını teşkil eden icare-i ademi yani insanın emeğinin kiralanması şeklinde yer almaktadır. Buna göre iş akdi, işçinin ücret karşılığında belli bir süre çalışması veya belli bir işi görmesi üzerine kurulan akittir. İslam hukukunda iş akdi, hem işçinin belli bir süre zarfında çalışmasını hem de belli bir işi ifâ etmesini konu almakta olup modern hukuka nispetle daha kapsamlıdır.¹²⁴⁹

İslam hukukunun kaynaklarında hem malın menfaatinin satışı anlamına gelen kira akdi hem de insanın emeğinin ücret karşılığında takası olan iş akdi icare akdi çatısı altında ele alındığından iş akdinin kuruluşu ile kira akdinin kuruluşu pek farklı değildir. Bununla birlikte iş akdinde işçinin şahsı akdin tarafı, emeği ise akdin konusu olduğundan icare akdine kıyasla bazı farklı özellikler arzeder.¹²⁵⁰

İş akdinin tarafları işçi/ecir ile işveren/müstecir/sahibü'l-ameldir. Kira akdinde kiralayan, eşyanın kullanımını kiracıya ücret karşılığı devretmekte iken iş akdinde ise işçi emeğini ücret karşılığı işverene tahsis etmektedir.

İslam hukuku kaynaklarında icare akdi çerçevesinde işçi, bir işi yapmak için kendini yani emeğini kiraya verendir daha net bir ifade ile ücretle iş gören kimsedir şeklinde tarif edilmiştir.¹²⁵¹

İslam hukukçuları akit konusu işin mahiyeti sebebiyle işçiyi ecir-i has/ özel işçi ve ecir-i müşterek/ ortak işçi diye iki gruba ayırmışlardır. İş akdi eğer işçinin belli bir süre zarfında işverenin emir ve denetimi altında yani ona bağlı olarak çalışmasını konu alıyorsa daha doğrusu işçinin belli bir zaman diliminde hasıl edeceği emeğini işverene

¹²⁴⁹ Ali Bardakoğlu, “İcare”, *DİA*, XXI, 384.

¹²⁵⁰ İbnü'l- Hümmam, IX, 58.

¹²⁵¹ Mecelle, md, 413.

tahsis etmesi söz konusu ise bu işçiye ecir-i has/ özel işçi yani sadece bir kişiye veya kuruma iş yapan işçi denir. Ecir-i müşterek ise belli bir işi görmek üzere tutulan işçidir.¹²⁵²

Ecir-i has, günümüz iş hukukundaki işçi tanımına uygunluk göstermekte olup iş akdi, iş, ücret ve işverene bağlılık gibi dört unsura dayanır. Ecir-i müşterek ise belli bir işi görmek üzere tutulan işçi olduğu için işin ifâsı esas olup bağlılık unsuru ve zaman faktörü ikinci derecede kalmıştır. Sonuç olarak İslam hukuk doktrininde işçi niteliğini tespitte ücretle iş görme unsuru kıstas alınmış bu sebeple gerek süre üzerinden istihdam edilen işçi, memur ve hizmetliler gerekse kendilerinden belli bir işi görmesi istenilen esnaf, sanatkar, avukat ve doktor gibi serbest meslek sahipleri icare-i ademî/ iş akdi çatısı altında ve aynı statüde ele alınmıştır.¹²⁵³

İş akdinde de tarafların rızaları asıl olup buna delalet eden söz ve kalıplar akdin kurucu unsuru sayılmıştır. Akit kurma iradesi hukukun tanıdığı şekil ve usullerde beyan edilmelidir.¹²⁵⁴ İş akdinin yazılı olması akdin şekil şartı sayılmamakla birlikte tarafların haklarının korunması açısından yararlı görülmüştür.

İş akdi kuruluş yönünden asıl özelliğini, akit konusu iş/ emek ve bunun karşılığı olan ücret yönünden gösterir. Akit konusu itibariyle iş akdinin ilk şartı işçinin sarf edeceği emeğin yani yapacağı işin ve çalışma süresinin bilinmesi ve belirlenmesidir. Bu da ecir-i has ve ecir-i müşterek ayırımına paralel olarak ya işçinin çalışma süresinin ya da göreceği işin tespitiyle sağlanır. Bu sebeple çalışma süresinin ve yapılacak işin önceden tarafları herhangi bir anlaşmazlığa sürüklemeyecek biçimde belirlenmesi akdin sıhhat şartı olduğu gibi tarafların hukukunun korunması açısından da önemlidir. Süre üzerine kurulan iş akdinde işçinin şahsen tespiti ve çalışma şartlarının bilinmesi de akit konusunun bilinmesini kolaylaştıracağından gerekli görülmüştür. İşin ifâ edilmesini konu alan iş akdinde de yapılacak işin önceden bilinmesi ve belirlenmesi, akdin sıhhat şartı olarak gerekli görülür. Ancak yapılacak işin örfen bilinmesi durumunda ayrıca ifade edilmiş olması aranmaz.¹²⁵⁵

¹²⁵² İbnü'l- Hümmam, IX, 65; Kâsânî, IV, 174; Mecelle, md, 422.

¹²⁵³ Bardakoğlu, "İcare", *DİA*, XXI, 384.

¹²⁵⁴ Kâsânî, IV, 174.

¹²⁵⁵ İbnü'l- Hümmam, IX, 110; Bardakoğlu, "İcare", *DİA*, XXI, 384.

İş akdinde işçinin en başta gelen sorumluluğu yapmış olduğu akitle üstlendiği işi îfâ etmesi yani yerine getirmesidir. Ecir-i has, akit süresince işveren için çalışacağından ve bu süre zarfında iş gücünü işverenin emrine tahsis edeceğinden işi îfâda şahsının büyük önemi vardır. Bundan dolayı işi şahsen îfâ etmek zorundadır. Ecir-i müşterek istihdamında ise akit belli bir işin îfâsı üzerine kurulduğundan işçinin şahsı ikinci derecede önemlidir. Bununla birlikte işveren, ecir-i müştereke işi bizzat kendisinin yapmasını şart koşmuşsa veya örf ve durum icabı bu anlaşılıyorsa bu grup işçiler de işi şahsen îfâ etmek zorundadırlar.¹²⁵⁶

İş akdinde akdin konusuyla ilgili ikinci şart yapılacak işin îfâsının hukuken ve fiilen mümkün olmasıdır. Bundan dolayı sonucun elde edilmesinin sadece işçinin gayretine bağlı olmadığı, üçüncü şahısların uygun fiillerine ve harici unsurlara da ihtiyaç hissettirdiği işlerin îfâsının iş akdine konu edilmesi caiz görülmemiştir.

Akit konusu işin îfâsının hukuken serbest ve dinen mubah olması da gerekir. Bu sebeple hukuken veya dinen yasak bir fiilin işlenmesi üzerine kurulan akit caiz görülmemiştir. Mesela fal bakma, gasp ve soygun, dinen haram görülen çalgı ve eğlence gibi masiyet fiillerini konu alan iş akitleri böyledir. Harama yol açan işlere gelince, arada sebep-sonuç ilişkisi varsa bu tür işleri konu alan iş akdi de caiz değildir. Ancak Hanefiler çalışma yasağının olması için sıkı bir sebep-sonuç bağı ararken çoğunluk dolaylı bir sebep-sonuç ilişkisini yeterli görmüştür.¹²⁵⁷

İş akdi yukarıda verilen tanımından da anlaşılacağı üzere muavazalı/ bedelli bir akitir. Taraflardan biri olan işçi emeğini ortaya koyarken diğer taraf olan işveren de buna mukabil ücret öder. Yapılacak işin veya sürenin belli olması nasıl önemli ise aynı şekilde verilecek ücretin de belli olması önemlidir. Zira ücret, işçiye çalışması karşılığı verilen bedel olup özellikle işçi yönünden iş akdinin en önemli unsurudur. Para ve parayla ölçülmesi mümkün her mal ve menfaat ücret olarak kararlaştırılabilir. Ücretin mütekavvim bir mal olması, ayrıca sonradan tarafları bir anlaşmazlığa ve mağduriyete düşürmeyecek ölçüde açık ve bilinir olması da şart koşulmuştur.¹²⁵⁸

Biz burada bir işin akdin konusu olması açısından meseleyi ele aldığımız için bunun asli unsurları olan işçi, işveren, iş ve ücret konularına kısaca değindik. Yani

¹²⁵⁶ Bardakoğlu, “İcare”, *DİA*, XXI, 385.

¹²⁵⁷ İbnü'l- Hümmam, IV, 98; Bardakoğlu, “İcare”, *DİA*, XXI, 385.

¹²⁵⁸ İbnü'l- Hümmam, IX, 61, 67; Bardakoğlu, “İcare”, *DİA*, XXI, 385.

yapılacak işin ve süresinin ve ücretin tarafları nizaya sevk etmeyecek şekilde belli olması ve yapılacak işin fiilen ve hukuken mümkün ve mubah olması gibi özelliklerine dikkat çektik. İcare ve bu bağlamda iş akdi başlı başına ayrı bir çalışma konusu olduğu için biz burada sadece konumuzla alakası kadar ele aldık.

3.3.1.2. Akdin Konusunun Özellikleri

Akitlerin mahalli/konusu yani akdin üzerinde cereyan ettiği şey ya mal ya menfaat – hakların da buraya girdiğini yukarıda beyan ettik- ya da bir iştir dedik. İşte bunlardan her hangi bir şeyin hukuken akde konu olabilmesi için mevcut, mümkün/maktur’u-teslim, muayyen/malum ve hukuki muamele ve teamüle uygun olması gerekmektedir.¹²⁵⁹

Hanefiler akdin konusuyla, satım gibi bir bedel mukabilinde yapılan akitlerde akde konu olan mal, menfaat veya işi kast ederler, akdin diğer tarafındaki semeni/bedeli ise akdin hükmü veya gereği olarak görürler.¹²⁶⁰ Fakihlerin çoğunluğuna göre ise her ikisi de akdin konusu ve aynı zamanda akdin rükünleridir. Dolayısıyla Hanefilerin dışındaki hukukçulara göre bu saydığımız özellikler hem akde konu olan mal, menfaat ve işte hem de bunların mukabili olan bedelde olmalıdır.¹²⁶¹

Şimdi bunları iki başlık altında ele alacağız ve bu şartları kendinde taşıyan şeyin akde konu olabileceğini taşımayanların ise akde konu olamayacağını diğer bir ifade ile akdin sahih veya batıl/ fasit oluşunu yani akdin konusu açısından akit hürriyetini ve sınırlarını görmüş olacağız.

3.3.1.2.1. İmkansız Olmaması

Akde konu olabilecek bir şey eğer mal veya o malın menfaati ise öncelikle akit anında mevcut olacak. O anda mevcut değilse ileride mevcut olması mümkün olacak. Mevcut veya mümkün olması yeterli değil aynı zamanda muayyen, malum ve teslimi de mümkün olacak. Akdin konusu iş ise yani bir şeyi yapmak veya terk etmek ise bu da malum, muayyen ve imkan ve kudret dahilinde olacak.

¹²⁵⁹ Zeydan, *el- Medhal*, 257.

¹²⁶⁰ Mecelle, md, 150.

¹²⁶¹ Zerka, *el-Ukudü 'l-müsemma* IV, 80.

Hanefiler'e göre akde konu olan malın mevcut, teslimi mümkün, hukuken muteber olması akdin in'ikad şartı, âkidin mülkiyet ve yetkisi dahilinde olması nefâz, muayyen veya bilinebilir olması, mevcut ise kabzedilmiş bulunması gibi şartlar da akdin sıhhat şartları olarak sınıflandırılır. Ancak bu ayırım her zaman açık olmadığı gibi şartların ihlâl edilmesi durumunda akitte ne gibi tesirlerin meydana geleceği konusunda görüş birliği de mevcut değildir.¹²⁶²

Bunları imkansız olmama başlığı altında topladık çünkü o şartların hepsi neticede o şeyin olabilirliğini veya olamazlığını ifade etmektedir. Yani aranan tüm şartlar mevcutsa o akit imkan dahilindedir, şartlardan biri eksikse o akit imkan dahilinde değil demektir.

Şimdi bunların her birini ele alıp akitlere nasıl yansıdığını göreceğiz.

3.3.1.2.1.1. Mevcut Olması

İslam hukukunda prensip olarak mevcut olmayan bir şeyin akde konu olması caiz değildir. İcare, selem ve istisna'/sipariş akitleri gibi nas ile istihsanen caiz görülenler bu genel kuralın istisnalarıdır.

Hanefiler, akdin mahallinin mevcut olmasını şart kabul ettikleri için mevcut olmayan şeyin akde konu olamayacağını şöyle izah ediyorlar. Akdin sonuçları vucudidir yani varlıkla ilgilidir, bu sonuçlar var olmayan bir şeyde görülmez. Ayrıca var olmayan şey mülk edinmeye elverişli değildir. Diğer taraftan akdin mahalli/konusu henüz orta mevcut olmadığı için onu görme ve bilme imkanı da olmayacaktır. Bu sebeple meydana gelecek aldanmaları ve ihtilafları önlemek için böyle bir akdi caiz görmemeleri hukuken alınan bir ön tedbirdir.¹²⁶³

Akit yapıldığı sırada akdin mahallinin mevcut olup olmaması beş şekilde kendini gösterir. Bunlardan bir ve ikinci şekillerdeki akdin mahallinin durumu açık ve net ve hükümleri hakkında da bir ihtilaf olmamakla birlikte diğer üç, dört ve beşinci şekillerdeki akdin mahallinin durumunda belirsizlikler ve akdin hükmü hakkında da hukukçular arasında ihtilaflar var.

1-Akit yapıldığı sırada akdin mahalli/ konusu tam olarak mevcuttur. Böyle bir

¹²⁶² Ali Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁶³ Hafif, 291; Zeydan, *el- Medhal*, 258; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 159.

mahal üzerinde hukuken geçerli bir şekilde yapılan akit sahihtir ve tüm hükümleri geçerlidir.

2- Eğer akit yapıldığı esnada adın konusu mevcut değilse ve ileride vücut bulmayacağı da kesinse bu akit batıldır. Çünkü ne o an ne de ileride akdın konusunu teslim etme imkanı vardır. Yani böyle imkansız bir şey üzerine akit yapılması hem taraflara bir menfaati yoktur hem de yapıldığı takdirde tarafların anlaşmazlığa düşmelerine sebep olur. Halbuki akitler insanların her hangi bir anlaşmazlığa düşmelerine mahal vermeden ihtiyaçlarını gidermek için vardır.

Bu iki kısımda akdın hükmü açıktır. Birincisinde sahih oluşu, ikincisinde ise batıl oluşu açık ve kesindir. Bu konuda İslam hukukçuları arasında her hangi bir şüphe ve ihtilaf yoktur.¹²⁶⁴

3- Akdın mahallinin aslı mevcut olmakla birlikte henüz gelişmesini tamamlayıp son şeklini almamıştır. Bunun örneği henüz olgunlaşmamış veya kısım kısım olgunlaşan bazı ziraî mahsul, meyve ve sebzelerin durumudur. Bunlarda geleceği ve olacağı bilmeme yüzünden aldanma riski az olduğundan bazı kayıt ve şartlarla akde konu olmaları caiz görülmüştür.

Peygamberimizin olgunlaşmamış meyvenin satışını yasaklayan hadisi ve benzeri hadisler, ¹²⁶⁵ İslam hukukçuları tarafından farklı yorumlanmıştır. Hukukçuların çoğunluğu meyvenin daha dalında henüz gözükmeyen ve dalında gözüktükten sonra da olgunlaşmaya kadar dalında kalması şartıyla alım satımını caiz görmemiştir. Çünkü birinci durumda ortada daha hiçbir şey yoktur belki çiçek veya tomurcuk halleri vardır ki bunların ne olacağı hususundaki bilinmezlik insanların aldanmasına yol açar. İkinci durumda ise o ürünler belli bir hal almıştır fakat hemen toplanmayıp da olgunlaşmasını beklemek o süre zarfında onların başına ne geleceği yani bir afete maruz kalabilecekleri riski taşıdığı ve bu sebeple taraflar arasında nizaya sebep olacağı için bu da caiz görülmemiştir. Fakat faydalanılacak hale gelmiş ama tamamen olgunlaşmamış meyvenin ise o anda toplanması şartıyla satışını caiz görmüşlerdir.¹²⁶⁶ Hanefîler ve kısmen de Mâlikîler olgunlaşmamış ziraî mahsulün ne zaman toplanacağı belirtilmeden mutlak olarak satımını caiz görerek problemi zımnî izinle veya fasit kira akdiyle

¹²⁶⁴ Hafif, 291; Zeydan, *el-Medhal*, 258; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 160.

¹²⁶⁵ Buhari, *Buyu*, 85/2197.

¹²⁶⁶ Mecelle, md, 205.

çözmeye çalışmışlardır.¹²⁶⁷

Hanefilerden Serahsî bu konuda şöyle diyor. Meyve ve sebzeleri istifade edilebilecek hale gelmeden önce satmak caiz değildir. Çünkü bunlar insan veya hayvanların yiyerek faydalanabilecekleri hale gelmedikçe değer taşıyan mal sayılmazlar. Ancak faydalanılacak hale gelir fakat tamamen olgunlaşmış olmazsa bunları bir kimsenin hemen toplamak şartı ile alması caizdir. Toplamayıp olgunlaşmaya bırakmak üzere alırsa caiz değildir. Kayıtsız şartsız alırsa bu da caizdir. Çünkü mutlak akit akdin konusunun hemen teslim edilmesini gerektirir. Yani hemen kesip toplama şartına eşittir.¹²⁶⁸

Malikilerin görüşü de Hanefilerle hemen hemen aynıdır. Bu konuda Maliki hukukçu İbn Cüzey şu açıklamayı yapmaktadır. Meyve, sebze ve hububatın olgunlaşma durumları farklı farklıdır. Eğer bunlar kendilerinden bir şekilde istifade edilecek hale gelmişlerse olgunlaşmamış olsalar bile hemen kesip toplamak şartı ile akit caiz olur, üzerinde bırakmak şartı ile olursa caiz olmaz. Hiçbir şart ileri sürülmezse caiz olur veya olmaz diye iki görüş vardır.¹²⁶⁹

Şafii ve Hanbelîlere göre ise bu durumdaki zirai ürünlerin satışı, derhal kesme ve toplama şartı ile caizdir. Çünkü akit yapan kişiler ne alıp sattıklarını bilmektedirler ve ürün de hemen teslim alınacağı için ileride anlaşmazlığa sebep olacak her hangi bir durum söz konusu değildir.¹²⁷⁰

Patlıcan, kabak, kavun ve karpuz gibi kısım kısım oluşan ve gelişen ürünlerin bir batında ortaya çıkanların bir kısmı olgunlaşınca tamamının satılabileceği genelde kabul edilmiş, değişik batınlarda ortaya çıkan ve bir kısmı olgunlaşmış iken bir kısmı henüz ortaya çıkmamış sebze ve meyvenin satışının cevazında ihtilâf edilmiştir. Çoğunluk bu durumda sadece olgunlaşan kısmın satılabileceğini belirtmişlerdir. Çünkü henüz olgunlaşmayan kısmı çiçek veya çok küçük olarak mevcut olduğu için bunlardan tam istifade imkanı da yoktur olgunlaşma garantisi de yoktur. Mâlikîler ve bazı Hanefî hukukçular teamül ve ihtiyaç sebebiyle bunu caiz görmüş, ileride mevcut olacak malların o anda mevcut olanlara tâbi olarak akde konu teşkil etmesini kabul

¹²⁶⁷ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁶⁸ Serahsî, *Mebhut*, XXX, 135.

¹²⁶⁹ Ebu Kasım Muhammed b. Ahmed İbn Cüzey, *Kavaninü'l- Fıkhiyye*, 172, yy, ty.

¹²⁷⁰ Ebu Abdullah Muhammed b. İdris Şafii, *El-Ümm*, III, 49, I-VIII, Daru'l-Marife, Beyrut 1990.

etmişlerdir.¹²⁷¹ Mecelle de bu görüşü tercih etmiştir.¹²⁷²Caiz görmeyenler genelde bu tür akitlerde belirsizlik, aldanma ve beklenmedik zarar bulunabileceğinden hareket etmekte ve tarafların ancak ortada mevcut malların alım satımı halinde bundan korunabileceğini belirtmektedirler.¹²⁷³

Bütün bu hukukçuların söylediklerini özetlersek, akde mahal olacak şey kendisinden bir şekilde istifade edilebilecek bir şey olması, bir belirsizlikten dolayı tarafları nizaya sevk edecek bir durumunun olmaması ve akdin mahallini teslim etme imkanının olması halinde yapılan akit sahihtir ve bütün hükümlerini taşır. Yani bu sahada akdi daraltan ve sınırlayan şey sadece akdin mahallini teslim imkanının olmaması ve tarafları nizaya sevk edecek garar/ belirsizliğin olmasıdır. Bu durumların olmadığı her mahal üzerinde akit yapılır ki bu da geniş bir akit hürriyeti demektir.

4- Akit anında mevcut olmamakla beraber gelecekte mevcut olacağı kesin olan bir şeyin akde konu olması ise teorik ve farazî planda da kalsa ma'dûmun akde konu olması şeklinde karşılanmış ve kurala göre caiz olmaması gerektiği belirtilmiştir. Aslında burada akdin konusunun varlığı veya yokluğundan ziyade garar/ asıldaki belirsizlik ve aldanma ihtimalinin varlığı veya yokluğu akde tesir etmesi gerekirken hukukçuların çoğunluğu akit anında mahallin olmamasını esas alarak bu tip akitleri caiz görmemişlerdir.

Hukukçular prensip olarak o anda mevcut olmayan şeyin akde mahal olamayacağını yani bunun akit için bir butlan sebebi olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak bir yandan ihtiyaçların sevki diğer yandan ilgili nasların dikkate alınması neticesinde bazı istisnaları da benimsemişlerdir. Diğer bir ifade ile hukukçular burada akdin mahallinin o andaki mevcudiyetini değil de ileride mevcut olmasının mümkün olmasını esas almışlardır.

Bunlardan biri icare/ kira ve iş akdidir ki akit yapıldığı esnada malın menfaati ve işçinin emeği henüz ortada olmamakla birlikte insanların buna ihtiyacı vardır ve bu uygulamalar teamül haline gelmiştir. Bu sebeple icare akdi bu kurala uymamakla birlikte istihşanen sahih kabul edilmiştir.

Tarla ve bahçe sahibi ile kiracı/işçi arasında, çıkacak mahsülün bir kısmı tarla/

¹²⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 162; Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁷² Ali Haydar Efendizade, I, 328, Mecelle, md, 206.

¹²⁷³ Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

bahçe sahibinin diğer bir kısmı da emek sahibi olan kiracı/işçinin olması şartı ile yapılan müzaraa ve müsakat akitleri de bu gruba girer. Bunlar başlangıçta icare akdine sonuçta ise şirket akdine benzemektedir. Çünkü müzaraa akdinde akdin konusu; tohum çiftçi/kiracı/işçiye aitse arazinin menfaati, tohum arazi sahibine aitse çiftçinin iş gücü/amelidir. Müsakat akdinde ise akdin konusu, ağaçlara bakacak işçinin emeğidir. Her ikisinde de her halükarda akit anında akdin konusu mevcut değildir. Bu sebeple müzaraa akdi İmam Ebu Hanife, Şafii ve Malik'e, müsakat akdi ise sadece İmam Ebu Hanife'ye göre fasittir. Fakat müzarra akdi İmameyn ve Ahmed bin Hanbel'e göre müsakat ise Ebu Hanife'nin dışındaki hukukçulara göre akdin mahalli ileride mevcut olması imkan dahilinde olduğu için bunlar da icare akdindeki gibi sebeplerle istisnenen caiz kabul edilmiştir.¹²⁷⁴

Selem ve istisna' akitlerinde de akdin konusu o anda mevcut olmamakla birlikte belli ihtiyaçlar sebebi ile o mahal/mal ileride meydana geleceği için bir takım şartlarla bu akitler de caiz görülmüştür.

Peşin para karşılığında vadeli mal satışı demek olan selem akdinde, akit anında olmayan bir malın peşin bedel karşılığında satılması ihtiyaca binaen caiz kılınmıştır. Ancak tamamen bir belirsizlik olmaması ve insanların aldanmaması için bir takım şartlar ile bu cevaz verilmiştir. Buna göre selem akdine konu olacak malın; cinsi, türü, vasfı/kalitesi, miktarı ve teslim zamanı ve mekanı belli olacak, eğer sayı ile satılıyorsa emsalleri ile aralarındaki farkı asgariye indirecek ölçüde tavsif ve tayini mümkün olacak. Malın bedeli tam olarak açıklanmalı ve akit meclisinde teslim edilmeli. Bu şekilde tüm ayrıntıları belirlenen malın akde konu olmasında bir belirsizlik ve aldanma ihtimali kalmadığı için bu şartlarla bu akit caiz kabul edilmiştir. Bunlardan birinin eksik olması halinde belirsizlik ve aldanma ihtimali olacağı için bu da insanları tartışmaya sevk edeceğinden bu tip bir akit sahih değildir. Ayrıca akde konu olan şeyin tayini mümkün olacak. Paralar tayin ile muayyen olmadıkları için paralarda selem akdi caiz değildir. Bu şartlara ilave olarak Hanefiler ayrıca akde konu olan şeyin akit anından teslim anına kadar o bölgede devamlı mevcut bulunmasını da aramaktadırlar. Bu şartı aramalarındaki gaye teslim vakti geldiğinde malı temin ve teslim etmeyi garanti altına

¹²⁷⁴ Hafif, 538-542.

almaktır.¹²⁷⁵

Yapılacak bir malın zimmette borç olarak satılması demek olan istisna‘/ sipariş akdinde de akit, o anda henüz mevcut olmayan bir malınimalatı sipariş edilerek yapılmaktadır. Bu da kurala göre caiz olmaması gerekirken ihtiyaç ve eskiden beri uygulandığı için teamül gereği istisnaen caiz kabul edilmiştir.

Selem akdinde satılan şey ölçü, tartı, sayı vb. ile belirlenen ve emsali piyasada bulunan bu sebeple zimmete taalluk eden bir deyn/ borç iken istisna‘ akdinde satılan bir deyn/ borç değil bir ayndır. Çünkü sipariş edilen elbise, halı ve ayakkabı gibi muayyen bir maldır ve bu akit anında henüz imal edilmiş değildir.

İstisna‘ akdi de genel kuraldan istisna edildiği için bu da bir takım şartlarla caiz kabul edilmiştir. Buna göre bu akitte; sipariş edilen şey, yapıldıktan sonra anlaşmazlığa sebep olmayacak şekilde cinsi, türü, miktarı ve bütün nitelikleri tam olarak belli olmalı ve o şeyin sipariş yoluyla yaptırılması adet ve teamül halinde olmalıdır.¹²⁷⁶

İslam hukukçuları akdin mahallinin akit anında mevcut olmasının akdin kurulabilmesi için şart olduğunu söylemelerine rağmen ihtiyaç ve teamül gereği icare, müzaraa, müsakat, selem ve istisna‘ akitlerini caiz görmeleri akit hürriyeti açısından değerlendirildiğinde akit hürriyetini genişleten bir durumdur. Zira neticede insanların ihtiyacına binaen kurulan akitler zamanla ihtiyaçlara göre şekillenmekte ve hukuktaki yerini almaktadır. Yani asıl olan insanların ihtiyacının karşılanmasıdır. Tabii bu yapılırken de belli ölçülerin olması gerekir. Hukuk ise bu ölçüleri koyarak insanların bir birlerine zarar vermeden bu ihtiyaçlarını karşılamalarını temin etmektedir.

İşte İslam hukukçularının mevcut olmayan bir şeyin akde konu olamayacağı hükmünü koyarken de gözetmiş olduğu şey belirsizlikten kaynaklanan bu zararın bertaraf edilmesi ve böylece insanlar arasında sulh ve selametin yani maslahatın temin edilmesidir. Bu kuraldan istisna etmiş oldukları akitlerde getirmiş oldukları şartlarla da bu belirsizlik ortadan kalktığı ve insanların da bu akitleri yapmada maslahatları olduğu için bunların cevazını kabul etmişlerdir. Böylece zaman içerisinde İslam hukukçuları akitlerde esas kabul ettikleri akit hürriyeti prensibi gereği akitlerin sahasını genişletmiş olmaktadır.

¹²⁷⁵ Hafif, 504; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 163.

¹²⁷⁶ Hafif, 507; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 165.

5- Ma'dûmun akde konu olup olmamasının bir diğer şekli ise akdin mahallinin akit yapıldığı sırada mevcut olmayıp daha sonra var olmasının veya varlığını devam ettirmesinin de şüpheli olması durumudur.

İslam hukukçularının garar ve cehalet sebebi ile genelde caiz görmediği bir durumdur. Çünkü akdin mahalli o anda mevcut olmadığı gibi ileride vücut bulacağı da kesin değildir. Böyle bir durumda ola ki ileride de o şey vücut bulmadı o takdirde akdin mahallini teslim imkanı olmayacaktır ve bu durum taraflar arasında nizaya sebep olacaktır.

Bunun örneği hadislerde yasaklanan dişi hayvanın karnındaki yavrunun, doğacak yavrunun yavrusunun, erkek hayvanın sulbündeki tohumun, bahçenin gelecek yıllardaki meyvesinin satım akdine konu olması gibi şeylerdir.¹²⁷⁷

Burada akdi bâtil kılan husus mahallin vasıflarındaki bilinmezlik (cehalet) değil mahallin aslı ile ilgilidir. Yani onun meydana gelip gelmemesiyle ilgili bilinmezlik (garar) ve aldanma ihtimalidir. İslam hukukçuları akitlerde hukukî emniyeti sağlamak ve tarafları korumak için böyle bir tedbire ihtiyaç duymuşlardır.¹²⁷⁸

Aslında buradaki husus garar ve cehalet kavramlarına getirilen tanımlarla da alakalıdır. Zira bu kavramlarla ifade edilen bilinmezlik ve risk faktörüne göre akdin hükmü belirlenmektedir.

Garar akdin mahallinin/ mevzuun var olması, gerçekleşmesi konusundaki risk, belirsizlik ve şüphedir. Gökteki kuşu, denizdeki balığı, dişi hayvanın karnındaki yavruyu, bahçenin gelecek yıllardaki meyvesini satım konusu yapma örneklerinde garardan bahsedilir. Çünkü bunların elde edileceği, yakalanacağı ve meydana çıkacağı belli değildir. Eğer akdin mahallinde garardan bahsediliyorsa o akit batıldır. Çünkü bu başlık altında incelediğimiz mahallin ileride de var olup olmaması söz konusudur. Buradaki belirsizlik te akde olumsuz tesir edecek mahiyettedir.

Cehalet ise varlığı ve gerçekleşeceği bilinen mahallin/ mevzuun önemli vasıflarındaki bilinmezliktir. Paket içindeki bir nesneyi satım konusu yapma örneğinde cehalet vardır. Çünkü burada bir nesnenin var olduğu bellidir, ancak ne, ne kadar ve na-

¹²⁷⁷ Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁷⁸ H. Yunus Apaydın, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), An. Ü. Sos. Bil. Ens. Ankara 1989, 134.

sıl olduğu belli değildir. Burada ki bilinmezlik ise mahallin aslı ile alakalı olmadığı için buradaki olumsuzluk akde fazla tesir etmemekte yani batıl değil sadece fesat sebebi sayılmaktadır.¹²⁷⁹

İslam hukukçularının garar ve cehalet konusundaki ifadeleri göz önüne alınınca bu kavramların yüzyıllara ve bölgelere göre değiştiği ve gelişmeler gösterdiği anlaşılmaktadır. Bunları butlan ve fesat sebebi saymaktan maksat da hukuki emniyet, adalet ve hakkaniyeti sağlamak, işi şansa bırakmamak, önceden bilinmemek yüzünden tarafların zarara uğramalarını önlemektir. Bunun içindir ki örf ve teamülün kısmen belirsizliği gidermesi, ihtiyacın kaideye ağır basması, akit konusu nesnenin yeterince tarif ve tavsif edilmesi gibi hallerde zayıflayan garar/asıldaki bilinmezlik ve cehalet/vasıftaki bilinmezlik akde tesir edememiş bu durumlarda akit geçerli sayılmıştır.¹²⁸⁰ Çünkü akdi batıl veya fasit kılan şey aslında akdin mahallindeki tarafları nizaya sevk edecek bilinmezlik/ garar veya cehalet ve mahallin tesliminin mümkün olmamasıdır. Bu sebepler kalkınca akit te sahih olmaktadır.

Akdi batıl veya fasit olmasındaki ana fikir bu olduğu içindir ki Hanbeliler, özellikle de İbn Teymiyye ve İbn Kayyım, İslam hukukunda hâkim olan "ma'dûmun akde mahal olamayacağı" ilke ve genellemesine karşı çıkmakta. Akdin garar, cehalet ve zarardan uzak olmasının ve teslim edilebilir bulunmasının esas olduğunu ve bu olumsuzlukları taşımayan akitlerin sahih kabul edildiğini söylemektedirler.¹²⁸¹

Akdi sahih olması için akdin mahallinin mevcut olması şartını getiren İslam hukukçularının maksatları; hukuki emniyet, adalet ve hakkaniyeti sağlamak, işi şansa bırakmamak ve önceden bilinmemek yüzünden tarafların zarara uğramalarını önlemektir. Bu sebeple teamülün kısmen belirsizliği gidermesi, ihtiyacın kaideye ağır basması, akit konusu nesnenin yeterince tarif ve tavsif edilmesi gibi durumlarda da akdi geçerli saymışlardır. Bu, akit hürriyeti açısından bakıldığında akit hürriyetini genişleten bir durumdur. İslam hukukçuları bu uygulamalar ile zaman içerisinde akitlerde esas kabul ettikleri akit hürriyeti prensibi gereği akitlerin sahasını genişletmiş olmaktadır.

¹²⁷⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 166.

¹²⁸⁰ Hayreddin Karaman, "Akid", *DİA*, II, 254.

¹²⁸¹ Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

3.3.1.2.1.2. Mümkün/Makturu't-Teslim Olması

Akit konusunun mümkün olması şartı akdin konusu mal veya menfaat ise mevcudiyetinin ve tesliminin mümkün olması, iş ise insan kudretinin fevkinde olmaması şeklinde anlaşılmaktadır. Mevcudiyetinin mümkün olmasını yani akdin konusunun mevcut olmasını bir önceki başlıkta ele aldığımız için burada malın veya menfaatin tesliminin mümkün olmasını yani bunların tesliminin kudret dahilinde olması ile yapılacak işin kudret dahilinde olmasını ele alacağız. Diğer bir ifade ile teslim ve ifânın mümkün olması aranır. Zaten akdin mahallinin mümkün olması denince daha çok bunlar akla gelir. Zira Mecelle örneğin satım akdinin mahalli ile ilgili şartları ifade bağlamında onun tesliminin mümkün ve kudret dahilinde olması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁸²

Böyle bir şartın aranması gayet yerinde bir şeydir. Zira akitlerde gaye o akitle elde edilmek istenen faydadır. Bu ise ancak akdin mahallinin imkan dahilinde olması ile elde edilir. İvazlı akitlerde bu şartın olması hususunda hukukçular ittîfâk halindedir. Fakat teberru akitlerinde tarafları bağlayıcı olan bir şey olmadığı için tarafları nizaya sevk edecek bir durum da cereyan etmeyeceğinden Malikiler ve diğer bazı hukukçular bunlarda akdin mahallinin mümkün olmasını şart kabul etmemişlerdir.¹²⁸³

Akdin mahallinin tesliminde veya ifâsında söz konusu olan imkansızlık ya mutlak/objektif imkânsızlık ya da nisbi/sübjektif imkânsızlık olur. Mutlak/objektif imkânsızlık sürekli olarak her halükarda ve herkese göre imkansız olandır. Böyle bir şeyin akde mahal olamayacağı açıktır. Nisbi/sübjektif imkansızlık ise belli durumlarda ve belli kişilere göre oluşan imkansızlıktır. Bu noktada ise akdin mahalli hangi durum ve kişiler için imkansız ise sadece o durum ve kişiler için akit batıl olur.¹²⁸⁴

Gerçekten imkansız olmamakla birlikte müteazzir olma yani imkânsız gibi olma hali de mutlak/objektif imkânsızlık hali sayılmakta ve öteden beri bu nevi imkânsızlık için denizdeki balığın, kaybolmuş malın, havadaki kuşun satışı örnek olarak gösterilmektedir. Peygamberimiz'in kabzedilmeyen veya kişinin yanında olmayan malın satışını yasaklaması¹²⁸⁵ genelde satılan malın gayri mevcut oluşuyla değil teslimin

¹²⁸² Ali Haydar Efendizade, I, 177, mad, 198.

¹²⁸³ Zeydan, *el- Medhal*, 260.

¹²⁸⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 170.

¹²⁸⁵ Buhari, *Buyu*, 55/2135.

imkânsız oluşuyla yorumlanır ve hadisteki yasağın konusu ve derecesi hakkında farklı görüşler ileri sürülür. Çoğunluk yasağın tahrir ifade ettiğini dolayısıyla akdin batıl olduğunu kabul eder. Ancak yasağın hangi tür malları kapsadığı hususunda Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre yasak menkul mallar, Malikilere göre gıda maddeleri, Hanbelilerde meşhur olan görüşe göre ölçülüp tartılabilen mallar için söz konusudur. Diğer hukukçular ise yasağın her nevi mal için geçerli olduğu kanaatindedirler.¹²⁸⁶Buna göre akdin mahallini teslim ve ifâda gerçek anlamda imkansızlık olmasa dahi müezzir olma hali de objektif imkansızlık olarak değerlendirilmiş ve akdi batıl kılma sebebi sayılmıştır.

Şahısların mülkünde olmayan ve kamunun istifadesine ait olan mubah malların da temellük edilmeden önce tesliminin imkansızlığı sebebi ile akde konu olmaları caiz görülmemiştir.¹²⁸⁷ Fakat daha önce akdin mahallinin kısımlarını anlatırken ifade ettiğimiz yollar, köprüler, parklar ve meydanlar gibi kamunun menfaatine tahsis edilen malların bir kısmının artık günümüzde devlet idaresi tarafından belli şartlarla ve belli süreliğine belli kişilere veya şirketlere satıldığını/kiralandığını görmekteyiz. Diğer bir ifade ile devlet buraları ya kendisi doğrudan bir bedel karşılığında kullanırmakta ya da işletilmesini belli bir şahsa devrederek onun aracılığı ile oralardan istifade edenlerden belli bir ücret almaktadır. Buralara sahip olan bu kimseler de buraların üzerinde belli akitleri icra etmektedirler. Örneğin o yolları veya köprüleri kullanan kimselerden geçiş ücreti almaktadırlar. Yani oralardan istifade etme karşılığında bir ücret almaktadırlar. Böyle bir teamülün oluşu imkansızlığı ve buna bağlı hükmün batıl oluşunu ortadan kaldırmaktadır. Bu sonuç ise akit hürriyetinin genişlemesi demektir.

Diğer taraftan da bir kimsenin başkasına ait bir malı onun adına satması yani fuzulinin satışı ve mal sahibinin, gasp edilmiş malını satması örneklerinde ise akdin mahallinin tesliminde sübjektif imkânsızlık olduğu için akde konu olan malın teslimine bağlı olarak yapılan akitler sahihtir. Çünkü fuzulinin yaptığı akitte mal sahibinin izin vermemesi durumunda akdin konusunu teslim imkanı olmamakla birlikte izin verdiği takdirde ise bu imkansızlık ortadan kalkmaktadır. Yine aynı şekilde gasp edilmiş bir malın, sahibi tarafından satılması durumunda gasp davası kesinleşmişse o mal sahibi mahkeme kararı ile malını gasıptan alır ve sattığı kişiye teslim eder böylece teslimin

¹²⁸⁶ Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁸⁷ Zeydan, *el- Medhal*, 260.

imkansızlığı ortadan kalkmış olur. Her iki durumda da imkansızlık sübjektif olduğu için imkansızlığın kalkmasına bağlı olarak akitler de sahih olmuş olurlar.

İslam hukukçularının imkansızlık hususunda ortaya koydukları bir diğer şey ise sübjektif imkansızlık haline benzer bir durum olan zararsız teslim mefhumudur. Buna göre imkansızlık nasıl akdi batıl kılsa teslim sorumluluğu olan tarafın akdin konusu olan şeye zarar vermeden teslim edememesi de fesat sebebi sayılır. Mesela bütünü parçalanmadan teslim edilemeyecek bir şeyin içindeki bir parçayı satmak gibi. Örneğin bir duvarın içindeki bir tuğlayı satıp teslim etmek o duvarın bütününe zarar vereceği için bu tip akitler fasit sayılmıştır.¹²⁸⁸

İslam hukukçuları imkansızlığın akitten önce veya sonra oluşunu farklı değerlendirmişler ve farklı hükümler vermişlerdir. İmkânsızlık akdin yapıldığı anda mevcutsa akdin butlanından, sonradan ortaya çıkmışsa akdin infisahından söz edilir. Mesela icare akdi ile bir işi üstlenen bir işçi anlaşma yaptıktan sonra üstlendiği işi yapmasına mani olacak derecede hastalanırsa veya ölürsa yani o işi yapma imkanı ve kudreti kalmazsa bu akit infisaha uğrar.¹²⁸⁹

Akdin kurulabilmesi ve sahih olabilmesi için akdin konusunun imkan dahilinde olması hem mevcudiyet açısından hem teslim açısından hem de kudret dahilinde olması açısından son derece önemlidir. Zira imkan ve kudret dahilinde olmayan bir şeyin akde konu olması abes ve muhal bir şeydir. Bu sebeptendir ki böyle bir şeyi akde konu etmek akdi batıl veya fasit kılmaktadır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere bu imkansızlığın ortadan kaldırıldığı durumlarda ise akit sahih kabul edilmiştir.

3.3.1.2.1.3. Muayyen/ Malum Olması

İslam hukukunda akdin konusunun, tarafları anlaşmazlığa ve aldanmaya sürüklemeyecek ölçüde muayyen, malum ve maruf olması şartı üzerinde ayrıntılı olarak durulur. Çünkü İslam hukukunda taraflar arasında anlaşmazlık doğduktan sonra onu çözmeye uğraşmaktan ziyade başlangıçta anlaşmazlık ve aldanma sebeplerini ortadan kaldırmak esastır. Bu sebeple de akdin mahalli işaretle veya görerek ya da misli mallarda miktar, cins, nevi ve vasfının açıklanması ile bilinmesi gerekir. Eğer akdin

¹²⁸⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 171.

¹²⁸⁹ Hafif, 294; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 171.

mahalli bu yollardan biri ile taraflarca bilinir hale gelmezse böyle bir akit batıl olur.¹²⁹⁰ Bu prensip uygulamada bazı darlık ve güçlükler sebep olmakla beraber sağlam ve güvenilir olma özelliklerini ihtiva etmektedir.¹²⁹¹

İslam hukukçuları muavaza akitlerinde akdin mahallinin taraflarca hile ve gararı önleyecek ve ileride nizaya sebep olmayacak şekilde malum olması hususunda ittîfâk içindedirler. Teberru akitlerinde ise Hanefî ve Malikilere göre ivazlı akitlerde müsamaha edilmeyen bazı cehalet türlerine müsamaha edilmiştir. Çünkü teberru akitleri bağlayıcı olmadığı için tarafları nizaya sevk edecek bir durum olmaz.¹²⁹²

Belirsizlik ve bilinmezliğin akdi iptal veya ifsat edebilmesi için nizaya yol açacak ölçüde fahiş/fazla ve tarafları aldanmaya sürükleyebilecek boyutta olması gerekir. Hanefî'ler bilinmezliğin akdi iptal veya ifsat edebilmesi için nizaya yol açacak ölçüde fahiş ve tarafları aldanmaya sürükleyebilecek boyutta olmasında aradıkları ölçü, garar ve cehalet kavramları ile ifade ettikleri şeydir. Yani bilinmezlik ve belirsizlik akdin mahallin aslı ile ilgili ise -ki bu durumda onun tayin ve takdirini imkansız kılmaktadır- buna garar deyip bunun akdi batıl kıldığını, bilinmezlik ve belirsizlik akdin mahallinin aslı ile değil vasf ve miktarı ile ilgili olursa buna da cehalet var deyip bunun da akdi fasit kıldığını söylemektedirler.¹²⁹³

Bunun için de meselâ hayvanın karnındaki yavrunun satımı, balıkçının daha ağını atmadan ağına düşecek balığın satımı, belli bir sürüden her hangi bir koyunun satımı vb. akitler bâtil sayılırken vasıfla ilgili aldanmaların bulunması halinde akit fasit sayılmıştır. Hadislerde belli derecede bilinmezlik ve garar unsuru taşıyan bazı alışveriş neveleri yasaklanırken¹²⁹⁴ herhalde bir sebep de bunlardaki belirsizliktir.

Ancak bilhassa misli malların ölçülüp tartılmaksızın bütün olarak tahmin ve göz kararı ile alınıp satılması/ bey'u'l-cüzâf ve numune ile satış ciddi bir bilinmezlik ve aldanma riski taşımadığından caiz görülmüştür. Akdin mahallinin bilinir veya tayini kabil sayılmasında örfün önemli bir rolü vardır. İnsanların günlük uygulamalarında yaptıkları akitlerde alıp verdikleri şeylerin belli olup olmaması noktasında tarafları nizaya sevk edecek miktarda belirsizlik yoksa bu akdin sıhhatine mani değildir. Diğer

¹²⁹⁰ Zeydan, *el- Medhal*, 259.

¹²⁹¹ Zerka, *el-Ukudü 'l-müsemma* IV, 49.

¹²⁹² Hafif, 294, 295.

¹²⁹³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 172.

¹²⁹⁴ Hadislerde yasaklanan muhâkale, münâbeze, muâveme vb akitler için bkz; Buhari, *Buyu*, 82/2183.

bir ifade ile akdin mahalli ile ilgili cehalet basit ise böyle bir durum onun akde mahal olmasına mani değildir. Çünkü insanlar bu gibi durumları müsamaha ile karşılarlar ve bunlar ileride taraflar arasında nizaya sebep olmazlar. Şu sandıktaki elbiseleri, şu depodaki buğdayı gibi ifadelerle mahallin cinsi belli edilerek akde konu kılınması durumları böyledir.¹²⁹⁵

Akdin mahalli işaretle veya görerek ya da misli mallarda miktar, cins, nevi ve vasfının açıklanması ile bilinmesi gerekir dedik. Ama bu bilinir olması akdin mahallinin akit meclisinde olup olmamasına göre hukukçularca farklı kriterler esas alınarak değerlendirilmiştir.

Eğer akdin mahalli akit meclisinde bulunuyorsa Hanbeli ve Hanefilere göre şu çuval içindeki buğday diyerek işaret edilmiş olmakla bilinir hale gelirken Malikilere göre görülmesinde zorluk yoksa görmek ile zorluk varsa vasıfları söylenerek ve Şafiilere göre ise her halükarda görerek bilinir hale gelir.

Akdin mahalli akit meclisinde bulunmuyorsa zaten belli ve muayyen bir şey ise onu açıkça tavsif etmek yeterlidir. Ama akdin mahalli bizzat muayyen olmadığı takdirde Hanefilere göre akde mani olacak derecedeki cehalet-i fahişeyi/ önemli bilgisizliği ortadan kaldıracak ölçüde belirlenmesi için cins, nevi ve miktarının açıkça söylenmesi gerekir. Bazı önemsiz hususların bilinmemesi akde tesir etmez. Çünkü görülmeyen, akit meclisinde olmayan bir mahal üzerine yapılan akitte sonradan akdin mahallini görünce görme muhayyerliği vardır. Yani bir malı görüp bilmeden mebî' veya semen olarak kabul eden tarafa bu malı gördüğünde satım akdinden vazgeçebilme hakkı/ görme muhayyerliği tanınması da akit konusunun bilinir olmasında gösterilen titizlikle izah edilebilir.

Malikilere göre de akit meclisinde olmayan akdin mahalli tavsif ile yani cins, nevi ve miktarının açıklanması ile tayin edilmiş bilinir hale gelmiştir. Ayrıca numune veya ambalajların üzerindeki ürünün vasıflarının yazıldığı etiketlere bakarak ta akit yapılabilir. Bunlar Hanefilerden farklı olarak eğer ürün bütün özellikleri belirtilerek alınmış ise tıpkı görerek alınmış kabul edilir ve görme muhayyerliği tanınmaz.

Hanbelilere göre akit meclisinde bulunmayan şeyin önemli olan bütün vasıfları zikredilerek akde konu olması caizdir. Çünkü bu şekilde bilinir hale gelmiş demektir.

¹²⁹⁵ Hafif, 294; Zeydan, *el- Medhal*, 260.

Ayrıca değişikliğe uğramayan mahallin daha önceden görülmüş olması da yeterlidir. Yani bunlara göre önemli olan o ürün hakkında bilgi sahibi olmaktır. Bu ister görerek olsun ister özelliklerinin belirlenmesi ile olsun fark etmez.

Şafii'nin son görüşüne göre ise akit meclisinde olmayan bir şey görülmedikçe akde konu olamaz. Yani Şafii'ye göre o mahallin özelliklerinin biliniyor olması onu bilinir hale getirmez.¹²⁹⁶

Akdin konusu olması açısından paranın durumuna gelince bir akitte para mukabili olan akdin konusunda yani akitle elde edilmek istenen asıl şeyde aranan şartlar akitte bedel durumunda olan para için de aranır. Buna göre ivazlı akitlerde semenin vasfının meçhul olması caiz değildir. Çünkü bu cehalet tarafları anlaşmazlığa götürür.¹²⁹⁷

Zira Şafî ve Malikiler akdin mahalli olması noktasında malı/mebi ve semeni eş anlamlı kabul edip ivazlı akitlerde üzerinde akit yapılan malı/mebi ve karşılık gösterilen parayı aynı sayarlar. Mebi ve semenle ilgili şartları aynı önem derecesinde tutmaları bu sebeptedir.¹²⁹⁸

Ancak yukarıda söylediğimiz gibi Hanefiler semeni/bedeli akdin rüknü değil de hükmü veya gereği gördüklerinden semenle/bedelle ilgili şartlarda akdin mahalli olan malda olduğu gibi titizlik göstermez ve bu şartları akdin in'ikad şartı dışında mütalaa ederler. Bununla birlikte semenin miktar, cins, nevi ve vasıf itibarıyla bilinmesi ve vadeli akitlerde vadesinin de malum olması gerektiğini söylerler.¹²⁹⁹ Hanefiler her ne kadar mal ve semeni ayrı değerlendirse de aslında bu yaklaşımları ile akdin mahallinin malum olmasında aradıkları şartları semende de aramışlardır. Zira akdin mahalli de ya işaretle ya görmekle ya da miktar, cins, nevi ve vasıflarının belirlenmesi ile malum hale gelmektedir. Semende de aynı şeyler istendiğine göre bu özelliklerinin bilinmesi ile semen de her ne kadar akdin asıl maksadı olmasa da bilinir hale gelmiştir.¹³⁰⁰

Hanefiler bu görüşlerinin uzantısı olarak ivazlı akitlerde mal-bedel ayrımı için birtakım kıstaslar da geliştirmişlerdir ki yapılan mübadelelerde belirsizlikten

¹²⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 173.

¹²⁹⁷ Özdirek, 107.

¹²⁹⁸ Bardakoğlu, "bey", *DİA*, VI, 13-19.

¹²⁹⁹ Ali Haydar Efendizade, I, 218, Mecelle, md, 238.

¹³⁰⁰ Ali Haydar Efendizade, I, 219, Mecelle, md, 239.

kaynaklanan her hangi bir problem yaşanmasın. Meselâ para kural olarak semen/bedeldir. İster misli ister kıyemi olsun bütün mallar ise mebidir yani akitle elde edilmek istenen asıl şeydir. Misli mallar para ile karşılaştığında yani para ile misli mal mübadele edildiğinde misli mal, mebi olur çünkü karşısında asıl mübadele aracı olan para vardır, fakat kıyemi mallarla karşılaştığında ise para gibi semen/bedel olur. İki bedel de semen olabilecek durumda ise zimmette sabit olan semen sayılır. Mebin tayin ile muayyen olacağı yani belirlemekle belirli hale geleceği ve onun teslim edilmesinin gerekeceği,¹³⁰¹ semenin ise tayin ile muayyen olmayacağı aynı cins ve miktarda başka bir paranın da ödenebileceği ifade edilirken bu farklılıklara işaret edilmek istenmiştir.¹³⁰² Hanefilerin bu ayırımı, meselâ şarap, domuz eti gibi hukukî itibarı olmayan malların mebi olması halinde akdin bâtil, semen olması halinde ise akdin fasit olması şeklinde kendini gösterir.¹³⁰³ Yine mebi-semen ayırımı, gerek kabz öncesi ve sonrasında tarafların mebi ve semenle ilgili hak ve sorumluluklarını, gerekse mebi ve semenin şart ve durumunun akde tesirini yakından ilgilendirir.¹³⁰⁴

Hanefiler her ne kadar semeni akdin asıl mahalli gibi değerlendirmeseler dahi onlar da diğer hukukçular gibi semenin de her yönden malum olmasını isterler. Semen, peşin olan akitlerde bilinirliği çok daha kolay olmakla birlikte, semenin vadeli olduğu akitlerde hem eğer teslim masraf gerektiriyorsa teslim mekanının belirlenmesi¹³⁰⁵ hem vadenin bilinir olması gerekir hem de vade sonunda ödenecek olan semenin kıymetinin yani alım gücünün bilinmesi gerekir. Zamanın tayini de kolaydır ve akit yapılırken bu belirlenir. Fakat semenin/paranın zaman içerisinde değer kaybetmesi ve bunun tespiti gerekir. Bu durum ise paranın değer kaybetmediği zaman ve ülkelerde çok sorun teşkil etmemekle birlikte paranın değer kaybına uğradığı yani enflasyona maruz kaldığı zaman ve ülkelerde bunun tespitinin iyi yapılması önem arz eder. Çünkü zamanla değer kaybına uğrayan paranın alım gücü düşeceği için akdin yapıldığı zaman ile semenin ödeneceği vakitteki kıymeti bir olmayacaktır. Bu ise tarafları nizaya sevk edecek bir durumdur.

¹³⁰¹ Ali Haydar Efendizade, I, 324, Mecelle, md, 204.

¹³⁰² Ali Haydar Efendizade, I, 390, Mecelle, md, 243.

¹³⁰³ Ali Haydar Efendizade, I, 334, Mecelle, md, 211, 112.

¹³⁰⁴ Bardakoğlu, “bey”, *DİA*, VI, 13-19.

¹³⁰⁵ Ali Haydar Efendizade, I, 218, Mecelle, md, 238.

Akdin asıl mahalli olan mal, menfaat veya işin mukabili olan bedel semen/ para zaman içerisinde hemen hemen her ülkede değişik evreler geçirmiştir. Daha önceleri altın, gümüş, bakır vb. madenlerden yapılan şeyler mübadele aracı olarak kullanılmakta iken günümüzde daha çok kağıt para sistemine geçilmiştir. Piyasada tedavülde olan paraların bir kısmı zaman içerisinde bu vasıflarını kaybedip tedavülden kalkmaktadır veya sadece belli kişilerin örneğin sarraf ve bankaların elinde olmaktadır. Birinci duruma kesat hali ikinci duruma ise inkıta hali denir. Kesada uğrayan yani tedavülden kalkan paranın akitlerde bedel olamayacağı açıktır. İnkıtaa uğrayan yani piyasada belli kişilerde olan paranın ise bedel olması tartışmalıdır. Alacaklı olan hak sahibine aynı parayı veya başka paradan değeri kadarını alma hakkı tanınmıştır.

Akdin konusunun malum/bilinir ve muayyen/belirlenmiş olması açısından asıl burada ele alacağımız durum ise mali piyasalardaki ucuzlama ve pahalılaşıma hadiselerinde paranın mal karşısında değer kaybetmesi demek olan enflasyon olması halindeki paranın durumudur.

Ebu Hanife gerek satım gerekse karz akdinde hasıl olan borçlarda paranın kıymetinin değişmesini yani paranın enflasyona uğrayarak değer kaybetmesini veya değer kazanmasını borcun miktarına tesirini caiz görmemektedir. Yani akit yapıldığında üzerinde anlaşılan miktar ne ise ödeme yapılacağı zaman da o miktar ödenir. Kıymetinin artması veya azalması bu miktarı değiştirmez. Fakat bugün fetvada benimsenen Ebu Yusuf'un görüşüdür ki ona göre zaman içerisinde paranın kıymetindeki değişiklik dikkate alınır ve ödeme zamanındaki kıymeti üzerinden borç ödenir. Yani akit yapıldığı vakitteki kıymeti ile ödeme yapıldığı vakitteki kıymeti arasında fark varsa bu fark mutlaka dikkate alınmalıdır.¹³⁰⁶

Tabii burada bu kıymet değişikliğinin tam tespit edilmesi tarafların hem her hangi bir haksızlığa maruz kalmamaları hem de nizaya düşmemeleri için önemlidir. Bu da bugün uluslararası tüm paraların değer referansı olan altın veya devletlerin belirlediği fiyat indekslerine göre olmaktadır. Böylece vadeli olan satım veya karz akdi ile oluşan borçlanmalardaki paraya ait belirsizlikler ortadan kaldırıldığı için akit de sahih olmaktadır.

¹³⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 175.

Akdin konusunun iş ve hizmet olması durumunda o işin imkan ve kudret dahilinde olması gerektiği gibi aynı zamanda taraflarca bilinmesi, tayin ve tespit edilmesi de gerekir. İster herkese iş yapan ecir-i müşterek olsun ister sadece bir şahsa iş yapan ecir-i has olsun bunların yaptıkları iş, ileride taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmayacak şekilde belli olması gerekir. Yapılacak işin belirlenmesi; cinsi, nevisi, miktarı ve ecir-i hasda zamanın belirlenmesi ile olur. Ecir-i müşterekte ise zamanın belli olması şart değildir. Çünkü ecir-i müşterekte akdin konusu iş veya işçinin çalışarak malda meydana getirdiği vasıf, eserdir. Ecir-i has ta ise akdin konusu akitte belirlenen süre içerisinde işçinin iş yapmaya hazır olmasıdır. Diğer bir ifade ile akdin konusu bizzat işçinin kendisi veya süredir. Bu sebeple bu kısım iş akdinde mutlaka süre belli olmalıdır.¹³⁰⁷

Konunun baş tarafında söylediğimiz ve buraya kadar ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız üzere akde konu olabilecek bir şey eğer mal veya menfaat ise öncelikle akit anında mevcut olacak. O anda mevcut değilse ileride mevcut olması mümkün olacak. Mevcut veya mümkün olması da yeterli değil aynı zamanda muayyen, malum ve teslimi de mümkün olacak. Akdin konusu iş ise yani bir şeyi yapmak veya terk etmek ise bu da malum, muayyen ve imkan ve kudret dahilinde olacak. Bunların hepsini imkansızlık başlığı altında topladık. Neticede İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın da dedikleri gibi bir şeyin akde konu olmasında en önemli kriter onda garar olmamasıdır yani onun teslim ve ifâsının mümkün olmasıdır. Mevcut ve malum olma şartları hep bunu temine yöneliktir.¹³⁰⁸

Kendisinde tarafları nizaya sevk edecek derecede belirsizlik olmayıp teslim ve ifâsı mümkün olan her şeyin akde konu olmasının sahih kabul edilmesi akit hürriyetinin ne kadar geniş olduğunu göstermektedir. Fakat diğer taraftan İslam hukukunun maksadı hukuki emniyet, adalet ve hakkaniyeti sağlamak, işi şansa bırakmamak ve akdin konusunun imkan ve kudret dahilinde olmaması ve garar ve cehalet yüzünden tarafların zarara uğramalarını önlemek olduğu için bu özellikleri taşıyan akitler ya batıl veya fasit sayılmıştır. Yani İslam hukuku bir taraftan ihtiyaçlarını giderebilmeleri ve maslahatlarına olan şeyi gerçekleştirebilmeleri için şahıslara geniş bir akit hürriyeti

¹³⁰⁷ Hafif, 520.

¹³⁰⁸ Zeydan, *el- Medhal*, 259.

tanırken diğ er taraftan bir birlerine zarar verecekleri her türlü davranıştan da onları alıkoyar.

3.3.1.2.2. Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması

Akdin mahallinin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması yani hukukî tasarrufa uygun olması şartı ile, bir şeyin akitlere konu olmasının hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olması, kamu düzenine, teamüle ve genel ahlâka aykırı olmaması kastedilir. Diğ er bir ifade ile akdin konusu, hukuken akdin hükmünü kabul etmelidir. Zira akdin hükmünü kabul etmeyen bir şey akde mahal olamaz. Bu hususta İslam hukukçuları arasında ittîfâk vardır.¹³⁰⁹

Hanefi hukukçular akde konu olacak şeyin mütekavvim olması gerektiğini söylerler. Bunu da örfen mütekavvim hukuken mütekavvim diye ikiye ayırırlar.  rfen mütekavvim, örfen kendisine değer verilen ve mülkiyet altında olan şeylerdir. Buna göre kendisine değer verilmeyecek kadar önemsiz olan şeyler ve henüz ihraz edilmemiş av hayvanları mütekavvim olmadıkları için akde konu olmazlar. Hukuken tekavvim olanlar sayılamayacak kadar çok olduğu için gayr-i mütekavvim olanlar sayılmıştır. Bunlar ise hukukun ana kaynaklarında açıkça yasaklanmış olan şerler, hukuken m kerrem sayılanlar, kendilerinden meşru bir şekilde istifade edilemeyenler ve insan fitratının tiksindiği şeylerdir. Hanefilerin bu taksimine göre örfen ve hukuken mütekavvim olmayan şeyler akde konu olamaz. Tabii  rfen mütekavvim olan şeyler zamana ve bölgelere göre değişiklik göstereceği aşıkardır.¹³¹⁰

Maliki ve şafiiler tahir olma/ necis olmama ve kendisinden istifade edilebilme şartını ararlar. Hanbeliler ise kendisinden istifade edilebilir olma ve hukuken yasaklanmama şartlarını ararlar.¹³¹¹ Aslında bütün hukukçuların aradıkları şartlar aynı sonuca varmaktadır. Fakat bakış açıları farklı zaviyeden olmakta ve isimlendirmeleri de farklı farklı olmaktadır. Zira Hanefilerin mütekavvim dedikleri şey diğ er mezheplerin necis olmama, kendisinden istifade edilebilir olma ve hukuken yasaklanmamış olma şartları ile ifade ettikleri şeydir.

Buna göre mezheplerin farklı yaklaşımlarını şu şekilde üç başlık altında

¹³⁰⁹ Hafif, 295; Zeydan, *el- Medha*, 258.

¹³¹⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 13.

¹³¹¹ Özdirek, 115.

toplayabiliriz. Yani akdin mahallinin, hukuken akdin hükmünü kabul etmemesi; onun mahiyetine/tabiatına, gayesine veya hukuka, umumi nizama ve ahlaka aykırı olması sebeplerinden biri ile olur.

Mahiyeti gereği akde konu olamayacak şeyler; mübadeleye konu edilemeyecek derecede değerli olan şeyler, kendisine değer verilmeyecek kadar az, küçük ve önemsiz şeyler, insan fıtratının tiksindiği ve necis olan şeyler ve kimsenin mülkiyeti altına girmemiş bulunan mubah şeylerdir. Bunlar Hanefilerin örfen veya hukuken mütekavvim saymayıp akde konu olamaz dedikleri şeylerdir.

Mübadeleye konu edilemeyecek derecede değerli olan şeylerin başında insan gelmektedir. Zira insan yaratılış itibari ile mükerrem bir varlık olduğu için şahsının ve organlarının satış akdi gibi insan onurunu zedeleyecek bir akde konu olması caiz görülmemiştir.

İslam hukuku köleliği bir vakıa olarak kabul etmiş ve onların haklarını insan onuruna yaraşır hale getirmek için düzenlemeler yapmıştır. Savaş esiri olmanın dışında hiçbir sebebi kölelik için meşru saymamış. Savaş esiri olanları da devlet başkanının yetkisine bırakmıştır. İnsan için asıl olan hürriyet olduğundan her fırsatta köleliğin kaldırılması için bütün argümanları kullanmıştır. Kölelerin organları da hür insanlarınki gibi satış akdine konu olamaz.¹³¹²

İnsan sütünün satış akdine konu olup olamayacağı hususunda hukukçular farklı kanaatlere sahip olmuşlardır. Ebu Hanife ve İmam Malik'e göre insanın organları gibidir ve satış akdi caiz değildir. İmam Şafii ve Ahmed bin Hanbel'e göre ise tahir olma ve kendisinden meşru bir şekilde istifade edilebilme şartlarını taşıdığı için akde konu olabilir fakat mükerrem olduğu için de mekruh görmüşlerdir. Fakat Hanbeli hukukçularının çoğunluğuna göre tahir olma ve kendisinden meşru bir şekilde istifade edilebilme şartlarını taşıdığı ve naslarda da bunu yasaklayan bir şey olmadığı için bunun satış akdine konu olması caizdir.¹³¹³

İnsan organlarının bağış akdine konu olması ise daha büyük gaye olan insanın hayatını devam ettirme yani insanı yaşatmak olduğu için bağışta bulunan kimsenin her hangi bir zarar görmemesi ve her hangi bir menfaat de elde etmemesi şartı ile caiz

¹³¹² Kâsânî, V, 140-141.

¹³¹³ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 178-180.

görülmüştür.

Kimsenin mülkiyeti altına girmemiş bulunan mubah şeyler mahiyetleri ve tabiatları gereği akde konu olamaz. Mutlak manada ele alındığında güneş ışığı ve ısısı, hava ve deniz gibi. Bunlar mahiyetleri ve tabiatları gereği akde konu olmazlar. Ancak bunlar bir şekilde şahısların mülkiyetine geçmişlerse o zaman akde konu olabilirler.¹³¹⁴ Ayrıca herkesin ortak mülkiyetine açık olan mubah mallar da mahiyetleri gereği akde konu olmazlar. Örneğin denizdeki balık, havadaki kuş gibi henüz hiç kimsenin mülkiyetinde olmayan şeyler de hükmü mülkiyetin intikalini gerektiren akitlerin konusu olamaz. Çünkü bunlarda akdin mahalli akdin hükmünü kabul etmez. Bunların hükümleri mülkiyetin intikalinin olmasıdır. Hal bu ki sayılanlarda hiç kimsenin mülkiyeti yok ki intikal etsin.¹³¹⁵

İktisadi olarak bir değer ifade etmeyen bir tane buğday veya pirinç tanesi, normal bir taş parçası veya küçük bir tahta parçası gibi kendisine değer verilmeyecek kadar az, küçük ve önemsiz olan şeyler de tabiatları gereği akde konu olmazlar.

İnsan fitratının tiksindiği ve necis olan şeyler de tabiatları gereği akde konu olmazlar. Hanefilere göre haşere denilen küçük böcek ve sürüngenler, suda yaşayan kurbağa, istakoz ve yengeç, yılan, akrep ve kaplumbağa gibi hayvanlar insan fitratının tiksindiği şeylerdir. Diğer mezhepler de bunlara kendilerinden meşru şekilde istifade edilemeyen şeyler olarak kabul edilmekte ve akde konu olmaları caiz görülmemektedir. Bal arısı, ipek böceği ve sülük gibi hayvanlar insanlar için yararlı oldukları için akde konu olabilirler. Domuz bizatihi necis olduğu için ondan yararlanmak ve akde konu olması caiz değildir. Leş ve kan da necis oldukları için akde konu olamazlar. Ancak Hanefiler kendiliğinden ölmüş hayvanın derisinin tabaklanarak temiz olacağını, kemiği, siniri, kılları, yünü, ayakları ve toynaklarının rutubet içermediği için temiz olduğunu dolayısıyla da akde konu olabileceklerini kabul ederler. Köpek, Hanefi ve Malikilere göre necis olmadığı ve kendisinden istifade edildiği için akde konu olması caizdir, Şafiilere ve Hanbelilere göre necis olduğu için eğitimli av köpeği de olsalar akde konu olamaz.¹³¹⁶

Gaye ve maksatları itibari ile umumun menfaatine ve hayra tahsis edilmiş olan

¹³¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 179.

¹³¹⁵ Hafif, 295.

¹³¹⁶ Özdirek, 123-133.

vakıf mallarıyla mescit, yol, köprü, ırmak gibi kamu malları da tahsis amaçlarına aykırı görüldüğü için bunlar da satım akdi gibi mülkiyetlerinin intikalini gerektirecek akitlere konu olamazlar. Ancak ibadethanelerin dışındaki kamu malları ve vakıf malları gelirleri gayelerine uygun yerlere harcanmak üzere kira akdine konu olabilirler. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi yol ve köprü gibi bazı kamu malları günümüzde asılları kamuda kalmakla birlikte gelirleri yine kamuya harcanmak üzere belli süreliğine satılmakta veya kiraya verilmektedir. Belli süreliğine diyoruz çünkü bu mallar gayeleri gereği tüm kamunun istifadesi için tahsis edilen ve buralardan istifadeye ihtiyacı olan hiç kimsenin men edilemeyeceği niteliktedir. Dolayısıyla bunlardan biri üzerine süresiz yapılacak temlik akitleri münakit olmaz. Zira bunların böyle bir akde konu olmaları tahsis edildikleri kamu menfaatine aykırıdır.¹³¹⁷

Akdin mahallinin akdin hükmünü kabul etmemesinin diğer bir sebebi de akdin konusunun hukuka, genel adap, ahlak ve kutsal değerlere aykırı olmasıdır. Hukukun ana prensipleri nasıl ki amir hükümler mahiyetinde ise genel adap ve ahlakı korumak için vazedilmiş hükümler de tamamlayıcı ve açıklayıcı hükümler olmayıp amir hükümler içinde mütalaa edilmektedir. Bunların her birinin ihlali akdi batıl kılar. Bu sebeple şarap ve domuz eti Müslümanlara nispetle gayr-i mütekavvim olduğu yani hukukî itibarı olmadığı için ve necis şeyler, kan, leş, mahza günah aletleri, Hanefi ve Maliki göre av köpeği dışındaki köpek vb. şeyler de akitlere konu olamazlar. Cenazelerde ağıtçı tutulması, Müslümanın şarap imalatı veya sevkiyatında çalışmak üzere işe alınması gibi akitler de sahih değildir.

Akdin konusunun hukukî muameleye uygun bulunmaması kavramı ile ilgili olarak bu sonucu doğuran sebeplerden biri de konunun âmir hükümlere, umumi ahlak ve adaba, kamu düzenine aykırı olmasıdır dedik. Zira İslam'ın insan ve ahlâk anlayışına aykırı düşen mevzular bu bakımdan tasarrufa konu olamaz, olması halinde tasarrufun butlanına sebep teşkil eder. Bundan dolayı hür insanın satımı, faizli muameleler, rüşvet anlaşması, kumar, fuhuş vb. konularda yapılan akitler/anlaşmalar ve sözleşmeler batıldır, hükümsüzdür.¹³¹⁸

Akit hürriyetini beklide en fazla daraltan yani akdin butlanını veya fesadını gerektiren sebeplerin başında akdin konusunun hukukî muameleye uygun bulunmaması

¹³¹⁷ Hafif, 296.

¹³¹⁸ Karaman, “Akid”, *DİA*, II,254.

hali gelmektedir. Yukarıda izah ettiğimiz Hanefilerin mütekavvim olmadığı için akde konu olamaz dedikleri, diğer mezheplerin ise necis olduğu, kendisinden istifade edilebilir olmadığı ve naslarda açıkça yasaklanmış olduğu için akde konu olamaz dedikleri şeylerde akit hürriyetinin olmadığı görmekteyiz.

Tezimizin başından beri bir çok defa ifade ettiğimiz gibi İslam hukuku dini bir hukuk olması hasebi ile sadece Müslümanların değil tüm insanların hatta diğer canlı cansız tüm varlığın maslahatına, hayrına ve iyiliğine olan şeyleri teşvik eder, uygun bulur ve mubah kılarken bunların zıddı olan mefseleti, şerri ve insan fitratı ile bağdaşmayan her türlü kötülüğü de çirkin görüp mekruh veya haram olarak yasaklar. Yine daha önce işaret ettiğimiz gibi İslam hukuku meselelere husun-kubuh zaviyesinden bakarak bizatihi kubuh/kötü olanı yasaklarken hattı zatında husun/güzel olan her şeyi de mubah/serbest kılmıştır. İslam hukukunun bu anlayışı diğer bütün sahalarda gözetildiği gibi konumuz olan akitlerde de aynı şekilde gözetilmiştir. Bu anlayışın gereği olarak ta insan fitratı ile bağdaşmayan, yapıldığında sonuç itibari ile mutlaka insanlara bir şekilde zararı olan ve insanlar arasında olması gereken barış ve huzuru ortadan kaldıran her türlü akdi yasaklamış, buna rağmen yapılması halinde ise onları batıl veya fasit olarak hükümsüz saymıştır.

Akdin unsurları dediğimiz rukün ve kuruluş şartları ile sıhhat şartlarında her hangi bir eksiklik olması halinde Hanefilerin batıl ve fasit diye iki farklı kategoride ve derecede hükümsüz saydığı diğer mezheplerin ise aralarında bir fark görmeksizin aynı derecede hükümsüz saydığı akitler sonuç itibari ile akit hürriyetinin olmadığı akitlerdir. Bu manada akit hürriyetinin olmaması insanlar için bir zorluk değil tam tersine onların her türlü haklarının ve menfaatlerinin muhafazası için olması gereken bir tedbirdir.

İslam hukuku, insanların ihtiyaç duydukları her türlü menfaati, akitler vasıtası ile temin etmeleri için eşyada asıl olan mubah olmaktır ilkesini benimseyerek onlara geniş bir akit yapma hakkı ve sahası tanımıştır. Yani asıl olan akit hürriyetinin var olmasıdır. Fakat az önce de ifade ettiğimiz gibi insanlar bu haklarını ve hürriyetlerini kullanırken diğer insanların ve hatta diğer tüm varlığın haklarını ihlal etmeden bunu yapmalıdırlar. Yani her insanın hürriyet alanı diğer insanların haklarının ve hürriyetlerinin başladığı noktaya kadardır.

Üçüncü ana başlık altında akdin konusunu düzenleme hürriyetini tespit edebilmek için buraya kadar akdin konusunun kısımları olan mal, menfaat/hak ve işi ve bunların akde konu olabilmeleri için bunlarda olması gereken özellikleri olan imkansız olmama ve hukuki muameleye elverişli olma hallerini inceledik. Şimdi burada bunların hangi tür akitlere konu olduklarını ve bu manada akit hürriyetinin varlığını, yokluğunu ve sınırlarını ele alacağız.

3.3.1.3. Akdin Konusunu/Türünü Seçme Hürriyeti/ Tip Serbestisi

Tarih boyunca insanlar ihtiyaç duydukları şeyleri elde etmek için yani akde konu olan mal, menfaat/hak ve insanın iş gücünden istifade edebilmek için türlü türlü akitler geliştirmişlerdir. Hukukçular çeşitli açılardan bakarak ve muhtelif ölçüler kullanarak akitleri kısımlara ayırmışlardır. Bu taksim ve tasniflerde her bir grup içinde yer alan akitleri birleştiren ve ayıran yönler ve vasıflar vardır. Yani bazı akitler diğer bazıları ile birlikte bir grup içinde yer alırken aynı gruptan olan bu akitler başka bir kritere göre değerlendirildiğinde başka bir grup içerisinde yer alır. Örneğin vedia, ariyet, kira ve şirket akitleri emanet akitleridir. Vedia ve ariyet alan kişinin, kiracının ve şirkette ortağın elinde bu mallar emanet olduğu için bunların kasıt, kusur ve ihmalleri olmaksızın bu akitlere konu olan mallar telef olsa bu kimseler onları tazmîn etme sorumluluğu taşımazlar. Diğer taraftan satım, sulh, taksim ve karz akitleri ise tazmîn sorumluluğu olan akitlerdir. Tazmîn sorumluluğu olup olmaması açısından bakıldığında farklı gruplarda olan bu akitlerden bazıları başka bir açıdan değerlendirildiğinde birleşip bir grup teşkil ettiklerini görmekteyiz. Mesela yukarıda farklı gruplarda yer alan vedia, ariyet ve karz akitleri teslim olmadan tamam olmayan aynı akitlerdir. Yine yukarıda farklı grupta olan satım, taksim, sulh, kira ve şirket akitleri ise salticâbkabul ile kurulmuş olur ve hukuki neticelerini doğurmuş olurlar. Yani bunların kurulmuş olması için akdin konusu olan şeyi karşı tarafa teslim etme zorunluluğu yoktur.¹³¹⁹

Bu ana başlığın altında ele aldığımız üzere akdin konusu ya maldır ya menfaattir ya hem mal hem de menfaattir ya da iştir. Akdin konusu satım, karz, sarf akitlerinde olduğu gibi maldır, kira, ariyet ve vedia akitlerinde olduğu gibi menfaattir, hulu', sulh

¹³¹⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 52.

ve şirket akitlerinde hem mal hem de menfaattir ve vedia, mudarebe, müzaraa ve müsakaat akitlerinde ise iştir.¹³²⁰

Mahalli/konusu bakımından bir çok akit türü olduğu gibi bunları isimlendirme bakımından da akitler bir çok sınıfa ayrılmıştır. Yani konusuna göre her bir akde mutlaka bir isim verilmiştir. Akitlerin değişik açılardan sınıflandırılmasını ve isimlendirilmesini birinci bölümde incelediğimiz için burada sadece konumuz açısından ele alacağız ve insanların sadece bu akitlerle mi akit yapabileceklerini yoksa bunlardan başka akitler inşa etme hürriyetleri de var mıdır bunu ifade edeceğiz.

İsimli akitler, İslam hukukun kaynakları olan Kur'an ve Sünne'te ve fıkıh kitaplarında var olup kendisine belli bir isim verilen akitler isimli akitlerdir. Bunlar akitlerin bağlı olduğu genel hüküm ve kaidelerin yanında bir de kendilerine mahsus özel hüküm ve kaidelere tabidirler. Fıkıh kitaplarında var olup özel konusuna ve hükmüne delalet eden belli bir isimle anılan bütün akitler isimli akitlerdir.¹³²¹

Fıkıh kitaplarının ilgili bölümleri çağlara, mezheplere ve fakihlere göre isimleri ve sıralanışları itibari ile ufak tefek farklılıklar arz etse de bu bölümlerde genel olarak şu akitlerin belli bir isim altında incelendiğini görmekteyiz.¹³²²

İslam Hukukunun ilk kanunlaştırma çalışmalarından biri olan Mecelle'nin muhteva ve sıralamasına göre isimli akitler; bey'/alım-satım, icare/kira-iş, kefâlet, havale, rehin, bey'u'l-vefa/geri alım şartı ile satım, ida'/vedia, iare/ariyet, hibe, kısmet/taksim, şirket, mudarebe, muzaraa, musakat, Vekâlet, sulh ve tahkim.¹³²³ Mecelle'de zikredilmeyen; karz ve muharece/teharuc akitleri de mali akitlerdendir. Bunların dışında satım akdinin alt başlıklarından olan; sarf, selem, mukayada/trampa, istina' akitleri ile ciale akdi de isimli akitler olarak bazı kitaplarda müstakil başlıklar altında incelenmiştir.¹³²⁴

Öteden beri var olup kendilerine bir isim verilen ve bütün özellikleri ilgili bölümlerinde anlatılan bu isimli akitlerin tespiti İslam hukukuna göre inhisari/bunlarla sınırlı değildir. Bu sebeple hayatın değişen şartları içerisinde sonradan insanların ihtiyaç

¹³²⁰ Yaman - Çalış, 262.

¹³²¹ Senhûrî, *Naziriyyetü' Akid*, I, 120; Yaman - Çalış, 263.

¹³²² Aybakan, 5-32.

¹³²³ Ayrıntılı bilgi için bkz; Mecelle'nin içindekiler kısmı.

¹³²⁴ Hafif, 504-509, 535.

duyup oluşturdıkları tüm akitler de dini naslara/temel ilkelere, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak ve başkasının haklarını da ihlal etmemek şartları ile geçerlidir. Akitler hususunda ki bu anlayış İslam hukukunun ana ilkelerinden biri olduğu için tarihi süreç içerisinde birçok yeni akit doğmuş ve bunlar ilk başta isimsiz akitler olarak ele alınmıştır.

İslam hukukunda akit hürriyetinin vermiş olduğu salahiyetle insanlar sadece Kur'an, Sünnet ve fıkıh kitaplarında var olan isimli akitlerle akit yapmak mecbûriyetinde kalmamış, bunların dışında ihtiyaç duydukları yeni akit tipleri ile de akitler yapmışlardır. İşte bu yeni akit tipleri belli bir isim alıncaya kadar isimsiz akit olarak işlem görmeye devam etmiş ve hukukçular bunların şartlarının ve hükümlerinin ne olacağı hususunda araştırmalar yaparak bir karara varmışlardır.

İslam Hukukunun ilk oluşum dönemi olan Peygamberimiz devrinde olmayıp daha sonraki dönemlerde peyderpey ihtiyaca binaen oluşan ve gelişen ve zaman içerisinde belli bir şekle girip ismi ve hükümleri belirlenen bazı akit türleri vardır. Mesela icareteyn, ihkar/tahkir, bey'û'l-vefa, bey'û'l-îne, isticrar akitleri nispeten erken dönemde oluşan akitlerdir.¹³²⁵

Daha yakın zamanda oluşan; birçok akdi içerisinde barındıran otellerde kalma akdi, taahhüt akdi, yayın vasıtalarında ilan akdi ve petrol ve maden arama ruhsatı akdi bunlardandır. Bunların dışında Türk borçlar hukukunda yer alan diğer bazı yeni akit türleri de vardır ki bunlar; neşir mukavelesi, Vekâleti olmadan başkası adına tasarrufta bulunma, komisyonculuk, nakliye mukavelesi, ticari mümessillik, kumar ve bahis ve kaydı hayat ile irad ve ölünceye kadar bakma akitleri gibi de akitler bu tiplerin örnekleridir. Zaman içerisinde ortaya çıkan bu isimsiz akitler, belli bir süre sonra hukukçuların araştırmaları neticesinde konusu gereği belli bir isim aldığı gibi geçerli veya geçersiz oluşuna dair belli bir hüküm de almaktadır. Tabii hukukçular bunlara hüküm verirken nasların ortaya koyduğu genel prensipler, amir hükümler, genel ahlak ve adap ilkelerine uyup uymayışına göre karar vermektedirler. Yani isimsiz akitler de teşekkül ve hüküm bakımından isimli akitlerin tabi olduğu genel kaide ve ahkama tabidirler.¹³²⁶

¹³²⁵ Senhûrî, *Naziriyyetü 'Akid*, I, 122-125; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 53.

¹³²⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 54.

Akdin konusunun özelliklerini anlatırken ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere akde konu olabilecek bir şey eğer mal veya o malın menfaati ise öncelikle akit anında mevcut olacak. O anda mevcut değilse ileride mevcut olması mümkün olacak. Mevcut veya mümkün olması yeterli değil aynı zamanda muayyen, malum ve teslimi de mümkün olacak. Akdin konusu iş ise yani bir şeyi yapmak veya terk etmek ise bu da malum, muayyen ve imkan ve kudret dahilinde olacak. Akdin konusunun mal, menfaat ve iş olmasında aranan bu şartlar da yeterli olmayıp aynı zamanda hukuka ve ahlaka da aykırı olmayacak. Bütün bu şartları taşıyan akitler sahih kabul edilir ve bütün hükümleri cereyan eder. Fakat bu şartlardan bir kısmını taşımayanlar ise ya batıl/ kökten hükümsüz ya da fasit olarak hükümsüz olurlar. Bunların ayrıntısını orada verdiğimiz için burada bir cümle ile ifade ettik. İşte yeni çıkan akitler de bu çerçevede ele alınır ve kendilerine bir hüküm ve isim verilir.

İsimli akitlerin bir kısmı diğer bir kısmı ile bir araya gelerek değişik bir akit türü oluşturur ki bunlar da ilk başta isimsiz akitler olarak değerlendirilir. Bunlar; birleşik, karma ve kendisine özgü yapısı olan akitler şeklinde gruplandırılmaktadır.

Birleşik akitler; birbirinden bağımsız farklı akit tipleri kendi niteliklerini kaybetmeden bir akdin bünyesinde birleşiyorsa buna birleşik akit denir.

Karma akitler; meşru olan farklı akit tipleri hukukun uygun görmediği bir tarzda bir araya geliyorsa buna da karma akit denir.

Kendine özgü yapısı olan akitler; Bir akdin içerdiği unsurlar tamamen veya kısmen hukuka uygun değilse diğer bir ifade ile akdin bünyesinde hukuka yabancı bir unsur varsa buna da kendine özgü yapısı olan akit denir.¹³²⁷

İslam hukuku koymuş olduğu genel şartlar ve ilkeler çerçevesinde akit hürriyetini benimsemiş ve akitlerin çeşitlerini ve maksatlarını sınırlandırmamıştır. Zira İslam hukukunun ilk kaynağı olan Kur'an, mutlak olarak akitlere riayet edilmesini emretmektedir.¹³²⁸ Bu genel şartları yukarıda akdin konusunun özellikleri başlığı altında ayrıntılı olarak inceledik. Akdi batıl veya fasit kılacak şartların dışındaki bütün akit çeşitlerinin sahih olduğunu ve bu manada sınırlamanın sadece bu genel şartlar olduğunu gördük.

¹³²⁷ İnanır, 57.

¹³²⁸ Maide 5/1.

Günümüz hukuk anlayışına göre de akitlerin isimli isimsiz ayırımın hukuki neticesi pek kalmamıştır. Çünkü taraflar karşılıklı haklara, ahlaka ve umumi nizama riayet etmek kaydıyla her konuda akit yapma hürriyetine sahiptirler. Yani bu manada İslam hukukunun anlayışı ile günümüz hukukunun anlayışı aynı noktada birleşmektedir.

Tezimizin başından beri verdiğimiz bilgilerden hareketle şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki İslam hukuku, eşyada asıl olan ibahadır ilkesinden hareketle insanın ihtiyacı olan akitleşmeyi de temelde serbest kılmış ve bu manada akit hürriyetinin asıl olduğunu temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Bu temel kabul hem akitlerin kurulmasında ve akdin karşı tarafını seçmede hem akdin şekline bağlı kalıp kalmamada hem de akdin konusu seçme ve düzenlemede geçerlidir.

Zira İslam hukuku ortaya koymuş olduğu umumi şartlar ve prensipler çerçevesinde akit hürriyetini benimserken her zaman insanı merkeze alarak onun maslahatı neyi gerektiriyorsa kurallarını ona göre şekillendirmiştir. Bu manada akit hürriyetini ortadan kaldıran veya daraltan bir hükmü benimsediğinde yani gerekli şartları taşımadığı için batıl veya fasit olarak geçersiz saydığı akitlerde de hep yine insanın maslahatını dikkate alarak ondan bir mefsedeti/zararı gidermeyi gaye edinmiştir.

3.3.2. Akdin Konusunu Düzenleme/Değiştirme Hürriyeti

Akitlerin temelinde bireyin ihtiyaçları ve rızası yatmaktadır. İnsan tüm ihtiyaçlarını kendisi tek başına karşılama imkanına sahip olmadığı için diğer insanlarla mutlaka iletişime geçecek ve ihtiyaç duyduğu şeyi onlar vasıtası ile giderecektir. Bu ise ancak akit denilen vasıtalarla olmaktadır. Akitlerin temelinde kişinin rızası vardır dedik. Buna göre kişinin rızası ve iradesi dışında akit yapmaya zorlanmaması, bu ilişkinin karşı tarafını ve muhtevasını dilediği gibi belirlemesi, istediği biçimde/ şekilde akit yapması ve kendisini belirli kalıplara bağımlı hissetmemesi en tabii hak olarak görülmektedir.¹³²⁹

Akdi tanzim/ düzenleme başlığı altında öncelikle akdin konusunu seçme hürriyetini ele aldık. Tabii bunun için de akdin konusunun kısımlarını ve özelliklerini bilmek gerekiyordu. Bunları ifade ettikten sonra akdin konusunu/türünü seçme

¹³²⁹ Hafif, 265; Yaman - Çalış, 271.

hürriyetini de inceledik. Şimdi bu başlık altında ise akdin konusunu düzenleme ve değiştirme hususunu ele alacağız.

Akit hürriyetinin kısımlarından biri de akdin muhtevasını tespit ve düzenleme hürriyetidir. Bu akdin konusunu düzenleme hürriyeti gereği akdin tarafları akdin işleyişini, hükümlerini ve sonuçlarını diledikleri tarzda düzenleme hürriyetine sahiptirler ki bunu da ileri sürecekleri şartlarla gerçekleştirebilmektedirler.

Normalde insanlar, isimli akitler dediğimiz akitler vasıtası ile ihtiyaçlarını giderirler. Bu isimli akitlerin de nasıl kurulduğu, taraflara ne gibi sorumluluklar yüklediği hukuk sistemleri tarafından belirlenmiştir. Yani her hangi bir akit türünü seçen şahıs bu akdi nasıl yapacağını ve ne gibi yükümlülükler taşıdığını ve hangi haklara sahip olduğunu bilir. Tarafların, bu akdin doğal olarak taraflara sağladığı bu hakları ve yüklediği sorumlulukları ayrıca şart olarak ileri sürmelerine gerek kalmadan akdin kurulması ile bu hak ve sorumluluklar kendiliğinden doğmuş olurlar. Fakat taraflar seçmiş oldukları bu akit türünün işleyiş, hüküm ve sonuçlarını o akdin intac ettiğinden farklı olarak cereyan etmesini isterlerse bunu ileri sürecekleri bir takım şartlarla gerçekleştirirler.

Taraflar akdin kuruluşu esnasında akdin işleyişi, hükümleri ve sonuçlarıyla ilgili yapmak istedikleri değişiklik ve düzenlemeyi karşı tarafa şart olarak ileri sürer ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi durumunda akdi yapacağını belirtir. Karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi halinde, akit bu şartlar ile yürürlüğe girmiş olur. Diğer bir ifade ile akdin konusunu düzenleme ve değiştirme deyince akla ilk gelen bu düzenleme ve değiştirmeyi gerçekleştirecek olan şartlardır. Yani o yapılan akdin kendi normal işleyişini farklı bir hale getirmek için tarafların her ikisinin veya birinin ileri süreceği şartlarla bu düzenleme ve değişiklik gerçekleşmiş olur.

İkinci bölümde hukukçuların akit hürriyeti ve akdi şartlar hakkındaki görüşleri başlığı altında şart kavramını ve akitlere etkisinin ne olduğunu yani akit hürriyeti ile alakasının ne olduğunu detaylı olarak ele almıştık.

Konumuz olan akdin konusunu düzenleme/değiştirme hürriyeti ile alakalı olan iradi/ca'li şartın takyidi şart denilen kısmıdır. Zira takyidi şart; her hangi bir akdi yapan tarafların, yaptıkları bu hukuki işlemi bazı kayıtlarla değiştirilmesine ve sınırlandırılmasına ilişkin ileri sürdükleri şartlardır. Yani burada söz konusu olan şey,

genelde akit hürriyeti özelde ise akdin konusunu tayin ve tağyir hürriyeti çerçevesinde akdin işleyişinin ve hükümlerinin taraflarca belirlenmesidir.¹³³⁰ Buna akdi şartlar da denir. Bu sebeple akit hürriyetini sınırlayan şart kavramı denince daha çok bu takyidi/akdi şartlar kastedilmiş olur.¹³³¹

Akdin konusunu düzenleme/değiştirme hürriyetini tespit edebilmek için akdi düzenleme ve değiştirme kabiliyeti olan şartları ele alıp inceleyeceğiz ve bunların akitlere tesirini göreceğiz.

Akitlerde rıza ve iradenin merkezi rolü göz önünde bulundurulduğunda acaba taraflar akdin muhtevasını belirleme hakkına sahip midir? Şayet böyle bir yetkileri varsa bunun kapsamı ve sınırı nedir? Bu takyidi şartlar akit hukuku açısından bağlayıcı mıdır?

3.3.2.1. Akdi Şartların Kısımları

İkinci bölümde bu konuyu işlerken konuya farklı yaklaşan mezheplerin görüşlerini ayrı ayrı ve delilleri ile birlikte ele almıştık. Burada da aynı usulü takip ederek orada verdiğimiz bilgilerin buraya yansımaları olacak şekilde fakat detayına girmeden sadece akdin konusunu şekillendirmeye yönelik hangi şartların ileri sürülüp sürülemeyeceğini ifade edeceğiz. Başka bir ifade ile mezheplerin bu konuda sahih, fasit veya batıl kabul ettiği şartların neler olduğunu ve dolayısıyla bu şartların akdin konusunu nasıl düzenleyip değiştirdiklerini görmüş olacağız.

Şarta bağlı hukuki işlem yapma açısından tarafların iradelerini en dar tutan Zahirilere göre her hangi bir şartla ilgili sarîh bir nas yani Allah'ın bir ayeti, rasulünün bir hadisi veya icma' varsa sadece bu tür şartlar geçerlidir, bunların dışındakiler batıldır. Onlara göre naslarda belirtilenlerin dışında yeni bir akit türü icat etmek ve yine naslarda belirtilenlerin dışında akdin içeriğini düzenleyen veya değiştiren bir şeyi şart olarak ileri sürmek konusunda asıl olan yasak oluşturmaktadır. Dolayısıyla eğer bir insan bu yasağa rağmen böyle bir işlem yaparsa bu, batıldır hükümsüzdür.¹³³²

Zahirilere göre insan iradesinin, naslarda bulunan isimli akitlerin ve şartların dışında yeni bir akit yapma ve şart koşma yetkisi yoktur. Akitlerde ve şartlarda asıl olan

¹³³⁰ Yaman - Çalış, 264.

¹³³¹ Kaşıkçı, "Şart" *DİA*, XXXVIII, 365; Özdirek, 139; Zerka, *el-Medhal*, I, 575-577.

¹³³² Hafif, 270.

yasak oluştur. Akitlere ve şartlara bağlılığı emreden naslar, Allah'ın emrettiği ve uygun gördüğü akitler ve şartlar şeklinde anlaşılmalıdır.¹³³³

Akit hürriyetini ve akitlerde şart koşma hürriyetini daraltan bu görüş sahiplerinin önde gelen ismi İbn Hazm'a göre alışveriş akdinde akitten önce veya sonra koşulan şartlar batıl fakat akit sahihtir. Buna karşılık akdin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlar ise batıldır ve aynı zamanda akdi de iptal etmektedir.¹³³⁴

Hanefilere göre akdin konusunu değiştiren ve düzenleyen takyidi şartlar  kısımdır; sahih, fasit ve batıl.¹³³⁵

Hanefilere göre akdin muktezası/gereği olan şartlar, akde mlayım/akdin gereğini kuvvetlendiren şartlar, naslarda cevaz verilen şartlar, örf haline gelen ve akitten sonra va'd şeklinde ifade edilen şartlar sahihtir. Taraflara veya üçüncü şahsa menfaat sağlayan şartlar, garar ve bilinmezliğe sebep olan şartlar ve haram bir şeyi ihtiva eden şartlar fasittir.¹³³⁶ Batıl şart; sahih şartların dışında kalan ve fasit şartta olduğu gibi taraflardan birine ilave bir menfaat da içermeyen bununla birlikte herhangi bir kimseye zarar veren ve/veya hiçbir kimsiye yararı da olmayan şarttır. Yani sahih ve fasit şartların dışındakiler batıl/ hükümsüz şartlar. Buna batıl/hükümsüz şart denildiği gibi lağv/geçersiz şart da denir. Böyle bir şartın akitte yer alması sanki hiç yer almamış gibidir.¹³³⁷

şafilere göre akdin muktezasından olan şartlar, akdin maslahatına olan şartlar, akitlerin uygulanmasında kendisine ihtiyaç duyulan şartlar, hakkında nas bulunan şartlar ve akdin muktezası olmamakla birlikte akde aykırı da olmayan ve bir zarar da içermeyen şartlar sahihtir.¹³³⁸ Akdin muktezasını ortadan kaldıran, naslarda kesin yasaklanan, nizaya sebep olacak şekilde garar ve cehalet içeren, sadece bir tarafın lehine talep edilen bir menfaat içeren ve taraflardan hiçbirine bir fayda sağlamayan diğer bir ifade ile taraflara zarar veren şartlar batıldır. Bunlardan ilk dördü kendileri batıl olduğu

¹³³³ İbn Teymiyye, *Feteva-i Kübra*, IV, 89; İbn Hazm, *İhkam*, V, 109; *Muhalla*, VII, 267.

¹³³⁴ İbn Hazm, *Muhalla*, VII, 320.

¹³³⁵ Hafif, 271.

¹³³⁶ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 15- 28; İbn Abidin, X, 385-390; Ali Haydar Efendizade, I, 299; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 121-130; Zeydan, *Medhal*, 332; Zuhaylî, V, 152; Hafif, 273; Özdirek, 148.

¹³³⁷ Serahsî, *Mebsut*, XIII, 15-28; İbn Abidin, X, 391; Zeydan, *Medhal*, 332; Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 132; Hafif, 274; Özdirek, 151.

¹³³⁸ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 117, 131-134, 152-153, 173; Hafif, 271-172; Zuhaylî, V, 153.

gibi akdi de batıl kırlarlar. Sonuncu şart ise sadece kendisi batıl/lağvıdır akit ise sahihtir.¹³³⁹

Mezhepler içerisinde akit hürriyeti ve şart hürriyeti konusunda sınırları en geniş tutan mezhep Hanbelilerdir. Onlara göre akitler ve bunlarla ilgili şartlarda asıl olan mubah ve mutlak olmasıdır. Buna göre dinin açıkça yasaklamadığı bütün akitler geçerli olup bu akitlerin gereğini yerine getirmek zorunlu olduğu gibi yine dinin açıkça yasaklamadığı ve akdin muktezasına ters düşmeyen ve akdin menfaatine olan bütün şartlar da sahihtir.¹³⁴⁰ Bu sonuç, “eşyada asıl olan ibahadır.” prensibinin merkeze alındığını ve bütün hükümlerin buna göre uyarlandığını göstermektedir. Ancak haramı konu alan akitler geçersiz olduğu gibi akdin muktezasını/hukuki gereğini ortadan kaldıran, hakkında özel yasaklayıcı bir nas bulunan, hukuka aykırı olan yani helali haram, haramı helal kılan şartlar ve akdin veya şartın ifâsının mümkün olmaması hallerinde ileri sürülen şartlar fasittir/geçersizdir.¹³⁴¹

Hanbeli mezhebinin önde gelen hukukçularından biri olan İbn Teymiyye ve onun öğrencisi olan İbn Kayyım, akit hürriyeti ve akitlerdeki şart hürriyeti konusunda en ileri derecede özgürlüğü savunmaktadırlar. Onlara göre yasaklığına dair dinin naslarında ve kaidelerinde kesin delil olmadıkça akitlerde ve şartlarda asıl olan hürriyettir. Dolayısıyla bu çerçevede akit yapanların ileri sürdüğü bütün şartlara riayet etmek zorunludur. Naslara aykırı yani helali haram, haramı helal kılan şartların geçersizliği ise ittifakla kabul edilmektedir.¹³⁴²

Malikilere göre akdin muktezası olan şartlar ve akdin muktezasına aykırı olmayan diğer bir ifade ile akdin menfaatine olan her türlü şart sahihtir.¹³⁴³

Malikilere göre akdin muktezasına aykırı olan, semende ve mebidde garar, riba, cehalet ve belirsizlik içeren şartlar fasittir. Bu belirsizlik, garar, riba ve cehaletin tarafları nizaya götürecektir kadar fahiş/fazla olması halinde akdin muktezasına aykırı olacağından şart da akit de batıl olur. Çünkü bu tip durumlarda akitlerdeki maksat, maslahat ve adalet gerçekleşmemiş olur ki akitlerin meşru kılınma sebepleri de zaten

¹³³⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153-155; Özdirek, 156-158.

¹³⁴⁰ Hafif, 275.

¹³⁴¹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 161, 168; Zuhaylî, V, 153-156; Zerka, *el-Medhal*, I, 552; Bardakoğlu, 23.

¹³⁴² Zerka, *el-Medhal*, I, 553; Hafif, 278.

¹³⁴³ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 155.

bunlardır. Fakat bu belirsizlik, garar, riba ve cehalet bu derece olmamakla birlikte normal seviyede ise şart batıl, akit sahihtir. Şayet dikkate alınmayacak kadar az ise bu durumda hem şart hem de akit sahihtir. Çünkü akitlerde bu tip az miktarda garar, riba ve cehaletten kaçınmak mümkün değildir.¹³⁴⁴

Maliki mezhebinin önde gelen alimlerinden Şatıbye göre; akdin vaz‘ edilme amacını/hikmetini tamamlayan, ona destek olan ve aykırı da olmayan yani yukarıdaki ifade ile söyleyecek olursak akdin muktezası ve akde mülayim şartlar sahih, akdin vaz‘ edilme maksadına uygun olmayan ve akdin hikmetini tamamlayıcı mahiyette olmayan şartlar ise batıldır. Şatıbî “muamelatta asıl olan ibahadır.” prensibi gereği naslara ve akdin muktezasına aykırı olmayan tüm şartlar sahihtir ve geçerlidir der.¹³⁴⁵

3.3.2.2. Akitle İlgili Şartlar Açısından Akit Hürriyetinin Sınırı

Bir üst başlıkta mezheplere göre akitle ilgili hangi şartların sahih, fasit veya batıl olduğunu gördük. Burada ise bu şartların akitlere tesirinin ne olduğunu dolayısıyla akit hürriyetini daraltıp daraltmadığını ifade edeceğiz.

Zahirilere göre insan iradesinin, naslarda bulunan isimli akitlerin ve şartların dışında yeni bir akit yapma ve şart koşma yetkisinin olmadığını, akitlerde ve şartlarda asıl olanın yasak olduğunu zikrettik. Dolayısıyla eğer bir insan bu yasağa rağmen böyle bir işlem yaparsa bu şartlar da batıldır hükümsüzdür bu şartlarla yapılan akit de batıldır.¹³⁴⁶ Yani Zahirilere göre akitlerde ileri sürülecek şartlardaki hürriyet alanı naslardakilerle sınırlıdır. Naslarda zikredilen şartlar sahih, bunların dışındakiler ise batıldır.

Hanefilere göre akdin konusunu değiştiren ve düzenleyen takyidi şartlar sahih, fasit ve batıl diye üç kısımdır dedik. Sahih şartta hem şart hem de akit sahihtir. Fasit şartta şart fasit olduğu gibi beyi‘ ve kira gibi mali muavaza yani malın mal ile mübadelesi mahiyetinde olan akitlerde akit de fasittir. Ancak bu mahiyette olmayan hibe ve karz gibi teberru nitelikli akitlerde, şüf’a hakkını kullanmama gibi ıskatlarda, rehin, kefâlet, havale, vekâlet ve vasiyet gibi muavazalı olmayan akitlerde ise şart fasit olmakla birlikte akit sahihtir. Batıl şartta ise şart batıl yani geçersiz akit ise sahihtir.

¹³⁴⁴ Özdirek, 162.

¹³⁴⁵ Mesud, 123-124; Özdirek, 163.

¹³⁴⁶ Hafif, 270.

Hanefilere göre şartların sahih ve batıl olması halinde akdin sahih olması ve fasit şartların mali muavaza akitleri dışındaki akitlerde akdin sahih olmasına etki etmemesi akit hürriyetinin ne kadar geniş olduğunu göstermektedir. Yani sadece fasit şartların mali muavaza akitlerini ifsat etmesi, bunun dışındaki bütün şartların akde olumsuz bir tesirinin olmaması akit hürriyetinin genişliğini göstermektedir.

Ayrıca Hanefilerin örf haline gelen şartları sahih kabul etmesi akit hürriyetinin sınırlarını genişletme bakımından çok önemlidir. Zira bu yaklaşım ferdin akitle ilgili istediği şartı ileri sürebilme hürriyetini oldukça genişletmiştir. Bazı hukukçular bunu akitlerde şart koşma hürriyetinin kapısını sonuna kadar açmak olarak nitelerken bazıları da günümüzde akitle ilgili şartların artık belli bir istikrara kavuşarak örf ve teamül halini alması sebebiyle sahih şart sayılabileceğini ve Hanefilere göre –naslara aykırı olanlar hariç- fasit şart kalmadığını söylemektedirler.¹³⁴⁷

Şafiilere göre akdin muktezasını ortadan kaldıran, naslarda kesin yasaklanan, nizaya sebep olacak şekilde garar ve cahalet içeren, sadece bir tarafın lehine talep edilen bir menfaat içeren ve taraflardan hiçbirine bir fayda sağlamayan şartların batıl olduğunu, bunların dışındaki bütün şartların ise sahih olduğunu gördük.¹³⁴⁸

Şafiilere göre batıl şartlar mali olan-olmayan ve bedelli olan-olmayan bütün akit ve tasarruflarda aynı menfi etkiye sahiptir. Yani bu batıl şartlarla yapılan her türlü akit de batıldır. Sadece taraflara zarar veren şart batıl olmakla birlikte akit sahihtir.

Bu açıdan bakıldığında Şafiilerin akit hürriyetini sınırlandırma konusunda Hanefilerden daha daraltıcı bir yol izledikleri görülmektedir.¹³⁴⁹ Çünkü bu konuda Hanefiler batıl şartları yok saymak sureti ile akde tesir ettirmeyerek ve fasit şartları da akdi fasit kılması noktasında sadece mali mübadele akitleri ile sınırlandırmak sureti ile akit hürriyetine geniş bir alan sağlamış bulunmaktadırlar. Fakat diğer bir yönden ise Şafiiler, Hanefilerin caiz bulmadığı bazı şartları akdin maslahatına olması, ihtiyacın gerektirmesi veya ibadet olması gerekçesi ile caiz görerek bu hürriyet alanını genişletmişlerdir.¹³⁵⁰

¹³⁴⁷ Zuhayli, V, 152; Özdirek, 147.

¹³⁴⁸ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 153-155; Özdirek, 156-158.

¹³⁴⁹ Senhûrî, *Mesadir'ul-Hak*, III, 154.

¹³⁵⁰ Bardakoğlu, 22.

Hanbelîlere göre akitler ve bunlarla ilgili şartlarda asıl olan mubah ve mutlak olmasıdır. Buna göre dinin açıkça yasaklamadığı bütün akitler geçerli olup bu akitlerin gereğini yerine getirmek zorunlu olduğu gibi yine dinin açıkça yasaklamadığı ve akdin muktezasına ters düşmeyen ve akdin menfaatine olan bütün şartlar da sahihtir. Şartlar sahih olduğu gibi bu şartlarla yapılan akitler de sahihtir. Sahih olan bütün şartlara riayet edilmesi zorunludur.

Akit ve şart hürriyeti hususunda çerçeveyi en geniş tutan Hanbelîlere göre sadece akdin muktezasını ortadan kaldıran, hakkında özel yasaklayıcı bir nas bulunan, helali haram, haramı helal kılan şartlar ve akdin veya şartın ifâsının mümkün olmaması hallerinde ileri sürülen şartlar fasit olur.¹³⁵¹

Malikilere göre akdin muktezası olan şartlar ve akdin muktezasına aykırı olmayan diğer bir ifade ile akdin menfaatine olan her türlü şart sahihtir. Malikiler bu ifade ile şart hürriyetini oldukça genişletmiş olmaktadır. Yani şartın akdin muktezasına aykırı olmaması, sahih olabilmesi için yeterli görülmüştür.¹³⁵²

Malikilere göre sadece akdin muktezasına aykırı olan, semende ve mebide garar, riba, cehalet ve belirsizlik içeren şartlar fasittir.

Şatıbî'nin ifadesi ile akdin vaz' edilme amacını tamamlayan, ona destek olan ve aykırı da olmayan şartlar sahih, akdin vaz' edilme maksadına uygun olmayan ve akdin hikmetini tamamlayıcı mahiyette olmayan şartlar ise batıldır.

Sonuç olarak şunu ifade edelim ki İslam hukukunda geniş bir akit yapma ve şart koşma hürriyeti vardır. Zahiriler, temel ilke olarak akit yapma ve şart koşma yasaktır ancak nasların cevaz verdiği akitler ve şartlar serbesttir derken, hukukçuların büyük çoğunluğu tam tersine temel ilke olarak akit yapmak ve şart koşmak serbesttir, ancak nasların yasakladığı akit ve şartlar yapılamaz demektedirler. Bu prensibin benimsenmiş olması insanlara çok geniş bir sahada akit yapma ve yaptıkları akitleri de istedikleri gibi şekillendirebilmek için şartlar ileri sürme imkanı vermektedir.

¹³⁵¹ Hafif, 275.

¹³⁵² Hafif, 276.

3.3.3. Akdin Konusunu Ortadan Kaldırma Hürriyeti

Hukuken muteber bir akit kurulmuşsa bu, taraflar arasında bir takım haklar ve sorumluluklar meydana getirir. Zaten akit demek iki iradenin kendi istekleri doğrultusunda bir konuda birleşmesi demektir. Bu da o akdi yapan taraflar için kanun mesabesindedir. Zira karşılıklı menfaat ve rıza ile bir akit yapılmışsa her bir taraf açısından elde edilmesi gereken haklar, karşı taraf açısından bir borç yüklenme demektir. Neticede bu borçların ödenmesi, akdin hükmünün îfâ edilmesi ve her bir tarafın yüklendiği bu sorumluluğu yerine getirmesi icâbedir. Bütün hukuk sistemlerinde akitlerin doğal sonucu bunu gerektirir.

Nitekim Kur'an-ı Kerim'de akde bağlılık ve ahde vefa yani yapılan akitlerin ve verilen sözlerin gereğini yerine getirmek değişik vesilelerle ve sıkça emredilmiş¹³⁵³

Peygamberimiz de bu ilkeyi daima tekit edip Müslümanların şartlarına bağlı olduğunu bildirmiş.¹³⁵⁴ Bu sebeple yapılan akdin ve kurulan borç ilişkisinin devam ettirilmesi ve tarafların bundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukukunun da temel bir ilkesi olmuştur. Çünkü hukuk düzeninin, istikrar ve güven ortamının kurulması bir ölçüde buna bağlıdır.

Bununla birlikte her akit ve borç ilişkisinin belli bir amaca yönelik olduğu, bu yüzden kendi yapı ve içeriği gereği birtakım çekinceler ve zımni kayıtlar taşıdığı da açıktır. Yani ola ki akitten beklenen fayda elde edilemedi o takdirde o akdi bozma iradesinin de hukuken tanınması diğer bir ifade ile akdi yapan kişilere o akdi bozma hakkı ve hürriyetinin de tanınması gerekir. Zira akitlerde ve borç ilişkilerinde karşılıklı borç ve haklar arasında dengenin gözetilmesi ve tarafların beklemedikleri ve akitle üstlenmedikleri zarar ve mağduriyetlere karşı korunmaları adalet ilkesi gereğidir. Zaten bu akdi bozma hürriyeti akdin kuruluşu esnasında beyan edilen iradenin zımni şartı konumundadır. Ortada hiçbir ilişki ve zorunluluk yokken ihtiyaçlarını gidermek için kendi hür iradeleri ile akit yapma hakkına sahip olan kişilerin bu yaptıkları akitten bekledikleri faydayı temin edemeyince bu akdi ortadan kaldırma hürriyetine sahip olmaları da hukukun tanıdığı olduğu akit hürriyetinin bir parçasıdır. Akit sırasında taraflarca saklı tutulan veya tarafların uzlaşmasına bağlanan fesih hakkı, akit kurucu

¹³⁵³ Bakara 2/177; Maide 5/1; İsra 17/34; Mü'minün 23/8.

¹³⁵⁴ Buhari, İcare, 14; Ebü Davüd, Akziye, 12.

iradeye tanınan üstünlüğün bir parçası olduğu gibi hukuk düzeninden doğan fesih hakları da karşılıklı borçlar arasında dengeyi kurma ilkesinin ürünü sayılabilir.¹³⁵⁵

İnsanlar her hangi bir akdi yaparken, arzu ettikleri bir menfaati elde etmek amacı ile bu akdi yaparlar ve kar zarar dengesini gözeterek bu işin altına girerler. Yani her akdin kişiye bir takım haklar ve menfaatler sağladığını bildikleri gibi bir takım sorumlulukları da yüklediğini bilirler ve bu işi ona göre üstlenirler. Diğer bir ifade ile insanlar akitle elde edeceği menfaati ve buna karşılık elinden çıkacak şeylerin hesabını yaparak bu akitleri ona göre yaparlar. Bu yüzden insanlar her şeyden önce akit yapıp yapmama, akdin karşı tarafını seçme, akdin şeklini ve türünü belirleme, seçmiş olduğu akit türünün muhtevasını düzenleme ve nihayet yapmış olduğu bir akdi ortadan kaldırıp sonlandırma hürriyetine sahiptir. Bütün bu hürriyetler insanların istemediği, beklemediği ve üstesinden gelemeyeceği bir yükün altına girmesine mani olmak için vardır. Zira insanın istemediği veya altından kalkamayacağı bir işi ona zorla yaptırmak en büyük zulüm olur.

İslam hukukçuları akitlerin hangi durumlarda taraflarca veya mahkeme yoluyla sona erdirilebileceği veya kendiliğinden sona ermiş sayılacağı hususunda önemle durmuşlar ve bu konuda çeşitli akit türleriyle ilgili farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. İslam hukukçularının bunu önemsemelerinin temelinde, borç ilişkilerinin kuruluş ve devamında tarafların karşılıklı rızasının bulunmasına ve akitten haklı olarak bekledikleri yararın korunmasına büyük önem vermiş olmaları ve tarafları hak etmedikleri yükümlülük ve zararlara karşı korumaya çalışmış olmaları yatmaktadır. Yani her halükarda İslam hukuku insanın iradesine, rızasına, hürriyetine ve sonuç itibari ile maslahatına olan şeyi korumaya önem vermektedir.

Bir akdin sona ermesi, ortadan kalkması, hükmünün kalmaması çeşitli yollar ve sebeplerle olur. Bir akit ya ifâ ve ifâ yerini tutan diğer doğal/kendiliğinden son bulma halleri ile ya yapısındaki bir sakatlıktan dolayı geçersiz, hükümsüz sayılması ile ya da tarafların iradeleri ile son bulur.

Bir akit hukuken muteber yani tam ve doğru bir şekilde kurulduktan sonra bitme/tamamlanma, ifâ, ifâ yerini tutan eda, ibra, takas, yenileme, zaman aşımı, ifânın mümkün olmaması ve alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi yollarla tabii olarak

¹³⁵⁵ Ali Bardakoğlu, "Fesih", *DİA*, XII, 428.

son bulur. Yani akdin taraflara yüklemiş olduğu borç, gerektiği şekilde yerine getirilmek sureti ile akitle elde edilmek istenen amaç gerçekleşmiş ve akit sona ermiş olur. Normalde akitler bu sebeplerden biri ile son bulur.¹³⁵⁶

Akitler özelliklerine göre tek taraflı veya karşılıklı olarak borç doğururlar. Bu borcu yüklenen tarafların, hukuken sahih olan bir akitle üstlendikleri bu yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeleri yani ifâda bulunmaları durumunda akit sona ermiş amaç hasıl olmuş demektir. Süreli akitlerde sürenin dolması ile de akit son bulmuş ve ortadan kalkmış olur.¹³⁵⁷

Fakat akit temel unsurlarından yani rukün ve kuruluş şartlarından veya sıhhat şartlarından birinin eksik olması sebebi ile sakat doğmuşsa Hanefiler hariç cumhura göre batıl veya fasit olarak aynı anlamda olmak üzere hükümsüz olmuş demektir. Yani bunların bir kısmı temel unsurları eksik olduğu için ya hiç doğmamış gibi kabul edilir veya ayrıca iptale ihtiyaç duymadan hükümsüz kabul edilirler. Diğer bir kısmı ise sıhhat şartlarındaki eksiklikten dolayı bozuk doğmuşlardır. Burada iptal hakkı kendisine verilen tarafça veya mahkeme kararı ile iptal edilerek bu sakat akit sonlandırılmış olur. Burada cumhur batıl ve fasit ayırımı yapmadan her ikisini de hükümsüz olarak kabul etmektedir. Burada ifade ettiğimiz akdin son bulması hali akdin kendi yapısı ile alakalıdır. Yani yapısındaki bir eksiklikten dolayı henüz tam ve doğru bir şekilde kurulmayan akitlerin, kurulduğu andan itibaren iptal edildiği vakte kadarki safhayı da içine alacak şekilde geriye dönüş olarak ortadan kaldırılması ve son bulması halini ifade ettik.¹³⁵⁸

Mevkuf akitlerde ise kendisine icazet hakkı verilen kişi eğer bu akdi onaylamazsa o akit son bulmuş olur. Ama bu da bizim konumuz dışındadır. Çünkü mevkuf akitlerde icazet ve iptal yetkisinin akdin taraflarına değil, tarafların dışında hakkı ilişen üçüncü şahıslara ait olması ve bu sebeple bu hakkın bir fesih yetkisi anlamını taşımasıdır.¹³⁵⁹

Akdi kuran tarafların iradesi ile akdin sona ermesi demek ikale ve fesih, hukuki varlığı olan akitler hakkında söz konusu olur ve fesih hakkı, akit bağından veya akdin devamından ayrılma hususunda muhayyer olan tarafa ait olur. Bu durumda fesih

¹³⁵⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 436, 539-562.

¹³⁵⁷ Yaman - Çalı, 273; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 436.

¹³⁵⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 436.

¹³⁵⁹ H.Yunus Apaydın, "Mevkuf", *DİA*, XXIX, 438-440.

hakkına sahip olan taraf, karşı tarafın rızasına ve mahkeme kararına gerek kalmadan muhayyerlik süresi içerisinde akdi feshedebilir. Fesihten sonra akit hiç yapılmamış gibi kabul edilir. Fakat belirli süre içerisinde fesih yapılmazsa akit hukuken mevcut olmaya devam eder. Batıl akitte ise böyle bir durum söz konusu değildir. Yani batıl akit hukuk nazarında yok sayıldığı için fesihle ortadan kaldırılmasına gerek yoktur.¹³⁶⁰

Sağlam ve tam olarak kurulmuş bir akdin îfâ ve benzeri yollarla son bulması hali ve yapısındaki eksiklik sebebi ile sakat doğduğu için iptal edilerek son bulması hali bizim burada konumuz olan akdin konusunu ortadan kaldırma hürriyeti ile alakalı olmadıkları için bunları bu şekilde kısaca ifade etmekle yetiniyoruz.

Zira bu her iki durumda da akdi kuran taraflar için sağlam bir şekilde kurdukları akdi kendi iradeleri ile ortadan kaldırma durumu söz konusu değildir. Birincisinde akdin îfâ edilmesi veya îfâ yerine diğer doğal sonlandırma hallerinden biri ile akit kendiliğinden tamamlanmış, maksat hasıl olmuş ve akit sonlanmış. İkincisinde ise zaten akit, yapısındaki bir takım eksikliklerden dolayı sakat doğmuştur. Yani doğal olarak akit hukuku gereği sonlandırılması ve hükümsüz sayılması gerekmektedir. Sağlam doğmadan öldüğü için hiç olmamış gibi kabul edilir. Bu ikinci kısımda Hanefilerin mali yönü olan veya mülkiyetin naklini gerektiren akitlerde batıl akit ile fasit akit arasında ayırım yaparak fasit akdin bazı durumlarda hükmünün cereyan edeceği ve fesat sebebi ortadan kaldırılınca sıhhat kazanacağı gibi durumlar söz konusudur. Bunu ileride ele alacağız. Buna göre Hanefilerde batıl akit, cumhura göre batıl ve fasit akit hukuki bakımdan yok hükmünde olduğundan feshedilmesine ihtiyaç yoktur.

Borçlar hukukundaki akitlerle ilgili olarak akdin kendiliğinden son bulmasını ifade eden îfâ, îfâ yerini tutan eda, ibra, takas, yenileme, zaman aşımı, îfânın mümkün olmaması ve alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi kavram ve durumlarla yapısındaki eksiklik sebebi ile sakat olma hali olan fesat ve butlan kavramları ve muhayyerlik, ikâle, fesih, infisah, lüzum gibi diğer temel terim ve kavramların bir birleri ile yakın bir ilişkisi vardır. Bu kavramların aralarındaki bu ilişki sebebi ile konunun bütünlüğünü görmek adına akdi kuran tarafların kurdukları bu akdi kendi

¹³⁶⁰ Apaydın, 112.

iradeleri ile sona erdirmeleri hususuna geçmeden ilgili kavram ve durumları kısaca ifade ettik.

Bizim burada konu ettiğimiz şey, akit sağlam olarak teşekkül ettikten sonra henüz îfâ edilmeden veya îfâ tamamlanmadan tarafların, ya kendi iradeleri veya harici bir sebeple bu akdi sonlandırma hürriyetleridir. Yani bazen değişik sebeplerle taraflardan birisi veya her ikisi sağlam olarak teşekkül ettikten sonra bu akdi devam ettirmemeyi ve sonlandırmayı düşünebilir. Zira insan bazen yaptığı bir akitte yanılabilir, beklediği ve umduğu faydayı elde edememiş olabilir, tahmin etmediği bir takım şeylerle karşılaşabilir veya akitten doğan sorumluluğu yerine getirmek kendisi için zor gelebilir. Bazen de harici bir sebepten ötürü bu akdin sonlandırılması gerekebilir. İşte İslam hukuku bu gibi durumlarda insanların maslahatını gözeterek akdin taraflarından birinin veya her ikisinin akdi sonlandırma isteğini belli şartlara bağlı olarak meşru kabul etmiştir ki bu da akit hürriyetinin tamamlayıcı bir unsuru olan akdi ortadan kaldırma hürriyetidir.¹³⁶¹

Bu durum akdin îfâ ile son bulması halinden ve iptal veya ifsat sebebi ile hükümsüz olmasından farklıdır. Zira bu bozma ve bozulma hali sağlam ve geçerli doğmuş bir akdin geriye dönük olarak veya geleceğe yönelik olarak bozulması şeklinde olmaktadır ki bu üç yoldan biri ile olur. Bunlar gayr-ı lâzım akitlerde tek taraflı bozma veya vazgeçme, fesih/infisah ve ikale yani karşılıklı anlaşarak vazgeçme ve bozma şeklinde cereyan etmektedir.

Tarafların her ikisinin veya birinin isteği ile akdin son bulması yani ikale veya fesih/infisah durumları, akdin taraflar için bağlayıcı olup olmaması ile alakalı olduğundan bu sona erdirme hürriyetini akdin bağlayıcılık yönünü göz önünde bulundurarak ele alacağız.

3.3.3.1. İki Tarafı da Bağlayıcı Olan Akitler

Bir akit kuruluş, sıhhat ve nefaz şartlarını taşıyorsa artık o ya lâzım/ bağlayıcı ya da gayr-ı lâzım/caiz akit diye ikiye ayrılır.

¹³⁶¹ Özdirek, 177.

Lâzım/ bağlayıcı akit, taraflardan hiç birinin tek başına feshedemediği akitlerdir. Gayr-ı lâzım/ caiz akit ise, taraflardan birinin tek başına feshedebildiği akitlerdir.

Kendisiyle ulaşılmak istenen amacı güvenli ve istikrarlı bir şekilde gerçekleştirebilmesi için sahih ve nafiz olarak kurulmuş olan akdin lâzım/ bağlayıcı olması yani taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle bozulmaması kuraldır. Ancak hukuk düzeni, amacı ve yapısı itibarıyla her iki tarafın veya taraflardan birinin diğerinin rızası olmaksızın vazgeçme hakkına sahip olduğu gayr-i lâzım akitleri tanıdığı gibi kural olarak bağlayıcı olan akdin bağlayıcılığının çeşitli sebeplerle askıya alınıp ertelenmesine de imkan vermektedir.¹³⁶²

Buna göre her iki taraf veya bir taraf için lâzım/bağlayıcılık açısından akitler lâzım akitler ve gayr-ı lâzım akitler diye ikiye ayrılır.

Lâzım akitler; taraflara karşılıklı borç yükleyen, karşılıklar arası dengenin önemli bir ortak özellik olarak ortaya çıktığı nikah, hul', sulh, müsakaat, -tohum atıldıktan sonra- müzaraa, havale, satım ve icare gibi iki taraf için de lâzım/bağlayıcı olup taraflardan hiç birinin tek başına fesh edemediği akitlerdir.

Gayr-ı lâzım/ caiz akit ise, taraflardan birinin tek başına fesh edebildiği akitlerdir ki bunlar, kefâlet ve rehin gibi tek taraf için gayr-ı lâzım/bağlayıcı olmayanlar ve şirket, mudarebe, vasiyet, ariyet, vedia ve Vekâlet gibi iki taraf için de gayr-ı lâzım yani bağlayıcı olmayanlardır.¹³⁶³ Görüldüğü gibi lüzum/ bağlayıcı olma şartı, tarafların akdi feshedebilme veya edememe durumuna göre oluşuyor.¹³⁶⁴

Görüldüğü gibi İslam hukukunda akitler mahiyetleri gereği bazen her iki tarafı bazen de tek tarafı bağlayıcı niteliktedir bazen ise her iki tarafı da bağlamaz. İşte tarafların iradesi veya harici mücbir bir sebeple akdi sonlandırma durumu olan ikale veya feshi en çok ilgilendiren şey akdin ve hukukî işlemlerin bu bağlayıcılığıdır.

Akdi bağlayıcılığı denilince, diğer tarafın muvafakati olmadan taraflardan birinin tek başına akdi feshetme hakkının bulunup bulunmaması kastedilir. Akitlerin kuruluşu için tarafların hür iradelerinin akit konusunda uzlaşması arandığı gibi bağlayıcılık kazanabilmesi için de hem akdin tabiatının ve yüklenilen borçlar arası dengenin böyle

¹³⁶² H.Yunus Apaydın, "Lüzum", *DİA*, XXVII, 260.

¹³⁶³ Hafif, 375; Yaman - Çalış, 262.

¹³⁶⁴ Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akid*, I, 129-134; Çeker, 85.

bir bağlayıcılığa uygunluğu, hem de tarafların bu yönde haklı bir çekince ileri sürmemesi yani rıza göstermesi aranır. Bu sebeple de bir akdin bağlayıcı olmaması yani gayr-ı lâzım olması; ya muhayyerlik, ikrah, fesad, yetkisizlik gibi arızî bir sebeple, ya da akdin tabiatının bağlayıcı olmamayı gerektirmesi ve hukuk düzenince de bu kategoride yer almasıyla açıklanır. Akdin bağlayıcı olmamasına yol açan her durumun aynı zamanda ilgili taraf için fesih hakkının doğmasına da yol açtığı söylenebileceği gibi durumu tersten ifade ederek taraflardan birinin akdi feshetme hakkının bulunduğu her durumda akdin o taraf için bağlayıcı olmaktan çıktığı da söylenebilir.¹³⁶⁵

Kural olarak lâzım/bağlayıcı olan akitlerde muhayyerlik hakkının bulunmaması gerekir. Taraflardan birinin veya her ikisinin akdi geçerli kılma veya feshetme hakkının bulunduğu akit, bu hak sahibi için lâzım/bağlayıcı olmaktan çıkar.¹³⁶⁶ Buna göre taraflardan biri veya her ikisi için muhayyerlik bulunan akitler gayr-ı lâzım, muhayyerlik bulunmayan akitler ise lâzım akittir.¹³⁶⁷

3.3.3.1.1. İkâle

Tarafların karşılıklı rızaları ile kurulan ve tarafların her birine bir takım haklar sağlayan ve sorumluluklar yükleyen akitler, iki taraf için de lâzım/bağlayıcı olan akitlerdir. Bu tür akitlerde akdin taraflarının hak ve sorumlulukları arasında bir denge vardır. Bu dengenin devam edebilmesi için akdin taraflarından birisi, diğer tarafın rızası olmadan akit ile elde ettiği hak veya sorumluluğu ortadan kaldıramaz. Zira onun bu davranışı akdin diğer tarafına zarar verebilir ve akitte var olan denge o zarar gören kişi aleyhine bozulmuş olabilir. Bu sebeple bu tür akitler ancak iki tarafın da rızası ile olur ki buna ikale denir.¹³⁶⁸

Sözlükte ikale bir şeyi gidermek, ortadan kaldırmak anlamına gelir. Hukuk ıstılahında ise bağlayıcı ve feshi kabil bir akdin, tarafların karşılıklı rızasıyla ortadan kaldırılmasını ifade eder. İkale iki taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre kurucu irade beyanları olan icâbve kabulün birbiriyle örtüşmesi gerekir.¹³⁶⁹

¹³⁶⁵ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 427-436.

¹³⁶⁶ Yaman - Çalış, 259.

¹³⁶⁷ Çeker, 84.

¹³⁶⁸ Özdirek, 179.

¹³⁶⁹ Bilal Aybakan, “İkale”, *DİA*, XXII, 14.

İkaleye konu olan akit bağlayıcı ve feshi kabil bir akit olmalıdır. Taraflardan biri lehine herhangi bir muhayyerlik tanınarak feshe elverişli hale getirilebilen iki tarafı bağlayıcı bütün akitler ikaleye konu edilebilir. İkalenin kuruluşu sırasında akit konusu olan şey mevcut ve mümkün olmalıdır. İkale bir fesih sayılacaksa eski halin iadesinin imkan dahilinde bulunması gerekir. Meclis birliğinin olması gerekir. Yani akdin yapısı gereği tarafların karşılıklı olarak üstlendikleri borçların îfâsı akit meclisinde olması gereken bir akit ikaleye konu olmuşsa aynı hassasiyet ikale sürecinde de gösterilmelidir. Nitekim sarf akdi ikaleye konu olmuşsa -nasıl ki sarf akdi sırasında karşılıklı borçların o akit meclisinde îfâsı gerekiyor idiye- aynı şekilde karşılıklı borçların akit meclisi dağılmadan iade edilmiş olması gerekir, aksi takdirde ikale kurulmuş olmaz. İkaleyi yeni bir akit sayan görüş dikkate alındığında fasit şartlar ileri sürülmemelidir yani bir akitte hangi şartlar aranıyorsa o şartların bulunması icâbeder. İkaleyi fesih olarak görenlere göre ise fasit şartlar ileri sürülmüşse bu tür şartlar geçersiz olup ikaleye bir zarar vermez ve ikale geçerli olur.¹³⁷⁰

İkale, fesih gibi akde dayalı borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olmakla birlikte kuruluşu için iki tarafın karşılıklı iradesine ihtiyaç duyulması bakımından fesihten ayrılır ve bu yönüyle bir akit özelliği taşır.¹³⁷¹ İkalenin feshe benzer bozucu ve yenilik doğurucu bir etkiye sahip olması bir akit sayılmasına engel teşkil etmediği gibi bu akdin feshe benzer hukuki sonuçlar doğurması da fesih sayılmasını gerektirmez. Her fesih bir ikale değilse de her ikale aynı zamanda bir fesihtir. Bu iki özelliği sebebiyle ikalenin akit mi fesih mi olduğu hususunda hukukçular arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. İmam Malik ve Ebu Yusuf'a göre hem taraflar hem de üçüncü şahıslar açısından yeni bir akit, Ebu Hanife'ye göre taraflar açısından fesih üçüncü şahıslar açısından yeni bir akit, diğer hukukçulara göre ise her kes açısından fesihtir.¹³⁷²

Hukukçuların bu ihtilafının neticesi olarak şunu diyebiliriz, ikale akde dayalı borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisi olması yönüyle fesih olarak ta isimlendirilmekle birlikte kuruluşu için iki tarafın da rızasının olması şart olduğu için akit özelliği de taşımaktadır.¹³⁷³

İkale yapılıncı akit sona ermiş olur. Bunun akit veya fesih sayılması, akdin sona

¹³⁷⁰ Aybakan, "İkale", *DİA*, XXII, 15.

¹³⁷¹ Zerka, *el-Medhal*, I, 594.

¹³⁷² Sâbûnî, I, 40; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 448; Aybakan, "İkale", *DİA*, XXII, 14-16.

¹³⁷³ Özdirek, 180.

ermesi bakımından bir önemi yoktur. Ancak akit sona erdikten sonra ortaya çıkacak hükümler açısından ikalenin akit veya fesih sayılması önem arz etmektedir. Yani ikale neticesinde ortaya çıkacak olan borç ve sorumlulukların taraflar için neler olduğunun tespiti ve ikalenin üçüncü şahıslara etkisi yönüyle onun akit veya fesih sayılması önem arz etmektedir. Bu hususta hukukçuların farklı içtihatla bulunmaları bazı meselelerde farklı hükümlerin verilmesini gerektirmiştir. Yani ikale, şartlarına uygun olarak kurulduğunda fesih veya yeni bir akit sayılmasına bağlı olarak farklı sonuçlar doğurur. Yeni bir akit kabul edildiğinde borç ilişkisini ileriye doğru, fesih kabul edilmesi halinde ise geriye doğru ortadan kaldırır. Buna göre önceki akitten doğan ve ifâ edilen borçlar iadeye konu olur. İfa edilmiş değilse bunların talep hakkı düşer ve önceki akde dayanılarak herhangi bir talep ileri sürülemez.

İkalenin yeni bir akit sayılması özellikle üçüncü şahısların hakları bakımından önem taşır. İkale fesih işlemi sayılırsa kural olarak akit sırasında hakkından vazgeçen şüfa hakkı sahibinin bu hakkı iddia etmesine imkan verilmez. Zira şüfa hakkını doğuran hukuki işlem ikale ile ortadan kalkmış durumdadır. Ama ikale akit sayılırsa bu yeni akit sebebi ile şüfa hakkı yeniden kazanılır.¹³⁷⁴

Satım akdi yapan kişiler bu akdi ikale ile yani karşılıklı rıza ile bozduklarında o satılan şeyin ilk bedelini zikretmezlerse veya daha az ya da daha çok bedel zikrederlerse yahut farklı bir cinsten bedel zikrederlerse yahut ta ilk bedelin ödenmesini tehir etmek isterlerse Ebu Hanife'ye göre ikale ilk bedel üzerinden yapılmış olur. Çünkü bu ikale işlemi taraflar hakkında fesihtir. Fesih ise ilk akdi ortadan kaldırmaktır. Akit ilk bedelle olduğundan tabii olarak onun bozulup ortadan kaldırılması da aynı bedelle olacaktır. Yani burada sonradan bedelin eksik, fazla veya farklı cinsten zikredilmesi ve vadenin uzatılması hükümsüzdür ikale fesih olarak kurulmuştur.

İmam Malik ve Ebu Yusuf'a göre ikale hem taraflar hem de üçüncü şahıslar bakımından mümkün oldukça yeni bir akittir. Çünkü burada bir mübadele yani değiş tokuş vardır. Bunun adı da akittir, hükümleri de akit hükümleri olacaktır. ikale, bütün mallarda kabzdan sonra veya gayr-i menkullerde kabızdan önce olmuşsa satım akdi mahiyetindedir. Bu durumda müşterinin mebi satması caizdir. Çünkü kendi elindeki sahip olduğu bir malını satmaktadır. Bunu yeni bir satım akdi kabul ettiğimize göre yeni

¹³⁷⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 449; Aybakan, "İkale", *DİA*, XXII, 15; Özdirek, 180.

bedeller de muteberdir. Ancak mal menkul olur ve henüz kabzedilmemiş olursa kabzdan önce müşterinin bunu satması caiz olmadığı için – zira kişinin elinde olmayan bir şeyi satmasının caiz olmadığı ittîfâkla kabul edilen bir durumdur.- bu muamele akit değil fesih olur. Bu durumda ilk bedel muteber olup diğerleri hükümsüzdür.

İkale Şafii ve Hanbeli hukukçular ile İmam Muhammed ve Züfer'e göre her kes için mümkün olduğunca fesihtir. Buna göre ikale, malı kabzetmeden önce yapılmışsa bu akdin konusu ne olursa olsun müşterinin bunu satması caiz olmadığından bunu akit saymak mümkün değildir ve bu bir fesihtir dolayısıyla ilk bedel geçerlidir. Eğer ikale malı kabzettikten sonra yapılmışsa bunu akit saymak ta mümkündür. Bu durumda bakılır eğer ilk bedel zikredilmiş ise veya daha az bir bedel zikredilmiş ise ya da hiçbir bedel zikredilmemiş ise bu bir fesihtir ve ilk bedele göre muamele görür. Bunların dışında kalan ihtimallere göre ise bu ikale bir akittir, dolayısıyla hangi bedel zikredildi ise ona göre işlem görür. Bu noktada İmam Züfer ikalenin her halükarda fesih olduğunu dolayısıyla muteber olanın da daima ilk bedel olduğunu söylemektedir.¹³⁷⁵

İki kişi bir menkul mal üzerinde satım akdi yapıp teslim ve tesellümden sonra ikaleye karar verseler, satıcı ikaleden sonra malı henüz geri almadan aynı müşteriye ikinci kez satsa bu, Ebu Hanife, Muhammed ve Züfer'e göre caizdir. Çünkü yaptıkları ikale fesihtir bu sebeple malı teslim almadan satmış gibi kabul edilemez. Yani o mal fiilen müşterinin elinde olmakla birlikte ikalenin fesih olması sebebi ile ilk akit yapılmadan önceki haline dönmüştür. O malın asıl sahibi satıcı olan kimsedir. Dolayısıyla ikinci kez aynı müşteriye satmasında bir problem yoktur. Ebu Yusuf'a göre ise ikale akit olduğundan satıcı olan kimse onu geriye teslim almadan tekrar ikinci kez satması caiz olmaz. Çünkü henüz elinde olmayan bir şeyi satmış olur ki bu da zaten caiz görülmeyen bir durumdur.¹³⁷⁶

Bir akdi sona erdirme eyleminin tarafların rızası ile olması halinde bunun yeni bir akit mi yoksa fesih mi yani önceki yapılan akdin bozularak durumun önceki hale avdeti mi olduğu hususundaki farklı görüşlerin sonuçlarının yansımalarına dair verdiğimiz birkaç örnekten de anlaşıldığı üzere bu, yeni bir akit kabul edildiğinde borç ilişkisini ileriye doğru, fesih kabul edilmesi halinde ise geriye doğru ortadan kaldırır. Yani yeni bir akit kabul edilmesi halinde akitlerde aranan tüm şartları taşıması gerekir. Fesih kabul

¹³⁷⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 449.

¹³⁷⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 450.

edilmesi halinde ise o şartlar aranmaz ve bozulan o akit hiç yapılmamış gibi önceki hale avdet edilmiş olur.

Hukuki varlık kazanmış bir akdi ortadan kaldıran iradi işlemin ikale mi fesih mi olduğu hususunda en önemli ölçü, söz konusu akdin lâzım/bağlayıcı olup olmaması ve fesih kabul edip etmemesidir. Bağlayıcı olduğu halde fesih kabul etmeyen nikah ve hul' gibi akitlerle talak ve ıtk gibi hukuki işlemlerde ikale geçerli değildir. İki tarafı bağlayan akitlerde akit ancak iki tarafın anlaşmasıyla bozulabilir. Akdin tek tarafı bağlayıcı olması halinde de akdin kendisini bağladığı taraf için aynı durum söz konusudur ama diğer taraf ise istediği zaman tek başına akdi bozabilir. Buna göre fesih akdin tek taraflı olarak, ikale ise iki tarafın muvafakatiyle bozulması demektir. Ayrıca fesih bağlayıcı olmayan akitlerde bu akitlerin yapısı gereği, bağlayıcı akitlerde de birtakım hukuki eksiklikler, bazı muhayyerlik ve mazeretler gereği işleme imkanı bulurken ikale sadece bağlayıcı olan ve kuruluş aşamasında herhangi bir eksiklik içermeyen akitlerde işleyebilir.¹³⁷⁷

3.3.3.1.2. Fesih

Fesih, İslam hukukunda bir akdin veya hukuki bağın iradi olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder. Daha kapsamlı bir ifade ile fesih, bir akdin veya hukukî işlemin, borç ilişkisini tabii olarak sona erdiren îfâ, ibra, takas, yenileme, zaman aşımı gibi sebepler dışında her ne şekilde olursa olsun iki veya tek taraflı iradeyle yahut yargı hükmüyle ortadan kaldırılmasını, sona erdirilmesini veya geri alınmasını kapsayacak şekilde geniş bir çerçeveye sahiptir. Bu sebeple feshin yanı sıra günümüz hukuk dilinde rücû, iptal, geri alma ve cayma gibi tabirlerin ve birbiriyle yakın ilişki içinde bulunan diğer kavramların da İslam hukukunda genelde fesih kavramı ile karşılandığı söylenebilir. Bu bağlamda fesih, hukukî varlık kazanmış bir akit veya hukukî işlemin taraflarca yahut mahkeme tarafından geriye dönüşlü veya dönüşsüz olarak bozulmasını, infisah ise böyle bir bozma iradesi yahut beyanı gerekmeksizin kendiliğinden sona ermesini ifade eder. İslam hukukunda akit ve borç ilişkisinden doğan bağın çözülmesinin yani akdin sona ermesinin, ölüm gibi tabii yollarla sona ermesi hali hariç

¹³⁷⁷ Aybakan, “İkale”, *DİA*, XXII, 14-16.

tutulursa fesih-infisah kavramları ile anlatıldığı söylenebilir.¹³⁷⁸

Konunun baş tarafında da ifade ettiğimiz gibi borç doğuran hukuki işlemlerin yani akitlerin kurucu unsuru tarafların rızasıdır. Bu sebeple fesih hakkı ve hürriyeti de temelde İslam hukukunda çok özel bir öneme ve korumaya sahip bulunan rıza kavramına dayanmaktadır.

Yine az önce ifade ettiğimiz üzere İslam hukukunda fesih kavramı, sözleşmeden dönme, iptal, geri alma ve cayma da dahil akit bağının ve borç ilişkisinin iradi olarak sona erdirilmesinin hemen hemen bütün türlerini kapsadığından fesih sebepleri de bir hayli fazladır. Öte yandan İslam hukukunda her borç ilişkisi ve akit türü kendi yapı ve bütünlüğü içinde ayrı ayrı ele alındığından fesih sebepleri ve feshedilebilme imkanları da her tür ve kategoride farklılık taşıyabilmektedir.

Her ne kadar hukukçular her bir akit türü için farklı farklı fesih sebepleri zikretseler de bu fesih sebeplerini; akdin bağlayıcı olmaması, fasit oluşu, borcun îfâ edilmemesi ve kusur ve mazeretler şeklinde dört ana grupta toplamak mümkündür. Aslında akdin fasit oluşu ve kusur ve mazeretler ileride göreceğimiz üzere doğrudan fesih sebebi değil, akdin gayr-ı lâzım oluşuna sebep olmaları hasebi ile dolaylı fesih sebebidirler. Bu sebeple akdin fasit oluşunu ve kusur ve mazeretleri, akdin bağlayıcı olmama sebepleri arasında ele alıp anlatacağız.

Buna göre fesih sebeplerini; akdin bağlayıcı olmaması ve borcun îfâ edilmemesi şeklinde iki başlıkta toplamak mümkündür. Önce akdin bağlayıcı olmamasını sonra da borcun îfâ edilmemesini anlatacağız.

3.3.3.1.2.1. Akdin Bağlayıcı Olmaması

Bir akdin bağlayıcı olmaması; ya normalde lâzım olan bir akdin muhayyerlik, fesat, ikrah, yetkisizlik ve mazeretler gibi arızî ve harici bir sebeple ya da ilk baştan gayr-ı lâzım olması yani akdin tabiatının bağlayıcı olmamayı gerektirmesi ve hukuk düzenince de bu kategoride yer almasıyla açıklanır.

Şimdi önce bir akdin ilk başta lâzım iken gayr-ı lâzım olmasına sebep olan muhayyerlik, fesat, ikrah, yetkisizlik ve mazeretler durumlarını izah ederek bunların

¹³⁷⁸ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 427.

akdin feshine nasıl etki ettiklerini göreceğiz sonra da mahiyeti gereği doğuştan gayr-ı lâzım olan akitlerin feshini göreceğiz.

Bazı hukukçular ikrahı doğrudan akdin gayr-ı lâzım olma sebebi saymakla birlikte aslında biraz sonra ele alacağımız üzere ikrah, akdin fesadına yol açması dolayısıyla doğrudan değil dolaylı olarak gayr-ı lâzım olma sebebidir. Bu sebeple aslen lâzım iken gayr-ı lâzım olma sebeplerini muhayyerlik, fesat, yetkisizlik ve mazeretler başlıkları altında inceleyeceğiz.

3.3.3.1.2.1.1. Muhayyerlik Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi

İki şeyden daha hayırlı olanı istemek manasında olan muhayyerlik kelimesi, hukuk ıstılahında ise akdi yapan taraflardan birisinin veya her ikisinin akdi geçerli kılma veya feshetme hakkına sahip olmasına denir. Bu hak, akde rızanın daha mükemmel ve akdin selametinin kesin olup akdin sağlam bir temel üzerine bina edilmesi için meşru kılınmıştır.¹³⁷⁹ Muhayyerlik, bu hakka sahip taraf açısından akdi bağlayıcı/lâzım olmaktan çıkarır. Muhayyerlikler; feshi kabil, iki tarafa da borç yükleyen yani ivazlı ve lâzım/bağlayıcı akitlerde söz konusudur. Buna göre ariyet ve karz gibi bağlayıcı olmayan akitlerde, nikah, talak ve köle azadı gibi feshi kabul etmeyen akitlerde ve tek taraflı irade ile kurulan hukuki tasarruflarda muhayyerlikten söz edilemez.¹³⁸⁰

Ayrıca akdin bağlayıcılık niteliğini kaldıran muhayyerlikler, feshe elverişli olan ve tamam olması kabz işleminin gerçekleşmesine yani mebi ve semenin teslim edilmesine bağlı olmayan bedelli akitler için söz konusudur. Bu bakımdan tamamlanması kabz işleminin gerçekleşmesine bağlı olan sarf ve selem gibi akitler bedelli olmasına rağmen yapıları gereği şart muhayyerliğine uygun değildir.¹³⁸¹

Akitlerin temelinde o akdi kuracak tarafların rızasının olması akit hukukunun benimsemiş olduğu en temel hakikattir. Bu rızayı zedeleyecek her durum akitlerin iptaline sebep olmaktadır. Bu sebeple hukuk düzeni muhayyerlikler vasıtası ile işte bu lâzım olan rızanın ortaya çıkmasını ve akitlerle hedeflenen maslahata erişilmesini temin etmek istemiştir. Muhayyerlikler sayesinde taraflar gönül rızalarını zedeleyecek her

¹³⁷⁹ Hafif, 395; Çeker, 64.

¹³⁸⁰ Sâbûnî, I, 118; Yaman - Çalış, 266.

¹³⁸¹ Apaydın, "Lüzum", *DİA*, XXVII, 261.

türlü arızayı gidererek ya akdi yaparlar ve devam ettirirler ya da problemli olduğunu düşündükleri akitleri bozup sonlandırırlar.

Hukuk kitaplarında birçok muhayyerlikten bahsedilmektedir. Bunların bir kısmı sadece belli akitler için olmakta iken diğer bir kısmı ise bütün akitler için geçerlidir. Biz burada bütün akitlere şamil olan muhayyerlikleri ele alacağız. Şart muhayyerliği, görme muhayyerliği, ayıp muhayyerliği, tayin muhayyerliği, vasıf muhayyerliği ve meclis muhayyerliği.

Bunları birinci bölümde ayrıntılı olarak anlattığımız için burada sadece tanımlarını vermekle yetineceğiz. Muhayyerliklerin bir kısmı akdi kuran taraflarca belirlenir, diğer bir kısmı ise tarafların iradesinden bağımsız olarak hukukun benimsemiş olduğu bir haktır.

Şart muhayyerliği, taraflardan birisinin veya her ikisinin belli bir süre içerisinde yapmış oldukları akdi geçerli kılıp kılmama hususunda muhayyer olmalarıdır.¹³⁸²

Görme muhayyerliği, akdin taraflarından sadece müşteri konumunda olan kişinin, akdin mahallini akit esnasında veya daha önce görmediği için onu görünce akdi onaylama veya feshetme hakkına sahip olmasıdır.¹³⁸³

Yapılan bir akitte akdin mahallinde bir kusur/ayıp bulunması halinde karşı tarafın bu akdi onaylama veya feshetme hakkının olmasına ayıp muhayyerliği denir.¹³⁸⁴

Kıyemi mallardan iki veya üç tanesinin ayrı ayrı fiyatları söylenerek bunlardan ya müşterinin istediğini alması veya satıcının istediğini vermesi şeklindeki akitten doğan muhayyerliğe tayin muhayyerliği denir.¹³⁸⁵

Belli özellikleri sebebi ile satın alınan bir malda aranan özelliklerin bulunmaması durumunda müşterinin bu akdi onaylama veya feshetme yetkisine vasıf muhayyerliği denir.¹³⁸⁶

Satıcı ve müşteriden her birinin, akdi tamamladıktan sonra muhayyerlik şartı olmaksızın akit meclisinden fiilen ayrılmadıkları sürece akdi onaylama veya feshetme

¹³⁸² Hafif, 396; Çeker, 65; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 284.

¹³⁸³ Hafif, 414; Çeker, 67; Yaman - Çalış, 268; Sâbûnî, I, 121; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 290.

¹³⁸⁴ Hafif, 424; Çeker, 68; Sâbûnî, I, 123; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 295.

¹³⁸⁵ Çeker, 69; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 288.

¹³⁸⁶ Yaman - Çalış, 270.

yetkisine sahip olmalarına meclis muhayyerliği denir ki bu aslında akdin ne zaman lâzım hale geldiği ile alakalıdır.¹³⁸⁷

Muhayyerliklerin lâzım akitler için olduğunu söyledik. Burada ifade edilmesi gereken bir husus ta akitlerin ne zaman lâzım hale geldiğidir. Hanefi ve Malikilere göre akitcâbve kabul ile kurulmuş ve tamamlanmış olur ve böylece lâzım hale de gelmiş olur. Şafii, Hanbeli ve Hanefilerden Ebu Yusuf'a göre ise sadececâbve kabulün gerçekleşmesi ile yani akdin kurulup tamamlanması ile akit lâzım hale gelmez. Taraflar fiilen o akit yaptıkları meclisten ayrılmadıkça akdi fesh etme hakkına sahiptirler. Buna meclis muhayyerliği denir ve taraflardan biri veya her ikisi buna dayanarak akdi fesh edebilirler. Bu hukukçular bu görüşlerine delil olarak kullandıkları “Akit yapanlar bir birlerinden ayrılmadıkça akitlerinde muhayyerdirler.”¹³⁸⁸ Hadisini fiilen ve bedenen ayrılmak olarak değerlendirirken, diğer hukukçular ise bunu akdin bitmesi, konuşma konusu olmaktan çıkması şeklinde değerlendirmişlerdir.¹³⁸⁹

Muhayyerlik hakkı, ister tarafların akit anındaki ön anlaşmasından ister hukuk düzenince tanınmaktan doğsun hak sahibinin dilediğinde akdi feshedebileceğini ifade eder. Bu sebeple de her muhayyerliğin aynı zamanda bir tür fesih hakkı olduğu görülür. Bununla birlikte tarafların başlangıçtaki anlaşmasından doğan şart, süre ve vasıf muhayyerliklerinde kullanılan fesih hakkının mahiyet ve sonuçları meclis, ayıp, görme muhayyerlikleri gibi hukuk düzeninden doğanlardan nisbeten farklılık gösterir.¹³⁹⁰

Burada bir kısmını zikrettiğimiz muhayyerliklerin, akdin taraflarına sağlamış olduğu akdi feshetme yetkisinin konumuz olan akdi sonlandırma hürriyeti noktasında ne kadar geniş bir imkan sunduğunu görmekteyiz. Yani ilk başta her iki taraf için de lâzım/bağlayıcı olan bir akit, yine tarafların menfaati gereğince hukukun tanımış olduğu bu muhayyerlikler vasıtası ile tarafların istekleri, hür iradeleri ile sona erdirilmektedir. Nasıl ki akdi oluşturan taraflar bir ihtiyaca binaen hür iradeleri ile akdi kurma hakkına sahip iseler aynı şekilde o akitten umdukları o menfaatin sağlanamaması veya tarafların o menfaatten daha büyük bir külfetin altına girmeleri durumunda yine kendi hür iradeleri ile akdi sonlandırma hakkına da sahiptirler.

¹³⁸⁷ Sâbûnî, I, 125.

¹³⁸⁸ Buhari, Buyu, 42- 47.

¹³⁸⁹ Hafif, 376; Çeker, 50.

¹³⁹⁰ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 427.

3.3.3.1.2.1.2. Fesat Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi

Yapısı itibariyle bağlayıcı olan akitlerin bağlayıcılık özelliğini kaybetmesinin birinci sebebi muhayyerlikler, ikinci sebebi ise hukuk düzeninin akdin sahihliği için öngördüğü şartlara riayet edilmemesi ve bundan dolayı akdin fasit olmasıdır. Fakihler arasında ayrıntıda görüş farklılığı bulunsa da zarar, garar, cehalet, ikrah, müfsit şart ve riba gibi taraflardan birinin akit kurucu iradesini sakatlayan bir durumun varlığı veya akdin hukuk düzenine kısmen aykırı oluşu fesat sebebi olarak görülür.¹³⁹¹

Sözlükte bir şeyin önce düzgün, düzenli ve yararlı iken sonradan bu vasıflarını kaybederek değişmesi ve bozulması anlamına gelen fesat kelimesi, hukuk ıstılahında ise bir ibadetin veya hukukî işlemin, vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk sebebiyle hükümsüz olması anlamındadır.¹³⁹²

İslam hukukçularının çoğunluğu, akit ve hukuki işlemlerin kuruluşunda prensip olarak "asıl-vasıf" ayrımı yapmayıp akdi bir bütün kabul ettiklerinden, akdin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecek son şekle gelmesini temin eden bütün şartları aynı önem derecesinde tutma eğilimi göstermişler ve bu şartlardan herhangi birinin eksikliğine de tek dereceli bir müeyyide getirmişlerdir. Çoğunluk bu tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesini aynı anlamda olmak üzere butlan veya fesat olarak adlandırmış, diğer bir ifadeyle hukuken muteber olup olmamasına göre akdi biri sahih (mün'akid), diğeri fasid veya batıl (gayri mün'akid) olmak üzere iki kısma ayırmışlardır.

Hanefî hukukçuları ise fasit akdi, "asıl itibariyle meşru, vasıf itibariyle gayri meşru akit" şeklinde tanımlayarak çoğunluğun aksine akitte asıl-vasıf ayrımı yapmışlardır. Akdin aslı onun temel unsurları ve kuruluş şartları demektir. Akdin vasfı ise daha ziyade akdin konusuna ilişkindir. Akit konusunun tesliminde taraflardan biri için zarar varsa, akit bir garar veya cehalet ihtiva ediyorsa, taraflar bu akdi ikrah ile yapmak mecbûriyetinde kalmışlar ise, müfsit şart veya riba söz konusu ise bu durumlarda akdin butlanından değil fesadından söz edilir. Hanefî hukukçuları, akdin aslında olan eksiklik ve aykırılıkla vasfındaki eksiklik ve aykırılığa farklı sonuçlar

¹³⁹¹ Apaydın, "Lüzum", *DİA*, XXVII, 261.

¹³⁹² H.Yunus Apaydın, "Fesad", *DİA*, XII, 417-421.

bağlamışlardır. Aslındaki eksikliğin müeyyidesi butlandır, vasfındaki eksikliğin müeyyidesi ise fesattır.¹³⁹³

Hanefi hukukçular da dahil İslam hukukçularının tamamı ibadetler, nikah, tek taraflı işlemler, mali yönü bulunmayan veya mülkiyetin nakli sonucunu doğurmayan akitlerde batıl ve fasit ayrımı yapmayıp her iki kavrama da eşdeğer bir kapsam ve hukuki sonuç yüklerler. Bu grupta yer alan fiil ve akitlerin aslen veya vasfen gayri meşru oluşu onların hukuki varlık kazanmalarına engel teşkil ettiğinden bu alanda fesihten ziyade butlandan yani her iki kavram için de aynı etkide hükümsüzlükten söz etmek daha doğru olur. Hanefilerin dışındaki hukukçulara göre bu iki kavramın aynı etkiye sahip olmaları bu saydığımız fiil ve akitlerde ne ise bu mahiyette olmayan diğer tüm akitlerde de aynıdır. Buna göre ister yukarıdaki gibi bütün hukukçuların ittîfâk ettiği mahiyetteki fiil ve akitlerde ister cumhurun kabul ettiği gibi bütün akitlerdeki durum batıl ve fasit olarak temelden hükümsüzdür. Diğer bir ifade ile bunlar hukuken var olmamışlardır ki sona erdirilmeleri bahis mevzu olsun. Bu duruma konunun başında da işaret etmiştik.

Bizim burada konu ettiğimiz durum akdin bağlayıcılığının kalkıp akdin feshine/sona erdirilmesine sebep olan Hanefilerin benimsemiş olduğu fesat anlayışıdır. Hanefiler, bey', icare, rehin, şirket gibi karşılıklı borç yükleyen ya da karz, hibe gibi mülkiyetin nakli sonucunu doğuran mali akitlerde fesat-butlan ayrımı yapıp her biri için farklı hukuki sebepler ve hükümler öngörürler. Bu bağlamda feshin aslen meşru fakat vasfen gayri meşru, diğer bir ifadeyle hukuki varlık kazanmış, fakat sıhhat şartlarındaki eksiklik yüzünden sakatlanmış bir akdin sona erdirilmesi anlamını taşır.¹³⁹⁴

Ali Bardakoğlu, feshin sebepleri bağlamında Hanefiler ile cumhurun batıl ve fasit kavramlarına yükledikleri anlam farklılığını ifade ettikten sonra şu değerlendirmeyi yapmaktadır. Bununla birlikte feshin İslam hukuk literatüründe, bir akit ve borç ilişkisinin ortadan kaldırılması şeklinde geniş bir kapsamı olup, sona erdirmenin geriye veya ileriye dönük olması akdin yapısına bağlı bulunduğundan, feshe sadece sahih bir akdin haklı bir sebeple ileriye dönük olarak bozulması şeklinde bir anlam yüklemek ve

¹³⁹³ Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, 417.

¹³⁹⁴ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 430; Apaydın, 52-54.

akdin fesadını fesih sebebi değil iptal sebebi olarak tanımlamak İslam hukuk doktrini açısından doğru olmaz.¹³⁹⁵

Akdin feshine sebep olan fesat halleri bir tek genel sebebe racidir. O da akdin hukuki yapısına aslen değil de fer'i bir yönden aykırı olmasıdır. Bu sebep farklı akitlerde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Fesadı gerektiren bu şekillerden bir kısmı bütün akitlere şamil olup, bunlara genel fesat sebepleri denir. Diğer bir kısmı ise bazı akitler için fesat sebebi olur ki bunlara da özel fesat sebepleri denir.

Genel fesat sebeplerini; taraflardan birinin akit kurucu iradesini sakatlayan bir durumun varlığı veya akdin hukuk düzenine kısmen aykırı oluşunu ifade eden cehalet, garar, ikrah, müfsit şart, hata, hile, zarar ve riba gibi başlıklar altında toplamak mümkündür.

Daha önce akdin konusunun özellikleri bağlamında zikrettiğimiz cehalet ve garar kavramları orada sadece akdin konusu ile alakalı idi. Burada ise daha genel olarak akdin tümünde var olan cehalet ve garardan bahsedeceğiz.

İslam hukukçuları akdi ifsat eden cehaleti nizaya yol açan cehalet olarak vasıflandırmışlardır. Hanefiler ise burada yine bir ayırıma giderek çözümü güç bir anlaşmazlığa yol açan fahiş cehalet akdi fasit kılar derken bu ölçüde olmayan basit cehalet akde zarar vermez derler. Akdi fasit kılan cehalet; akdin konusunda, mali muavazalı akitlerde akdin bedelinde, bağlayıcı süreli akitlerde sürede ve akitte şart koşulan temin vasıtalarında olur.¹³⁹⁶

İslam hukukçuları, garar kelimesi ile akdin, sonu belli olmayacak şekilde yapılmasını kastediyorlar. Hanefiler bunda da yine bir ayırım yaparak akdin konusunun aslında olan garar butlan sebebi iken vasıf ve miktardaki garar ise fesat sebebidir derler. Birincisine örnek hayvanın karnındaki yavrunun satışdır. Bu akit batıldır. Çünkü bu yavrunun hiç doğmaması veya ölü doğması muhtemeldir ki bu akdin aslındaki bir garardır. İkincisine örnek ise sağmal bir ineğin günde şu kadar litre süt verdiğini söyleyerek satmaktır. Bu akit fasittir çünkü o ineğin süt vermesi kesindir fakat o miktarda süt vereceği kesin değildir.¹³⁹⁷

¹³⁹⁵ Bardakoğlu, "Fesih", *DİA*, XII, 430.

¹³⁹⁶ Apaydın, 133.

¹³⁹⁷ Apaydın, 134.

İkrah bir kimseyi tehdit ederek hukuken yapmakla mükellef olmadığı bir şeyi yapmaya zorlamaktır. İkrahın akde etkisi konusunda hukukçular farklı kanaatlere vakıf olmuşlardır. Hanefiler ikrahı mülci ve gayr-ı mülci diye iki kısma ayırmaktadırlar. İkrah-ı mülcide kişinin öldürülmesi, bir organın kesilmesi gibi ağır tehdit vardır. İkrah-ı gayr-ı mülcide ise dövmek, hapsetmek gibi daha hafif tehditler vardır. Ebu Hanife ikrahın akdi fasit kılacağını dolayısıyla fasit akdin hükümlerinin uygulanacağını söylerken Züfer ikrahın akdi fasit değil mevkuf kılacağını, ikrah durumu geçtikten sonra mükreh olan kimse isterse bu akdi geçerli kılar isterse fesh eder demektedir.¹³⁹⁸

İmam Malik'e göre ikrah, akdi fasit veya mevkuf değil doğrudan gayr-ı lâzım kılar. Bu sebeple mükreh kimse dilerse akdi fesh eder. Şafii ve Hanbelilere göre ise ikrah, feshi kabil olsun veya olmasın bütün akitleri batıl kılar. Çünkü bir kimsenin rızasının olmadığı bir akit muteber değildir.¹³⁹⁹

İkrah Hanefilerin benimsediği gibi ister akdin fesadına –ki dolaylı olarak da gayr-ı lâzım olmasına- isterse Malikilerin benimsediği gibi doğrudan gayr-ı lâzım olmasına sebep olsun her halükarda neticede akdin sona ermesi için bir sebeptir. Yani mükreh kimse bu hal kalkınca akdi fesh etme hakkına sahiptir.

Cehalet, garar, hata, hile, ikrah, müfsid şart, zarar, faiz gibi sebeplerin akdi fasit ve dolayısıyla feshedilebilir kılması, tarafların akitteki rızalarının tam olarak gerçekleşmesi ve hak edilmemiş zarar ve beklenmeyen mağduriyetlere karşı korunması amacını taşır. Bu sebeple öncelikli olarak iradesi sakatlanan tarafa, ayrıca diğer tarafa veya hakime bu akdi bozma hakkı, hatta bazen görevi verilmiştir. Akdin fasit olması sebebi ile oluşan feshin bir hak mı yoksa görev mi olduğu hukuk düzeni ve feshin gerekçesiyle yakından ilgilidir. Mesela Hanefiler fasit akitleri feshi gereken akit olarak nitelendirip fesat sebebinin giderilmesinin prensip olarak hem taraflar hem de toplum için bir görev olduğu görüşündedir. Bu bağlamda fesih bir hakkın kullanımından ziyade bir görevin ifâsı mahiyetini alır. Ancak yine de fesadın kaynağı bu konuda belirleyici bir rol oynar. Eğer bu fesat taraflardan birinin akit kurucu iradesini sakatlayan bir durumdan kaynaklanıyorsa o takdirde fesih bir haktır, fakat akdin hukuk düzenine kısmen aykırı oluşunu ifade eden bir durumdan kaynaklanıyorsa o zaman ise o akdin feshedilmesi bir görevdir. Mesela satım akdinde sürenin bilinmeyişiinden kaynaklanan

¹³⁹⁸ Apaydın, 135; Özdirek, 187.

¹³⁹⁹ Özdirek, 187.

fesatta fesih bir hak, faiz şartından doğan fesatta ise bir görev olarak nitelendirilir.¹⁴⁰⁰

Yani akdin fasit olması durumunda taraflardan her birinin, ayrıca hakimnin akdi feshetme yetkisi, bazen de yükümlülüğü vardır. Çünkü bu akit, içerdiği fesat sebebiyle özü bakımından bağlayıcı olmayıp feshedilmeyi hak etmiştir. Fasit akdin feshiyle muhayyerlik hakkı bulunan bir akdin feshi arasındaki en önemli fark birincisinde fesih, akdin bağlayıcı olup olmamasının ötesinde hukuk düzeninin akdin yapılışı ve yapısında aradığı bazı şartların eksik olması sebebiyle bazen bir hak, bazen bir görevdir. Diğerinde ise onun yerine getirilmemesi dini-uhrevi bir sorumluluk yüklemeyen bir hak olmasıdır.¹⁴⁰¹

Buna göre yapısı bakımından bağlayıcı olan bir akdin bu niteliğini kaybetmesi esas itibariyle iki durumda ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri akitte bazı muhayyerliklerin söz konusu olması, diğeri ise hukuk düzeninin akdin sıhhati için öngördüğü şartlardan birine riayet edilmemesidir. Her iki durumda da akit bağlayıcılığını kaybettiği için feshe açık hale gelmekteyse de birinci durumda akdin feshedilmesi bir hak iken ikinci durumda bazen bir hak, bazen bir görev olmaktadır.

Bu iki sebepten başka iki durum daha vardır ki bunlar da aslında bağlayıcı olan bir akdin bu bağlayıcılığını kaybetmesine sebep olarak akdi feshedilebilir hale getirmektedirler. Fakat bunların ilk iki sebepten farkı, hukukçuların farklı kanaatlere sahip olmaları sebebiyle üzerlerinde ittîfâk edilmemiş olmalarıdır. Biz bunları da yapısı itibari ile lâzım iken, akdin bu bağlayıcılığını ortadan kaldıran sebeplerden olmasını benimseyen hukukçuların kanaatlerini daha isabetli bularak burada zikretmeyi uygun bulduk.

3.3.3.1.1.2.3. Yetkisizlik Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi

Bu konu İslam hukuk kaynaklarında fuzulinin akdi başlığı altında incelenmektedir. Fuzuli, bir kimsenin hukuki temsilcisi (vekil, veli –vasi, kayyim) olmadığı halde onun adına hukuki işlemde bulunan kişiyi ifade eder.¹⁴⁰²

¹⁴⁰⁰ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 430.

¹⁴⁰¹ Apaydın, “Lüzum”, *DİA*, XXVII, 260-261.

¹⁴⁰² Beşir Gözübenli, “Fuzuli” *DİA*, XIII, 239.

Mecelle'de, "Bi-gayri izni şer'i diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir" ¹⁴⁰³ şeklinde tarif edilen fuzuli Batı hukukundaki yetkisiz temsilciye benzemektedir.

Fuzulinin yaptığı hukuki işlemlerin değeri ve geçerliliği konusu İslam hukuk doktrininde tartışmalı olup sonuçta ortaya iki farklı görüş çıkmıştır. Bunlardan birincisi, bu işlemlerin geçerli ancak adına iş yapılan kimsenin veya temsilcisinin onayına bağlı bulunduğu, ikincisi ise fuzulinin bütün hukuki işlemlerinin geçersiz olduğu şeklindedir. Hanefi, Hanbeli ve Malik'ten gelen bir görüşe göre ve Caferi imamları dahil olmak üzere İslam hukukçularının çoğunluğunun benimsediği birinci görüşe göre fuzulinin hukuki işlemleri geçerli olarak kurulmuş olmakla birlikte işlerlik açısından eksik olup mevkuttur. Şafiye göre ise fuzulinin yaptığı bütün hukuki işlemler batıldır. İlgili kişinin onaylaması bu akdi geçerli hale getirmez. Eğer o kişi bunu onaylayacaksa akdi yeniden kurması gerekir. ¹⁴⁰⁴

Şafiilere ile diğer hukukçuların bu ihtilaflarının sebebi akitlerin tahakkuku ile alakalıdır. Şafiilere göre akdin sonuçları akitten ayrılmaz. Akit vücut bulunca o akdin sonuçları da onula beraber vücut bulmuş olur. Bir akdin sonuçları doğmamışsa o akit vücut bulmamış demektir. Akit ancak hem ehliyet hem de velayet sahibi birinden Sadır olursa vücut bulur. Şafiilerin bu görüşüne göre fuzuli, mümeyyiz çocuk ve sefih gibi ehliyet veya velayet eksikliği bulunan kimselerin yaptıkları akitler batıldır.

Hanefi ve diğer hukukçulara göre ise akdin vücut bulması akdi yapan kişinin ehil olması ve akdin mahallinin bunu kabul edebilecek durumda olmasına bağlıdır. Fuzuli akit ehidir. Fuzuli bir akit yapmışsa ve akdin mahalli de onu kabul edebilecek bir şey ise o zaman bu akit vücut bulmuş demektir. Akdin vücut bulması onun sonuçlarının hemen terettüp etmesini gerektirmez. Akdin sonuçları gecikebilir. Bu sebeple ilgili şahsın iltizâm etmediği bir şeyle sorumlu tutulmaması için fuzulinin yaptığı akdin sonuçları tehir edilmiştir. ¹⁴⁰⁵

Buraya kadar anlatılanlara göre fuzulinin akdi, Şafii'ye göre batıl olduğu için diğer hukukçulara göre de mevkuf olduğu için onaylayacak kimse akdin tarafı değil üçüncü şahıs olması ve akdi onaylamadığında akdin kurulmamış sayılması daha önce de

¹⁴⁰³ Mecelle, md, 112.

¹⁴⁰⁴ Hafif, 357; Gözübenli, "Fuzuli" *DİA*, XIII, 239.

¹⁴⁰⁵ Hafif, 358.

belirttiğimiz gibi her iki durumda da akdin son bulması akdi kuran kişiler tarafından olmamaktadır. Dolayısıyla bunlar bizim konumuzun dışındadır.

Fakat fuzuli, icazete mevkuf olan her hangi bir lâzım akit yapınca bu akit ancak icazetten sonra lâzım hale gelir. İcazetten önce ise o gayr-ı lâzımdır. Yani burada o akdin gayr-ı lâzım olmasının sebebi o akdi yapmaya yetkisi olmayan bir kimsenin onu yapmış olmasıdır. Bu durumda kendisi için akit yapılan kişi – ki akdin taraflarından biri olmayıp üçüncü şahıstır.- bunu feshedebildiği gibi fuzuli ve akdin diğer tarafı da bu akdi feshedebilir. Yani fuzulinin yaptığı akit onaylanmadan önce gayr-ı lâzım olduğu için akdin tarafları olan fuzuli ve karşı taraf bu akdi feshetme hakkına sahiptirler. Ancak fuzuliye tanınan bu hak sadece muavazalı akitlerle sınırlıdır.¹⁴⁰⁶

3.3.3.1.2.1. 4. Mazeret Sebebiyle Bağlayıcılığını Kaybetmesi

Akdin yapılmasından sonra ortaya çıkan ve akdi yapmaya sevk eden etkeni ortadan kaldırarak tarafları hak etmediği bir zararla karşı karşıya bırakan haklı bir sebebin bulunmasına ayıp veya mazeret denir. Eğer bu kusur akdin mahallinde olursa buna ayıp denir ve daha önce muhayyerlikleri anlatırken ifade ettiğimiz gibi ayıp muhayyerliği sebebi ile akdin bağlayıcılığı kaldırılmış olur. Fakat bu kusur akdin mahallinde değil de taraflarda olursa buna da mazeret denir ve Hanefî fakihlerine ve İbn Hazm'a göre akdin bağlayıcılığını kaldıran bir sebep olur.¹⁴⁰⁷

İslam hukukçuları neyin ayıp sayılacağı ayıbın mevcudiyeti halinde akdin feshedilebilir mi yoksa münfesihi mi olacağı hususunda farklı görüşte olsalar da akitlerin prensip olarak ayıp sebebiyle feshedilebileceğinde müttefiktirler. Ayıbın mevcudiyeti halinde ilgili taraf, onun mahiyetine göre doğacak muhayyerlik hakkını, akdin fasit olduğunu veya ifâ imkansızlığını ileri sürerek akit bağından kurtulabilir. Mazeretlere gelince, Hanefî fakihlerine ve İbn Hazm'a göre belli bir zaman içinde sürekli borç ilişkisi doğuran akitler mazeretler sebebiyle de feshedilebilir. Fakihlerin çoğunluğu ise bazı münferit meselelerde kural dışına çıkmakla birlikte mazeretleri ilke olarak fesih sebebi kabul etmezler.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁶ Hafif, 358.

¹⁴⁰⁷ Apaydın, “Lüzum”, *DİA*, XXVII, 262.

¹⁴⁰⁸ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 431.

Akdin bağlayıcılığını kaldıran sebeplerinin sonuncusu olan mazeretler, fevri akitler denilen ve yapıldığı anda tamam olan veya süre unsuru içermeyen satım, sulh, kismet gibi akitlerde değil de ariyet ve müzaraa gibi ifâsı süre unsuru ihtiva eden ve bu süre zarfında sürekli bir borç ilişkisi doğuran akitlerde söz konusudur.¹⁴⁰⁹ Özellikle de günümüzdeki kira ve iş akdine tekabül eden icare akdinde söz konusu olan akdin sürdürülmesinin kiracı/ iş veren açısından öngörülme ve bizzat akit sebebiyle hak edilmeyen bir zarara yol açması durumunda kiracıya akdi feshetme hakkı tanıyan bir durumdur.¹⁴¹⁰

Hanefi hukukçularının geliştirdiği ayıp-mazeret ayrımı ve mazeretler sebebiyle akdin gayr-ı lâzım oluşu ve feshi telakkisi, modern hukuktaki beklenmeyen hal nazariyesine benzer bir hukuk mantığını sergiler.

Ayıp, akitten beklenen menfaati tamamen veya kısmen yok eden, mazeret ise akde devam edilmesi halinde taraflardan birinin akitle üstlenmediği bir zarara uğraması sonucunu doğuran arızı gelişmelerdir. Ayıp genellikle akit konusunda veya bedelde görülen eksiklikler olduğundan karşılıklar arası denge bozulmakta ve akde bağlılıktan ayrılmayı gerektirecek boyutta haklı bir sebep teşkil etmektedir. Satılan malın kusurlu çıkması, kiralanan evin hasarlı, çalıştırılacak işçinin hasta olması böyledir. Mazeretler ise akit konusuna ve bedele ilişkin değil çoğu taraflarla ilgili harici ve sübjektif karakterde gelişmeler olduğundan mazeretlere rağmen akde devam etmek mümkündür. Fakat taraflardan biri için akit kurulurken öngörülme ve karşılıksız kalan bir zarar söz konusu olduğundan hakkaniyet ilkesi akdin sona erdirilmesini gerekli kılar.¹⁴¹¹

Belli ölçüde haklılık taşıyan birçok arızı gelişme ilgili taraf için akdi fesih sebebi kabul edilmiş, bu arada geliştirilen ecr-i misl ve tazmîn teorisiyle de fesihten karşı tarafın zarar görmesi önlenmeye çalışılmıştır. Yani karşı tarafın fiili zararının ödenmesi şartıyla bu kimse için fesih hakkının doğacağı kabul edilmiştir. Bu görüşü benimseyen Hanefiler'in temel gerekçesi, geçerli bir mazeretin olduğu durumlarda akdin bağlayıcılığını ileri sürerek tarafları anlamı ve varlık sebebi ortadan kalkmış bir akdi ifâyâ zorlamanın doğru olmayacağıdır. Bununla birlikte Hanefiler, hukuki işlemlerde istikrar ve güven ortamını da korumak için, akdin bağlayıcılığını ortadan kaldırarak

¹⁴⁰⁹ Bardakoğlu, "Fesih", *DİA*, XII, 431.

¹⁴¹⁰ Zerka, *el-Medhal*, I, 530; Apaydın, "Lüzum", *DİA*, XXVII, 262.

¹⁴¹¹ Bardakoğlu, "Fesih", *DİA*, XII, 431.

akdin feshini mümkün kılan zararın, akde bağlılıktan ayrılmayı haklı kılacak ölçüde ve fiili olması, ayrıca zararlar akde devam arasında kuvvetli bir bağ bulunması hususunda titizlik göstermişlerdir.¹⁴¹²

Akdin feshedilerek sona ermesinin sebeplerini, akdin bağlayıcı olmaması ve borcun îfâ edilmemesi başlıklarında ele alınabileceğini ifade ettik. Akdin bağlayıcı olmaması da ya aslen bağlayıcı iken birtakım sebeplerle bu bağlayıcılığını yitirmesi ile ya da tabiatı itibari ile aslen bağlayıcı olmaması şeklinde olur dedik. Buraya kadar aslen bağlayıcı iken bu bağlayıcılığını kaybetmesinin sebeplerini ifade ettik. Akdin tabiatı itibari ile bağlayıcı olmaması ise ya tek taraflı bağlayıcı olması ile ya da iki tarafı da bağlayıcı olmaması ile olur. Akdin sona erdirilmesi konusunu, başından beri iki tarafı da bağlayıcı olan akitler, tek tarafı bağlayıcı olan akitler ve iki tarafı da bağlayıcı olmayan akitler şeklinde tanzim ettiğimiz için o düzeni bozmamak adına şimdi burada önce akdin feshedilmesinin ikinci sebebi olan borcun îfâ edilmemesini zikredeceğiz sonra da tekrar birinci sebebin ikinci kısmı olan tabiatı gereği bağlayıcı olmayan akitlerin sona erdirilmesi konusuna döneceğiz.

3.3.3.1.2.2. Borcun İfa Edilmemesi

Akdin kendiliğinden sona ermesinin ya îfâ ve benzeri yollarla ya da akdin temel unsurlarındaki bir eksiklik sebebiyle doğuştan hükümsüz olması ile olacağını ifade etmiştik. Eğer akdin taraflara yüklemiş olduğu sorumluluk yani her bir tarafın karşı tarafa karşı yüklenmiş olduğu borç yerine getirilmezse bu, kendisine karşı borcun yerine getirilmediği tarafa akdi feshetme hakkı verir.

Yani akdin feshedilmesinin sebeplerinde biri de borcun îfâ edilmemesidir. Taraflardan birinin akitten doğan borcunu îfâ etmemesi diğer bir ifadeyle borca aykırılık; genelde îfânın imkansızlığı, borçlunun iflas ve ölümü, borçlunun kasten îfâ etmemesi veya kötü îfâda bulunması gibi birkaç şekilde kendini gösterir.

İfanın imkansızlığı irade dışı yani beklenmedik hal ve mücbir sebepten doğabileceği gibi taraflardan birinin veya üçüncü şahsın iradi olarak kusurundan da kaynaklanabilir. İfanın imkansızlığının akdi ne ölçüde ve nasıl etkileyeceği yani akdi münfesihi mi kılacağı yoksa feshi kabil mi yapacağı gibi hususlar hukukçular arasında

¹⁴¹² Apaydın, “Lüzum”, *DİA*, XXVII, 262; Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 432.

tartışmalı konulardır.¹⁴¹³Bedelin veya akit konusu mal veya hakkın durumu, imkansızlığa yol açan sebebin kabzdan önce veya sonra oluşu, kusurun taraflardan hangisine ait olduğu gibi hususlar ayrı ayrı açılardan ele alınır ve her farklı durum için farklı yorum ve çözümler getirilir.¹⁴¹⁴

Örneğin icare ve iare gibi süreli akitlerde sürenin dolması ile akit kendiliğinden sona ereceği için o akit infisaha uğramış kabul edilir. Satış akdinde akitten sonra fakat mebi teslimden önce akdin mahalli helak olsa akdin gereğini ifânın imkansızlığı olduğu için akit infisah etmiş olur.

Borçlunun ölümü de aslında ifânın imkansızlığını doğurmaktadır. Şirket, mudarebe, müzaraa, müsakaat ve Hanefilere göre icare akitlerinde taraflardan biri vefat edince akit infisaha uğramış sayılır. Fakat bu, satış akdinde mebi elde mevcut ise cereyan etmemektedir. Şöyle ki satış akdinde akitten sonra ve mebiin tesliminden önce satıcı vefat etse eğer o satılan şey terekede mevcutsa mirasçıların onu müşteriye teslim etmesi gerekir. Yani burada ifâ imkansız olmamaktadır.¹⁴¹⁵

Borcun ifânın imkansızlığının infisah mı yoksa fesih mi kabul edileceği hususunda, bunun iradi olup olmamasına bağlı olarak ifânın tamamen imkansızlığının infisah, kısmen imkansızlığının ise fesih sebebi teşkil ettiği genel bir yaklaşım olarak ifade edilebilirse de uygulamada birçok ihtimal ve görüş farklılıklarının bulunabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.¹⁴¹⁶

Akdin feshedilmesinin sebeplerinden biri olan borcun ifâ edilmemesi; genelde ifânın imkansızlığı, borçlunun iflas ve ölümü, borçlunun kasten ifâ etmemesi veya kötü ifâda bulunması sebeplerinden biri ile olmaktadır dedik. Ifânın imkansızlığı ise iradi veya gayr-i iradi ve tamamen veya kısmen imkansızlık şeklinde olabilmektedir. Ifada bulunacak borçlunun iflası ve ölümü de imkansızlık kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun alacaklıya mevcut borç ilişkisini feshetme hakkı verip vermediği hukukçular arasında tartışılmıştır. Fakihlerin çoğunluğuna göre, mesela müşteri – burada satın aldığı şeyi alma hakkına ve onun bedelini ödeme borcuna sahiptir.- mebi kabzedip de bedelini ödemediği iflas veya vefat etmişse ve satılan mal da satıldığı şekliyle bu şahsın

¹⁴¹³ Zerka, *el-Medhal*, I, 593.

¹⁴¹⁴ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,430.

¹⁴¹⁵ Zerka, *el-Medhal*, I, 595.

¹⁴¹⁶ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,430.

mal varlığı arasında mevcutsa satıcı konumunda olup ta bedeli alacaklıların, akdi feshederek bu malı geri alma hakkı olduğu gibi akdi feshetmeyerek diğer alacaklılar arasına katılma hakkı da vardır. Hanefiler ise alacaklının bu durumda akdi feshedemeyeceği, sadece diğer alacaklılar arasına katılabileceği görüşündedir. Malikiler, borcun ödeneceğinin ilgililerce taahhüt edilmesi halinde akdin feshedilemeyeceğini belirterek fesih hakkının kötüye kullanılmasını önlemek istemişlerdir.¹⁴¹⁷

Borçlunun kasten îfâda bulunmaması veya gereği gibi îfâda bulunmamasını ise tezimizin üçüncü bölümünün birinci başlığı olanakit yapma ve akdin diğer tarafını seçme hürriyeti ve bunu sınırlayan durumlar kapsamında mütemerrit borçlu ve müflisin durumu başlığı altında detaylı olarak anlattık.

Orada daha çok bu sebeplerle îfâda bulunmayan borçluya, karşı tarafın bizzat veya mahkeme kararı ile ne gibi müeyyideler uygulayabileceği ve bu sayede zorla da olsa borcu îfâ ettirip ettiremeyeceği ve bunun akit hürriyetini nasıl kısıtlayacağı hususunu dile getirdik. Burada ise bütün bu müeyyidelere rağmen borcun îfâ edilmemesi karşısında karşı tarafın bu sebebe istinaden akdi feshetme hakkının olup olmadığını ifade etmekteyiz.

Borçlunun iradi olarak borcunu kasten îfâ etmemesi halinde, İslam hukukunda ilk planda akdin feshinden ziyade akit bağının devam ettirilip alacaklı için îfâyı talep hakkı, tazmînât ve hapis hakkı tanınmasına ağırlık verilmiş, hakimin kusurlu olarak îfâya yanaşmayan tarafa hacir, tazmînât ve hapis gibi müeyyideler uygulayabileceği belirtilmiş, akdin feshi imkanı ise oldukça daraltılmıştır. Bunun temelinde akitleri mümkün olduğu ölçüde geçerli kılma, borçluyu îfâya zorlayacak bütün yolları deneme ve fesih hakkının kötüye kullanılmasını önleme düşüncesinin yattığı söylenebilir.¹⁴¹⁸

İslam hukukçularının borçlunun temerrüdü halinde akdin feshinden ziyade borçlunun îfâya zorlanmasına ağırlık vermeleri, belli amaçlara yönelik bir tedbir mahiyetinde olduğundan bu durumda nihai bir çözüm olarak yargı yoluyla akdin feshi, yapılan ve karşılıksız kalan ödemenin geri alınması yoluna gidilmesi de İslam hukukunun genel prensip ve amaçlarına uygunluk gösterir. Zira haksız zararın

¹⁴¹⁷ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,430.

¹⁴¹⁸ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,431.

önlenmesi veya giderilmesi genel bir ilke olduğu gibi zarara zararla mukabelede bulunmamak ta bir temel ilkedir. İnsanlar akitleri, elde etmek istedikleri bir fayda için yaparlar ve bu akit sebebiyle de bir zarara uğramak istemezler. İslam hukuku da insanların zararına olan bir şeyi onlardan def etmek istediği için bir akit neticesinde taraflardan biri borcunu îfâ ederken diğerinin bu îfâda bulunmaması karşı tarafa bir zarar olacağı için bunun telafisi mutlaka olmalıdır. Bu da az önce ifade ettiğimiz gibi hukukun sağlamış olduğu diğer tüm yollar kullanılarak önce o şahıs îfâyâ zorlanır ama buna rağmen hala îfâda bulunmazsa o zaman da karşı taraf mahkeme yolu ile akdin feshini sağlar.

Akde konu teşkil eden mal ve hizmette ortaya çıkan eksiklik, kusur ve ayıp bir yönüyle kötü îfâ veya borcun îfâ edilmemesi kapsamında görülerek, özellikle misli borçlarda alacaklıya fesih hakkı değil sadece borçluyu gerektiği şekilde îfâyâ zorlama hakkı tanınması mümkündür. Ancak bu mesele İslam hukukunda genelde akit konusunu teşkil eden kıyemi malların ayıplı çıkması şeklinde ele alınmış olup bu durumda akde rızanın sakatlandığı ve ayıptan zarar gören tarafın başlangıçtan itibaren rızasının yok farzedilmesi gerektiği ölçü alındığından bu kimseye ayıp sebebiyle akdi feshetme hakkı tanınmıştır.¹⁴¹⁹ Yani bu durum bir açıdan îfânın gereği gibi olmayıp kötü îfâ kapsamında değerlendirilerek borçluyu gerektiği gibi îfâyâ zorlamak, fesih hakkını ikinci planda tutmak şeklinde değerlendirilebileceği gibi diğer bir açıdan ise ayıp muhayyerliği kullanılarak akdin feshedilebileceği ön planda tutulmuştur. Bu iki farklı yaklaşımda akde konu olan şeyin misli veya kıyemi oluşu dikkate alınarak farklı sonuçlar benimsenmiştir.

Akdin feshedilmesinin sebeplerinin ikincisi olan borcun îfâ edilmemesi; îfânın imkansızlığı, borçlunun iflas veya ölümü, borçlunun kasten îfâ etmemesi veya kötü îfâda bulunması sebeplerinden birinin var olması farklı derecelerde ve farklı akitlerde de olsa karşı tarafa akdi feshetme hakkı vermektedir.

Akdin feshedilmesinin en başlıca sebebi gayr-ı lâzım oluşu yani bağlayıcı olmaması idi. Bu ise ya aslen bağlayıcı iken bir takım sebeplerle bu bağlayıcılığını yitirmekle ya da tabiatı gereği baştan bağlayıcı olmamakla olur. Yani her iki taraf için de bağlayıcı olmayıp ya sadece tek tarafı bağlayıcıdır ya da her iki taraf için de

¹⁴¹⁹ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,431.

bağlayıcı değildir. Bundan önce, aslen bağlayıcı iken bir takım sebeplerle bu özelliğini kaybederek feshe açık hale gelme durumlarını ve akdin feshedilmesinin ikinci sebebi olan borcun îfâ edilmemesini gördük şimdi ise tabiatı gereği bağlayıcı olmadığı için feshe açık olma durumlarını göreceğiz.

3.3.3.2. Tek Tarafı Bağlayıcı Olan Akitler

Akitlerin tek veya iki taraflı olarak bağlayıcı olması, hukuk doktrinde akitlerin lâzım/bağlayıcı ve gayr-i lâzım/bağlayıcı olmayan şeklinde ikili ayrıma tabi tutulduğunu söyledik. Bu ayrım akitlerin tabiatının bunu gerektirmesinden kaynaklanır. Lâzım akitler iki taraf için de bağlayıcılık taşıdığından ancak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla - ki buna ikale denir.- veya haklı bir sebebin varlığı halinde tek taraflı irade ile - yani fesih ile- sona erdirilebilir.¹⁴²⁰

Bağlayıcılık açısından yapılan taksimin temel kriteri, akdin her iki tarafa borç yükleyici olup olmaması ve bedeller arası dengedir. Yapısı gereği karşılıklı borç yüklemeyen, dolayısıyla bedeller arası dengenin gözetilmesi sorununun ortaya çıkmadığı akitler amaç ve yapı itibarıyla bağlayıcı olmayan akitler grubunda yer alır. Burada akdin bağlayıcı olmaması doğrudan akdin yapısından kaynaklanan bir durumdur. Bağlayıcı olmama durumunun genellikle sabit bir nitelik olduğu akit, gayr-i lâzım akit veya caiz akit olarak adlandırılır. Bu tür akitlerde taraflardan biri veya her ikisi karşı tarafın rızası aranmaksızın akdi feshederek akit rabitasını tek taraflı iradesiyle kaldırabilir.¹⁴²¹

Buna göre gayr-i lâzım akitlerin en başta gelen özelliği, taraflardan birisine sorumluluk getirirken karşı tarafa her hangi bir sorumluluk yüklemeyip sadece hak kazandırmasıdır. Bu sebeple de akit kendisi için bağlayıcı olmayan taraf, akdin karşı tarafının rızasını almaksızın tek taraflı irade ile feshedebilmesidir.¹⁴²² Bağlayıcı olmayan akitlerde feshin geriye dönük bir tesiri bulunmamaktadır.¹⁴²³

¹⁴²⁰ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII,430.

¹⁴²¹ Apaydın, Lüzum”, *DİA*, XXVII, 261.

¹⁴²² Özdirek, 189.

¹⁴²³ Senhûrî, *Mesadiru'l Hak*, IV, 198.

Gayr-ı lâzım akitleri çağdaş İslam hukukçularından Muhammed Ebu Zehre Vekâlet, teberru akitleri ve şirket akitleri,¹⁴²⁴ Senhûrî ise iki tarafı da bağlamayanları Vekâlet, şirket, hibe, vedia ve ariyet akitleri, tek tarafı bağlayıcı olanları ise rehin ve kefâlet akitleri olarak örneklendirir.¹⁴²⁵

Zerka ise bağlayıcı olmayan akitler kapsamında dokuz akit bulunduğunu belirtir ve bunları bağlayıcı olmama durumunun mutlak veya mukayyet asli veya istisnai oluşuna göre üçe ayırır.¹⁴²⁶

Biz de Zerka'nın tasnifini daha detaylı bulduğumuz için bunu tercih ederek konuyu detaylandıracağız.

Yapısı gereği akdin başından beri taraflardan yalnız biri için sorumluluk yükleyen ve bu sebeple o taraf için bağlayıcı olan, diğer taraf için ise her hangi bir sorumluluk yüklemeyip sadece bir hakkın talibi olduğu akitlerin örneği rehin ve kefâlettir. Rehın, rehin verene, kefâlet de kefile nispetle bağlayıcıdır. Bunlar asıl itibariyle bağlayıcı olmamakla birlikte bazı durumlarda bağlayıcı olabilen akitlerdir.

3.3.3.2.1. Rehın

Rehin, bir malın bir alacağa karşılık ayni teminat olmasını sağlayan akit ve bu akde konu olan mal anlamında fıkıh terimidir. Yani bir alacak karşılığında teminat işlevi görmek ve gerektiğinde bedelinden bu hakkı tahsil etmek üzere bir malın alacaklı tarafından alıkonulmasını sağlayan akdi veya teminat işlevi gören malı ifade eder. Borçlunun borcunu zamanında ve eksiksiz olarak îfâ etmemesi tehlikesine karşı alacaklıya tanınan garantiler kapsamındadır.¹⁴²⁷

Rehin akdi sadeceîcâbve kabul ile tamam olmaz ve bağlayıcı hale gelmez. Bu sebeple rahin henüz rehini teslim etmemişse akitten dönebilir. Fakat rehin verilen şey teslim edilmişse artık rehin veren açısından bu akit bağlayıcıdır. İmam Malik'e göre rehın, kabz ile tamam olur fakat akitîcâbkabul ile lâzım hale geldiği için rahin bunu feshedemez.¹⁴²⁸

¹⁴²⁴ Apaydın, Lüzum", *DİA*, XXVII, 261.

¹⁴²⁵ Senhûrî, *Mesadiru'l Hak*, IV, 198.

¹⁴²⁶ Zerka, *el-Medhal*, I, 524-533.

¹⁴²⁷ Hafif, 549; Halit Çalış - Hasan Hacak, "Rehin", *DİA*, XXXIV, 538 .

¹⁴²⁸ Hafif, 552; Zerka, *el-Medhal*, I, 526.

Fakat mürtehin açısından bağlayıcı bir akit olmadığından onun tek tarafı olarak rehini feshetmesi ile akdi sona erer. Mürtehinin rehini sahibine -ödünç kastıyla da olsa- teslim etmesi Şafiiler'in dışındaki çoğunluğa göre rehin akdini sona erdiren başka bir sebeptir.¹⁴²⁹

3.3.3.2.2. Kefâlet

Kefâlet bir hakkın güvenceye bağlanması amacıyla bir kimsenin, asıl borçlunun alacaklı karşısındaki sorumluluğuna katılması veya birinin teslimini üstlenmesi anlamında fıkıh terimidir.¹⁴³⁰

Daha teknik bir tanımla kefâlet, bir borç veya muayyen mal yahut şahıs dolayısıyla sorumlu tutulma konusunda bir zimmete başka bir zimmetin eklenmesidir. Kefil olan kişi asıl borçlu üzerindeki hakkın yani alacaklının alacağının ödenmesini garanti etmekte ve bunu üstlenmektedir.¹⁴³¹

Kefâlet akdi kefil açısından bağlayıcıdır. Dolayısıyla lehine kefâlette bulunan kişi yani alacaklı kimse razı olmadıkça kefil bu akdi feshedemez. Ancak kefâlet bir zamana veya bir şarta bağlı olarak kurulmuşsa o zaman gelmeden veya o şart gerçekleşmeden yani henüz kefil için bir borç doğmadan önce kefil bu akdi feshedebilir. Fakat borç doğduktan sonra artık tek tarafı olarak feshedemez.

Kefâlet akdi kefil için bağlayıcı olmakla birlikte mekfulün leh yani lehine kefâlette bulunan alacaklı açısından bağlayıcı değildir. O istediği zaman akdi feshedebilir. Çünkü bu akit ile ona yüklenen her hangi bir sorumluluk olmayıp sadece alacağını asıl borçlu ile birlikte ona kefil olan kimseden de isteme hakkına sahiptir. Kişi sahip olduğu bir haktan vazgeçme hürriyetine sahiptir.¹⁴³²

Başlangıçta bağlayıcı olmamakla birlikte daha sonra tek tarafı bağlayıcı olan akitler ise şunlardır; Vekâlet, tahkim, vasiyet ve hibe. Bunlar prensip itibarıyla bağlayıcı olmamakla birlikte belli durumlarda özellikle de bir hakkın ihlali ihtimali ortaya çıktığında bağlayıcılık kazanırlar.

¹⁴²⁹ Çalış - Hacak, "Rehin", *DİA*, XXXIV, 541.

¹⁴³⁰ H.Yunus Apaydın, "Kefalet", *DİA*, c.25, s. 168.

¹⁴³¹ Hafif, 560.

¹⁴³² Hafif, 563; Zerka, *el-Medhal*, I, 526.

3.3.3.2.3. Vekâlet

Vekâlet akdi; bir kimsenin yetkisi dahilindeki malum bir tasarruf hakkında başka birine kendi adına tasarrufta bulunma yetkisi vermesinden ibaret olan Vekâlet akdinde taraflar yani hem vekil hem de müvekkil kural olarak istedikleri zaman Vekâlet akdini feshetme hakkına sahiptirler.¹⁴³³ Fesih ve azil hakkının tek istisnası Vekâlet akdine üçüncü şahısların hakkının ilişmesidir. Vekâlet bağlayıcı olmadığı için bu akitte şart muhayyerliği de yoktur. Ancak Vekâletin ücret mukabilinde olması halinde icare akdine dönüşerek bağlayıcı olacağı yönünde görüşler öne sürülmektedir.¹⁴³⁴

3.3.3.2.4. Tahkim

Tahkim akdi, aralarında hukukî ihtilâf bulunan kişilerin bu ihtilâfı çözüme bağlaması için üçüncü kişiyi hakem tayin etmesi ve bu hususta yaptıkları sözleşme anlamında fıkıh terimidir. Tahkim işleminde de taraflar hakemin hüküm vermesinden önce işlemi feshedebilirler, fakat hükmün verilmesinden sonra işlem bağlayıcılık kazanmış olur.¹⁴³⁵

Taraflar, delillerini getirip hakemin huzurunda davalaşmaya başlamakla birlikte hakem henüz kararını açıklamamışsa Hanefiler, Şâfiîler'in bir kısmı ve Ahmed b. Hanbel'den nakledilen bir görüşe göre tahkîmden vazgeçebilir; Mâlikîler'in çoğunluğu, bazı Şâfiîler ve Ahmed b. Hanbel'den nakledilen diğer bir görüşe göre ise vazgeçemez.¹⁴³⁶

3.3.3.2.5. Vasiyet

Vasiyet, kişinin malını ölüm sonrasına bağlayarak bir şahsa veya hayır ciheti ne teberru yoluyla temlik etmesini ifade eder.

Vasiyet, tek taraflı iradeyle tesis edilen bir hukuki işlem olup vasiyin ölmeden önce bundan vazgeçmesi mümkündür. Vasiyet, vasiyet edenin ölümüyle birlikte

¹⁴³³ Hafif, 338; Zerka, *el-Medhal*, I, 527.

¹⁴³⁴ Hafif, 343, 353; Apaydın, "Lüzum", *DİA*, XXVII, 261.

¹⁴³⁵ Zerka, *el-Medhal*, I, 528.

¹⁴³⁶ Mustafa Yıldırım, "Tahkim" *DİA*, XXXIX, 411.

terekenin üçte biri açısından bağlayıcı olur. Varislerin bunu yok sayma hakları yoktur.¹⁴³⁷

Hukukî vasfı bakımından vasiyet, vasiyet eden açısından bağlayıcı nitelikte olmayan bir tasarruf olduğundan vasiyet eden hayatta iken dilerse vasiyetini değiştirebilir veya vazgeçebilir. Vasiyet edenin ölümünden sonra vasiyet bağlayıcı hale gelir ve tayin edilmişse vasiye, edilmemişse geride kalan akrabalara vasiyetin gereğini yerine getirmek vâcib olur.¹⁴³⁸

3.3.3.2.6. Hibe

Hibe, her ne kadar bazı alimler sadece hibe edenin irade beyanı ile kurulur deseler de cumhura göre hibe ancak karşı tarafın bunu kabul etmesi ile kurulmuş olur.¹⁴³⁹

Fakihlerin çoğunluğuna göre hibe edilen mâlî câbve kabul ile bağışlayanın mülkiyetinden çıkmaz, bağışlayanın bu malı teslim yükümlülüğü ve kendisine bir şey bağışlananın da talep hakkı doğmaz. Kabz öncesi bağışlayan isterse hibesinden ahlaken doğru olmasa bile hukuken rücu edebilir. Ancak kabızdan sonra hibe tamam olur veya bağlayıcılık kazanır, bağışlanan malın mülkiyeti karşı tarafa geçer. Hanefî, Şafîi, Hanbelî ve Caferî mezheplerinin görüşü böyledir. Yani bu görüş sahipleri hibenin ancak teslim ve kabz ile hüküm doğuracağını ifade ederler. Ancak bu grubu teşkil eden fakihler de kabzın hibe akdinin tamamlanmasında veya bağlayıcılık kazanmasındaki rolü konusunda farklı görüşlere sahiptir. Hibede kabzı gerekli gören fakihlerin çoğunluğu bunu akdin lüzum şartı, Hanefîler ise tamamlanma şartı olarak nitelendirmektedirler.¹⁴⁴⁰ Çünkü Hanefîlere göre hibe esasen gayri lâzım bir akit sayıldığından kabz akdin lüzum değil tamamlanma şartı olarak kabul edilmiştir. Nitekim Mecelle'de "Teberru ancak kabz ile tamam olur" genel kuralının yanı sıra, "Hibe, icâbve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur" hükmü ve hibede kabzın satım akdindeki kabulün işlevini gördüğü ifadesi yer almıştır.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁷ Zerka, *el-Medhal*, I, 528.

¹⁴³⁸ Arı Abdüsselam, "Vasiyet" *DİA*, XXXXII, 553.

¹⁴³⁹ Hafif, 246.

¹⁴⁴⁰ Ali Bardakoğlu, "Hibe" *DİA*, XVII, 423.

¹⁴⁴¹ Mecelle, md, 57, 837, 841.

Aralarında ayrıntı sayılabilecek bazı görüş farklılıkları bulunmakla birlikte Zahirî ve Malikîlere göre ise ilke olarak hibede kabz şart değildir, icâbve kabulden sonra akit bağlayıcı olur ve bağışlanan malın mülkiyeti karşı tarafa geçer.¹⁴⁴²

Hibenin icâbve kabulle kesinleştiği ve bağlayıcılık kazandığı görüşünü benimseyen Malikîlerde meşhur görüşe ve Zahirîlere göre bağışlayanın icâbve kabulden sonra akit taraflar için bağlayıcı hale gelmiştir dolayısıyla artık geri dönemezler. Hatta bağışlayanın icâbve kabulden sonra ölmesi sonucu etkilemez, mirasçıları akdin gereğini yerine getirmek mecbûriyetindedirler.

Fakat fakihlerin çoğunluğuna göre kabz, hibenin vücut bulması için değilse de Hanefîlere göre tamam olması diğer mezheplere göre ise lâzım olması için şart olduğundan kabzdan önce bağışlayan veya bağışlanandan birinin ölümü halinde hibenin batıl olacağı ifade edilmiştir.¹⁴⁴³ Buna göre bağışlayanın kabzdan önce ölmesi halinde bağışlanan mal mirasçılarına intikal eder.¹⁴⁴⁴

Bağışlayanın, kabz öncesinde akdin henüz tamamlanmamış olması sebebiyle hibeden dönebileceği açıktır.¹⁴⁴⁵ Fakat hibede bulunanın yaptığı bu hibeden kabzdan sonra dönüp dönemeyeceği veya hangi şartlarda dönebileceği hususu hukukçular arasında hayli tartışmalıdır.

Hanefîlere ve Zeydilere göre bağışlayanın hibesinden dönebilmesi asıldır, ancak dönmesine engel durumlar olmayacak ve kendi başına tek taraflı irade ile değil ya bağışlananın rızasıyla ya da hakimın hükmüyle hibesinden dönebilir.¹⁴⁴⁶ Hanefîlerin hibeden dönmeye engel olarak gördükleri sebepler şunlardır; kan ve sıhriyet hısımlığı, hibeye karşılık bir ivaz alınması, bağışlanan malda ayrılmaz bir ziyade olması, bağışlanan malın bağışlananın mülkiyetinden çıkması, bağışlanan malın helak olması veya tüketilmesi, taraflardan birinin ölümü, hibenin hayır ve sevap amacıyla yapılması ve hibenin borcun ibrası şeklinde yapılmasıdır.¹⁴⁴⁷

Hanefîlerin, hibeyi kabz sonrasında da kural olarak gayri lâzım bir akit sayıp ancak belirli durumlarda bağışlayanın hibeden rücu edemeyeceğini söylemeleri, hukuki

¹⁴⁴² Bardakoğlu, "Hibe" *DİA*, XVII, 423.

¹⁴⁴³ Mecelle, md, 849.

¹⁴⁴⁴ Bardakoğlu, "Hibe" *DİA*, XVII, 425.

¹⁴⁴⁵ Mecelle, md, 862-863.

¹⁴⁴⁶ Zerka, *el-Medhal*, I, 528.

¹⁴⁴⁷ Mecelle, md, 866-874.

müeyyide uğruna kişilerin irade ve mülkiyet haklarını sınırlandırmayı uygun görmeyişlerinden ve başkalarının hukukunu ihlal etmediği sürece bu ilkeyi teberra akitlerinde daha da öncelikli olarak uygulamalarından, ayrıca bu konuda hakim denetimini yeterli görmelerinden kaynaklanıyor olmalıdır.

Maliki, Şafii, Hanbeli ve Zahirî mezhepleri ise tamamlanmış hibenin bağışlayan açısından bağlayıcılık kazandığı, anne- babanın veya sadece babanın çocuğuna hibesi hariç hibede bulunanın hibesinden dönemeyeceği görüşündedirler.¹⁴⁴⁸

Zerka'ya göre bağlayıcı olmayan akitlerin diğer bir türü de esas itibarıyla bağlayıcı olmakla birlikte bazı özel durumlarda yapısından kaynaklanan sebeplerle bağlayıcı olmayan akitlerdir. Bunlar icare ve müzaraadır. Bunlar aslen bağlayıcı olmakla birlikte daha çok beklenmeyen hal ve mazeret kapsamına giren belli durumlarda bağlayıcı olmaktan çıkar. Biz bunu daha önce akdin mazeret sebebiyle bağlayıcılığını kaybetmesi başlığı altında incelediğimiz için burada tekrar ayrıntısına girmiyoruz.

3.3.3.3. İki Tarafı da Bağlayıcı Olmayan Akitler

Akdin meydana gelebilmesi için her iki tarafın da rızası gerekmekte birlikte akdin her iki tarafı için de mutlak olarak bağlayıcı olmayan akitler, taraflardan her hangi birisinin akdi fesh etmesi ile sona ermiş olur. Bunlar; vedia, ariyet, şirket ve mudarebe akitleridir. Bunlar kural olarak iki taraf için de bağlayıcı sayılmayan akitlerdir. Taraflardan hiçbirisi için bağlayıcı olmayan akitler karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın tek taraflı iradeyle feshedilebilen akitlerdir.

Bu akitlerin bağlayıcı olmama sonucunu doğuran ortak özelliği emanet esasına göre kurulmalarıdır.

3.3.3.3.1. Vedia

Vedia bir kimseye koruması için bırakılan malı ve bu hukuki işlemi ifade eden bir hukuk terimidir.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁸ Bardakoğlu, "Hibe" *DİA*, XVII, 425.

¹⁴⁴⁹ Hafif, 547.

Vedia akdi her iki taraf için de bağlayıcı olmadığı için karşılıklı rıza ile veya tek taraflı fesihle sona erer. Yani taraflardan her birinin fesih hakkı vardır.¹⁴⁵⁰

Ayrıca taraflardan birinin ölümü veya akit ehliyetini kaybetmesi, vedianın mülkiyetinin başkasına intikali gibi sebepler de vedia akdini sonlandırır. Şafii ve Hanbelî hukukçuları, kendisine emanet verilen kişinin tazmîni gerektiren kusurlu davranışı ile de vedia akdinin bozulacağını söylerken Hanefî ve Maliki hukukçuları bu durumda akdin sona ermeyeceği, sadece kendisine emanet verilen kişinin bu davranışıyla tazmînle yükümlü tutulacağı görüşündedir. Bütün İslam hukukçularına göre emanet veren kişinin istemesi halinde vedianın iade edilmesi zorunludur. Çünkü emanet veren kişinin malını talep etmesiyle akit bozulmuş ve malını geri alma hakkı doğmuştur.¹⁴⁵¹

Mahiyeti gereği vedia akdi normalde ücretsiz yapılan ve yardım etme gayesi bulunan bir akit olması hasebi ile her iki taraf için de bağlayıcı değildir dedik. Fakat eğer bu iş bir ücret mukabilinde yapılmışsa artık bu icare akdinin hükmünü alır ki bu da lâzım akitlerdendir. Onun bu lâzım oluşunu kaldıran bir sebep olmadıkça tek taraflı olarak fesih hakkı yoktur.¹⁴⁵²

3.3.3.3.2. Ariyet

Bir fıkıh terimi olarak ariyet Hanefî ve Malikilere göre, dönülmesi kabil olmak üzere menfaati karşılıksız olarak başkasına temlik edilen maldır. Şafii ve Hanbelîlere göre ise menfaat mülkiyeti değil, intîfâ hakkı devredilen maldır.¹⁴⁵³ Yani ariyet mülkiyet ifade etmez, sadece ibaha ifade eder. İkisi arasındaki fark, birinci tarife göre ariyet alan kimsenin bunu başkasına iare hakkının bulunması, ikinciye göre ise böyle bir hakkının bulunmayıp sadece kullanım hakkının mevcut olmasıdır.¹⁴⁵⁴

Hanefiler iarede malın kendisinin/aynının değil menfaatinin temlik edildiğini ve gayri lâzım bir akit olduğunu göz önüne alarak her zaman dönülebilir imkanının olması hasebi ile bunu ariyet veren bakımından tamamen aleyhte bir muamele kabul etmemişlerdir.

¹⁴⁵⁰ Zerka, *el-Medhal*, I, 525.

¹⁴⁵¹ Mustafa Yıldırım, “Vedia” *DİA*, XXXXII, 598.

¹⁴⁵² Zerka, *el-Medhal*, I, 525.

¹⁴⁵³ Beşir Gözübenli, “Ariyet” *DİA*, III, 379.

¹⁴⁵⁴ Hafif, 542.

Ariyet belli bir süreliğine verilmiş de olabilir süresiz de olabilir. Muvakkat ariyet sürenin dolmasıyla iade edilir. Süre dolmadan ariyet veren kişi bunu bozmak isterse ariyet alan kişiye bir zararı yoksa o anda bozulmuş olur, fakat bu bozma karşı tarafa zarar verecek mahiyette ise o takdirde süre dolana kadar ecr-i misille onun elinde bırakılır. Ariyet veren bu zarara rağmen sürenin bitmesini ecr-i misille de olsa beklemezse o zararı tazmîn etmekle mükelleftir. Süre belirlenmeyen ariyet ise ariyet verenin geri istemesi veya alanın iade etmesiyle sona erer. Çünkü ariyet akdi her iki taraf için de bağlayıcı olmayan bir akittir.¹⁴⁵⁵ Bunun dışında taraflardan birinin ölümüyle de ariyet akdi son bulur.¹⁴⁵⁶ Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre ölüm ariyetin sona ermesi için bir sebep değildir.¹⁴⁵⁷

3.3.3.3. Şirket

Şirket terim olarak iki veya daha çok kişinin sermaye, emek yahut itibarlarını birleştirerek meydana getirdikleri ortaklığı - ki bu, akit şirkettir- ifade ettiği gibi bir mal, hak veya menfaate müştereken malik olmayı da ifade eder bu ise mülkiyet şirkettir.¹⁴⁵⁸

Bizim buradaki konumuz akit şirketleridir. Sermayelerini, güçlerini veya itibarlarını ortaya koyarak belli bir iş yapmak ve kazanacakları kârı da anlaştıkları şekilde pay etmek üzere anlaşılan iki veya daha fazla kimsenin yapmış oldukları ortaklığa akit şirketleri denir. Bunlar da emval/sermaye ortaklığı, amel/çalışma ortaklığı ve vücut/kredi ortaklığı diye üçe ayrılır ve bunların her biri de sermaye ve kârda eşitlik olursa mufavada, eşitlik olmazsa inan diye iki şekilde olabilir.¹⁴⁵⁹

Bu bölümün birinci başlığının altında ortak malda tasarruf konusunu işlerken bunlara değinmiştik. Burada ise bu şirket türlerinde ortaklardan yani akdin taraflarından birinin bu akdi sonlandırma hakkının olup olmadığını ifade etmeye çalışacağız.

Bu ortaklık türlerinden hangisi olursa olsun hepsinde de ortaklar bir birlerinin vekili konumundadırlar. Her ortak bu ortaklığı feshetme hakkına sahiptir. Çünkü bu gayr-ı lâzım bir akittir. Ortaklardan birinin bu akdi inkar etmesi ile de akit feshedilmiş

¹⁴⁵⁵ Hafif, 545; Zerka, *el-Medhal*, I, 526.

¹⁴⁵⁶ Mecelle, md, 807.

¹⁴⁵⁷ Gözübenli, “Ariyet” *DİA*, III, 380.

¹⁴⁵⁸ Hafif, 578.

¹⁴⁵⁹ Sâbûnî, II, 10-11.

olur. Ancak her halükarda feshin geçerli olabilmesi için karşı tarafın bilgilendirilmesi gerekir.¹⁴⁶⁰

3.3.3.3.4. Mudarebe

Bir tür şirket olan mudarebe, kar paylaşımı esasına dayanan emek-sermaye ortaklığı anlamında İslam hukuku terimidir. Daha teknik bir tanımla mudarebe, sermaye bir taraftan, çalışma diğer taraftan olmak şartı ile tarafların kar ortaklığı üzerine kurulan bir akitir.¹⁴⁶¹

Hanefi, Şafii ve Hanbeliler'e göre mudarebe iki taraf açısından gayri lâzım bir akitir. Malikiler'e göre mudaribin/işçinin çalışmaya başlamasından önce böyle olmakla beraber sermayeyi işletmeye koyulmasıyla birlikte akit bağlayıcı bir özellik kazanır.¹⁴⁶²

Feshin ne zaman geçerli olacağı hakkında iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bazı Hanefilerle Hanbelilere göre feshin hüküm doğurması diğer tarafın bunu öğrenmesine bağlıdır. Cumhur, feshin geçerli hale gelmesi için ayrıca sermayenin nakit halde bulunması gerektiği kanaatindedir. Aksi takdirde hesapların tasfiyesi için malın paraya dönüşmesine kadar beklenir. Bu durumda işleticinin mudarebe malını -sermayedar karşı çıksa dahi- nakde çevirme hakkı vardır.¹⁴⁶³ Şafiiler feshi diğer tarafın öğrenmiş olmasını şart koşmazlar.¹⁴⁶⁴

Cengiz Kallek, İslam Ansiklopedisi mudarebe Maddesinde, mudarebenin gayr-ı lâzım bir akit olması münasebeti ile her iki tarafın da tek yönlü iradesiyle feshini, güncel planlı yatırım mantalitesine aykırı olup mudarebeye asgari süre sınırlaması getirilmesi uygun görünmektedir değerlendirmesini yaparak sanki Malikilerin işletmeci ortağın sermayeyi işletmeye koyulmasıyla birlikte akit bağlayıcıdır hükmüne yaklaşmış olmaktadır. Yani bu akit kurulurken tarafların elde etmek istedikleri menfaatin zayı olmaması için ve tarafların bu akitten dolayı bir zarara uğramamaları için böyle bir tedbir düşünülmektedir.

¹⁴⁶⁰ Zerka, *el-Medhal*, I, 526; Mecelle, md, 1353.

¹⁴⁶¹ Hafif, 583; Mecelle, md, 1404.

¹⁴⁶² Cengiz Kallek, "Mudarebe" *DİA*, XXX, 362.

¹⁴⁶³ Mecelle, md, 1424.

¹⁴⁶⁴ Kallek, "Mudarebe" *DİA*, XXX, 363.

Tezimizin üçüncü bölümü olan akit hürriyetinin kısımlarının üçüncü alt başlığı akdi tanzim/ düzenleme hürriyeti idi. Bu da akdin konusunu/türünü seçme hürriyeti, akdin konusunu düzenleme/değiştirme hürriyeti ve akdin konusunu ortadan kaldırma hürriyeti alt başlıklarından oluşmakta idi.

Bu son alt başlık altında konuyu akdin lâzım olup olmamasına göre iki tarafı da bağlayıcı olan akitler, tek tarafı bağlayıcı olan akitler ve iki tarafı da bağlayıcı olmayan akitler şeklinde ele aldık. Bunu da önce lâzım olup her iki tarafı da bağlayıcı olan akitlerde tarafların tek yönlü iradeleri ile akdi sonlandırma haklarının olmadığını, bunun ya iki tarafın ortak iradesi ile yani ikale yolu ile olabileceğini ya da bağlayıcılığı kaldırان sebeplerden birinin olması ile mümkün olacağını ifade ettik. Sonra da lâzım olmayan yani tek tarafı bağlayıcı olan veya her iki tarafı da bağlayıcı olmayan akitlerde tarafların, tek yönlü iradeleri ile akdi sonlandırma haklarının olduğunu ifade ettik.

Her bir başlık altında konunun detaylı olarak anlatılması esnasında ifade edildiği gibi farklı yaklaşımlar olmakla birlikte genel olarak şunu ifade edebiliriz ki insanlar, her hangi bir akdi ihtiyaç duydukları bir menfaati temin için yaparlar. İnsanlar yaptıkları bu akit ile elde etmek istedikleri o menfaati elde edemeyeceklerini düşündükleri an veya o akit, elde edecekleri o menfaatten daha büyük bir zarara sebep oluyorsa ya da akit yapıldıktan sonra başta göremedikleri ciddi bir zorlukla karşılaşılırsa o takdirde bu akdi sonlandırma hakları vardır. Bu, akdin yapısına göre ya karşılıklı rıza veya tek yönlü irade ile olur. Eğer akit her iki tarafa da haklar yanında sorumluluklar da yüklüyorsa bu, her iki taraf için de lâzım/bağlayıcıdır ve her iki tarafın da ortak rızası ile son bulur. Yerinde de gördüğümüz gibi akdin bu bağlayıcılığını kaldırان ve taraflara tek yönlü akdi feshetme hakkı veren birçok sebep vardır. Yok eğer sadece bir tarafa bir takım haklar verip de borç/sorumluluk yüklemiyorsa bunda da sorumlu olan taraf için fesih hakkı olmamakla birlikte diğer taraf için bu hak vardır ve o taraf, bu hakkını kullanarak akdi tek yönlü iradesi ile sonlandırır.

Her halükarda akdin tarafları hür iradeleri ile o akdi kurma hakkına sahip oldukları gibi aynı şekilde kurdukları o akdi de sonlandırma hakkına da sahiptirler.

SONUÇ

Akit yapmanın temelinde insanın ihtiyaçları vardır. İnsan ihtiyaçlarının bir kısmını bizzat kendisi çalışarak kendi el emeği ile giderirken diğer birçok ihtiyacını giderebilmek için diğer insanlara muhtaçtır. Zira insanın farklı derecelerde ve imkanlarla yaratılmış olması, birçok ihtiyacının var olması ve sosyal bir varlık olması gibi sebeplerle her bir fert diğer insanlarla ilişki kurmak zorundadır. Buna göre insanların ihtiyaçlarını giderebilmek ve elde etmek istedikleri bir menfaati temin edebilmek için en az iki iradenin karşılıklı olarak ve anlaşarak bir konuda ittifak etmeleri gerekir. Bu ilişki biçimi insanlar için hem doğal bir hak hem de bir zorunluluktur.

Hukuka konu olan beşerî ilişkilerde borçlar hukuku alana giren konular büyük önem arz etmektedir. Bunlar zaman içerisinde insanların ihtiyaçları doğrultusunda gelişerek ve çeşitlenerek artmış ve insanlar bunlara belli bir isim, şekil, içerik ve sınır belirlemişlerdir. İhtiyaçların giderilmesi için var olan bu ilişkiler, bir taraftan bir menfaati temin ederken diğer taraftan bir zarara sebep olmaması için hukuk sistemleri bunlara belli bir çerçeve çizmiştir. Diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da insanların birbirleri ile olan münasebetlerini düzenlerken ihtiyaçların giderilmesini hedeflemekle birlikte bunu insanların birbirlerine zarar vermeden yapmalarını gaye edinmiştir.

Hukuk insanın iradî eylemlerine değer atfeder ve onun bu davranışı onu hukuk nezdinde sorumlu kılar. Tabii insanın iradî tasarruflarının hukuken geçerliliği iradesini herhangi bir engellemeye maruz kalmaksızın kullanmasına bağlıdır. Bunun için de öncelikli olarak onun irade hürriyetinin ve tam vücup ehliyetinin var olması gerekir. Bu sebeple İslam hukuku her bir insan için irade hürriyetinin varlığını asli bir hak olarak benimser, dini ve hukuki anlamdaki bütün sorumlulukları da bu hak üzerine inşa eder. Bu ise ancak insanın, ehliyet ve iradesini sakatlayan irade dışı/semavi sebepler ile iradeye bağlı/müktesep sebeplerden arınmış olması ile mümkündür.

İslam hukukunun değerler hiyerarşisinde en üst derecede olan ve her bir insan için mutlaka korunması gereken beş temel değer, her bir insanın varlığını sürdürebilmesi ve insani bütün sorumluluklarını yerine getirebilmesi için evrenseldir. İslam hukukunun amacı bütün insanlar için bu temel hak ve hürriyetlerin varlığını tesis edip korunmasını

sağlamaktır. Bu bağlamda İslam hukuku insana, temel insan haklarından olan can ve malını koruması için gerekli olan akit yapma hürriyetini tanımıştır.

İslam hukuku, insanı doğuştan hür ve hukukun kendisine tanıdığı her türlü hakkını kullanma hürriyetine sahip bir varlık olarak kabul eder. Bu bağlamda insanın varlığını sürdürebilmesi için muhtaç olduğu mala sahip olması onun en doğal hakkıdır. Mala sahip olmanın en yaygın yolu ise zaman içerisinde insanın geliştirmiş olduğu birçok akit türüdür. Buna göre İslam hukuku, insanın kendisi için lâzım olan bir malı veya menfaati temin etmesi için diğer insanlar ile yapacağı her hangi bir akdi meşru saymış ve insan için böyle bir hakkın olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir. Hatta belli bir noktaya kadar bunun bir hak olmaktan öte genel amaçların muhafazası için bir vecibe olduğunu bildirmiştir.

Zahiri hukukçuların dışındaki diğer tüm İslam hukukçuları temel ilke olarak akitlerde hürriyetin asıl olduğunu, yasak ve sınırlamanın ise istisna olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre kişi, bir başkasına zarar vermeyen her türlü akdi yapmada hürdür.

Konu ile ilgili zikrettiğimiz deliller ışığında kanaatimiz şudur ki insanlık tarihi boyunca zaman içerisinde oluşan ve gelişen akitleri İslam hukuku, koymuş olduğu temel prensipler çerçevesinde onaylayıp meşruluğunu tescillediği gibi daha sonra oluşacak olan akitleri de aynı ilkeler çerçevesinde çözülmesine imkan hazırlamıştır. Bu temel prensipler, yapılacak olan akitte herhangi bir belirsizlik ve dengesizliğin olmaması, tarafların birbirlerine zarar vermemesi ve akitlerin karşılıklı rıza ile yapılmasıdır. Hukukun belirlemiş olduğu emredici kurallar ve genel ahlak kuralları da hep aynı gayeyi temin etmek için vardır. Buna göre akitlerde var olan her hangi bir belirsizlik ve aldatma sebebi ile tarafları anlaşmazlığa sevk edecek ve taraflardan birinin lehine olurken diğerinin aleyhine olan her türlü davranış biçimi o akdin geçersiz kılınmasına sebep olur. Zira İslam hukuku, bir maslahatı temin için var olan akitleri, bir mefsedete sebebiyet vermediği sürece kabul etmekte ve insanlara ancak bu sınırlar dahilinde akit yapma hürriyeti tanımaktadır. Bu sebeple ancak akitleri batıl veya fasit olarak hükümsüz kılan her türlü etkiden arınmış, tarafların rızası ile kurulan ve elde etmek istedikleri menfaatleri dengeli bir şekilde temin eden akitler geçerlidir.

Kısaca ifade edecek olursak eşyada asıl olan ibaha olduğu gibi akdin karşı tarafına veya üçüncü şahıslara zarar vermediği sürece akitlerde de asıl olan mubah olma ve hürriyettir. Buna göre her hangi bir kişi, hukukun kendisine vermiş olduğu bu hürriyet gereği her hangi bir akdi yapmaya zorlanamaz. Ancak bu kuralın istisnaları vardır ve o istisnalar bu kurala zarar vermez. Hukukun belirlemiş olduğu bu istisnaların dışında icbarî biçimde yapılmış olan akitler batıl/fasit olarak hükümsüzdür. Bu sonuç insanın iradesine ve hürriyetine verilen değeri göstermektedir.

Akit hürriyeti gereği kişi, her hangi bir akdi yapmaya icbar edilemeyeceği gibi bir akdi belli bir kişi ile yapmak mecbûriyetinde de değildir. Böyle bir hürriyet anlayışı kişiyi özgür kılacağı için kişinin mali teşebbüs anlayışını geliştirir ve ekonomik canlanmaya ve kalkınmaya sebep olur.

İslam hukukunun insana tanımış olduğu akit hürriyeti gereği kişi, yapmış olduğu bu akdi belli şekil kalıpları içerisinde akdetme zorunluluğu yoktur. Tarafların karşılıklı olarak akde dair rızalarını net bir şekilde ifade eden ve daha sonra bir belirsizliğe ve nizaya sebep olmayacak olan her türlü vasıta ve şekil ile akit kurulmuş sayılır. Kişilerin hayatında daha fazla önem arzetmesi hasebi ile bazı akitlerde belli bazı şekil şartları aranmıştır. Kısıtlı sayıda şekil şartı aranan akitlerin var olması genel manada akit hürriyetine zarar vermez. Çünkü bazı akitlerde kısmî şekil şartlarının bulunması hakkın himayesi gayesine matuftur.

Akit hürriyeti gereği taraflar, hukukun belirlediği temel ilkeler içerisinde kalmak şartıyla yapmış oldukları akdi istedikleri gibi tanzim etme hürriyetine sahiptirler. Bu hürriyet gereği sadece mevcut isimli akitleri değil yeni bir akit türünü de benimseme hak ve hürriyetine sahiptirler. Yine ileri sürecekleri şartlarla akdi istedikleri gibi değiştirme ve şekillendirme hak ve hürriyetine de sahiptirler. Akdi tanzim etme hürriyetinin bir parçası olarak nihayet taraflar, kendi rızaları ile kurdukları bu akdi yine kendi rızaları ile sonlandırma hak ve hürriyetine de sahiptirler.

Sonuç olarak İslam borçlar hukukunda akit hürriyeti temel bir ilkedir. İnsanlar hukukun belirlemiş olduğu emredici kurallar ve genel ahlak kuralları içerisinde birbirlerine zarar vermedikleri müddetçe her türlü akdi yapmada hürdür. Bu noktada modern hukuk sistemi ile İslam hukuk sistemi arasında var olan bazı farklılıklar her iki sistemin yapısal özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Abbas Hüsnü Muhammed, *el- Akdü fi'l Fıkhı'l İslami Dirase Mukarene bi'l Kanuni'l Vaz'ı*, Kahire 1993.
- Afzalur, Rahman, *Siret Ansiklopedisi*, I-VI, 2. Baskı, İnkılap Yayınları, İstanbul 1996.
- Aktan, Hamza, "İstimlak", *DİA*, XXIII, 364-366.
- Aktan, Hamza, "Daman", *DİA*, VIII, 450-453.
- Akyüz, Vecdi, Editör, *Bütün Yönleri ile Asr-ı Saadette İslam*, I-IV, Ensar Neşriyat, İstanbul 2007.
- Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, *Dürerü'l-Hukkam Şerh-u Mecellet'i-Ahkam*, I-IV, 3. Baskı, Matbaa-i Ebu'z Ziya, Kostantiniyye 1330. h.
- Amidi, Ebul Hasan Seyyidüddin Ali b. Ebu Ali, *el-İhkam fi Usuli'l Ahkam*, thk; Abdurrezzak Afifi, I,79, I-IV, Mektebetü'l İslami, Beyrut, ty.
- Apaydın, H. Yunus, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1989.
- Apaydın, H. Y., "Fesad", *DİA*, XII, 417-421.
- Apaydın, H. Y., "Mevkuf", *DİA*, XXIX,438-440.
- Apaydın, H. Y., "İrade", *DİA*, XXII, 384-387.
- Apaydın, H. Y., "Kefâlet", *DİA*, XXV, 168-177.
- Apaydın, H. Y., "Lüzum", *DİA*, XXVII, 260-262.
- Arı, Abdüsselam, "Vasiyet", *DİA*, XXXXII, 552-555.
- Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, DİB Yayınları, Ankara 2015.
- Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, MÜİF Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İfav Yayınları, İstanbul 1998.
- Aybakan, B., "Furu'-ı Fıkıh Sistematiği Üzerine", *MÜ. İl. Fak. Dergisi*, 2(31), 2006, 5-32.

Aybakan, B., “İkale”, *DİA*, XXII, 14-16.

Aydın, Mehmet Âkif, “Borç”, *DİA*, VI, 285-291.

Aydın, Mehmet Âkif, “Deyn”, *DİA*, IX, 266-268.

Aydın, Aytaç, *İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Konya 2001.

Baci, Ebu'l Velid Süleyman bin Halef, *el-Münteka Şerhu'l Muvatta*, I-VII, Matbaatu's Saadet, Mısır 1332.h

Bardakoğlu, A., “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *E.Ü.İlh. Fk. Dergisi*, Sayı: 1, 1983, 9-29.

Bardakoğlu, Ali, “İcare”, *DİA*, XXI, 379-388.

Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *DİA*, VI, 13-19.

Bardakoğlu, Ali, “Fesih”, *DİA*, XII, 427-436.

Bardakoğlu, Ali, “Hak”, *DİA*, XV, 139-151.

Bardakoğlu, Ali, “Hibe” *DİA*, XVII, 421-426.

Behuti, Mansur b. Yunus b. Salahaddin b. Hasan b. İdris, *Keşşafü'l- Kına' an Metni'l- Ikna'*, I-VI, Daru'l Kutubü'l İlmiyye, yy, ty.

Beyhaki, Ahmed b. Hüseyin Ebu Bekir, *Sünen-i Kübra*, thk; Muhammed Abdülkadir Ata, I-X, 3. Baskı, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 2003.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-u İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Basın ve Yayınevi, İstanbul 1985.

Boynukalın, Ertuğrul, “Makasıd'üş- Şeria”, *DİA*, XXVII, 423-427.

Boynukalın, Mehmet, “Şart”, *DİA*, XXXVIII, 364-365.

Buhari, Abdülazizibn Ahmed, *Keşfu'l-Esrar Şerh-ı Usul-ı Pezdevi*, I-IV, Daru'l Kitabı'l İslami, yy- ty.

Buhari, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî, *Sahih-i Buhari*, İ'tisam, I-IX, Daru Tavku'n-Necat, 1422.h

- Büyük Haydar Efendi, *Usul-ı Fıkıh Dersleri*, 2. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966.
- Canan, İbrahim, *Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi*, I-XVIII, Akçağ Yayınları, Ankara 1988.
- Cassas, Ebu Bekir Ahmed bin Ali, *Ahkamü'l-Kur'an*, Muhakkik, Muhammed Sadık Kamhavi, I-V, Daru İhyai't-Türasi'l- Arabi, Beyrut 1405.
- Ceziri, Abdurrahman b. Muhammed el-Ceziri, *el- Fıkıh ala Mezahibi'l Erbaa*, I-V, 2. Baskı, Daru Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 2003
- Cürcani, Seyyid Şerif Ali b. Muhammed, *Kitabu't- Tarîfât*, Daru'l-Kutu'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- Çağrııcı, Mustafa, "Hürriyet" *DİA*, XVIII, 502-505
- Çalış, Halit, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, Yediveren Yayınları, Konya 2004.
- Çalış, H., "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7(19), 2004, 269-295.
- Çalış, Halit, "Zaruret", *DİA*, XXXIV, 141-144.
- Çalış, Halit - Hacak, Hasan, "Rehin", *DİA*, XXXIV, 538-542.
- Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, Tekin Kitabevi, Konya 2014.
- Çolak, Abdullah, *İslam Hukuk Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2018
- Çolak, *İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar)*, Öncü Kitap, Çorum 2017
- Dalgın, Nihat, "Sigorta", *DİA*, XXXVII, 159-164.
- Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdîrrahmân b. el-Fazl ed-Dârimî, *Sünen-i Dârimî*, I-IV, Daru'l Muğni, Suudi Arabistan 2000.
- Demir, Abdullah, *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, Katre yayınları, İzmir 2008.
- Din İşleri Yüksek Kurulu'nun "sigorta" hakkındaki 07.04.2005 Tarihli Kararı.
- Dirîni/Düreyni, Muhammed Fethî, *Buhusu Mukarene fi'l-Fıkhi'l-İslamî ve Usulihi*, I-II, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1994.

- Dirîni/Düreyni, Muhammed Fethî, *el-Hak ve Meda Sultanü'd-Devle fi Takyidih*, Beyrut 1984.
- Doğan, D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 1996.
- Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yayınları, İstanbul 1993.
- Dönmez, İbrahim Kafi, “Maslahat”, *DİA*, XXVIII, 79-94.
- Dönmez, İ. K., “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1(1), 1996, 9-61.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş‘as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünen-i Ebu Davud*, I-IV, Mektebetü’l Asriyye, Beyrut-ty.
- Ekinci, Ekrem Buğra, “Mecelle’nin küllî kâideleri”, (Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle kitabından alınmıştır. KTB Yayınları, İstanbul 2008).
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.
- Erdoğan, M., “İbaha-yı Asliyye ve Hürmet-i Âdemiyye”, *İslami İlimler Dergisi*, Sayı: 1, 2008, 9-23.
- Erdoğan, M., “İslam Hukukunun Dinamizmi, Esneklik ve İkame Kurumlar. İslam Fıkının Dinamizmi” *Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri*, Kurav Yayınları, Bursa 2006, 17-32.
- Erman, H., “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İÜHF*, 38(1-4), 1973, 601-620.
- Farabi, Ebu Nasr Muallim-i Sani Muhammed b. Muhammed, *et- Tenbih ala sebil’is-Saade*, Trc; Hanifi Özcan, *Farabının İki Eseri (Siyaset Felsefesine Dair Görüşler ve Mutluluk Yoluna Yönelme)* İfav Yayınları, İstanbul 2005.
- Farabi, Ebu Nasr Muallim-i Sani Muhammed b. Muhammed, *Risaletü Daman (Mecmuu’s Siyaseti) Siyasetü’l Farabi*, Müessesetü Şebabü’l Camia, İskenderiye- ty.
- Firuzâbâdî, Mecdüddin Muhammed b. Yakup, *Kamusu’l-Muhid* 8. Baskı, Müessesetü’r-Risale, Beyrut 2005.

- Gazzali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, *İhya-i Ulumi'd-Din*, I-IV, Daru'l-Marife, Beyrut-ty.
- Gazzali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, *Mustasfa*, thk; Muhammed Abdusselam Abduşşafi, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, 1993
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2008.
- Gözübenli, Beşir, "Temel Dini Kavramların Başka Dillere Aktarılması Problemi ve Mealler" *Kur'an Mealleri Sempozyumu*, I-II, DİB Yayınları, Ankara 2007.
- Gözübenli, B., "Ariyet" *DİA*, III, 379-380.
- Gözübenli, B., "Fuzuli" *DİA*, XIII, 239-240.
- Gür, Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 2. Baskı, Sebil Yayınevi, İstanbul 1977.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- Haçkalı, A., "İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5(13), 2002, 119-136.
- Hafif, Ali, *Ahkâmü'l-muamelati's-şer'iyye*, 3. bs. Dârü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire/ İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku), trc; Rahmi Yaran, TDV Yayınları, Ankara 2018.
- Hallaf, Abdulvehhab, *İlmi Usul-ı Fıkıh*, Eda Neşriyat, İstanbul 1991.
- Hatipoğlu, Haydar, *Sünen-i İbni Mâce Tercemesi ve Şerhi*, I-X, Kahraman Yayınları, İstanbul 2015.
- Hattabi, Ebu Süleyman b. Hamed b. Muhammed, *Mealimu's-Sünen Şerh-ı Sünen-i Ebi Davut*, I-IV, Matbaat-ü İlmiyye, Halep 1932.
- Heyet, *Hadislerle İslam*, I-VII, DİB Yayınları, Ankara 2014.
- Heyet (ty). *Mecelletü Mecmai'l-fikhi'l-İslamî*, I-XIII, İslam Konferansı Teşkilâtına bağlı Fıkıh Konseyi Yayını, Cidde
- Hudari, Muhammed, *Usulu'l Fıkıh*, Daru Sadır, Beyrut 2005.

- İbn Abidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimeşkî, *Reddü'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-muhtâr*, I-VI, Daru'l Fikir, Beyrut 1992; trc; Ahmet Davutoğlu, I-XVII, Şamil Yayınevi, İstanbul 1984.
- İbn Arabi, Muhammed b. Abdullah Ebu Bekir İbn Arabi, *Ahkam'ul Kur'an*, I-IV, 3. Baskı, Daru'l Kutub'ul İlmiyye, Beyrut 2003
- İbn Aşur, Muhammed Tahir bin Aşur, *Mekasidu's-Şeriatî'l-İslamiyye/İslam Hukuk Felsefesi*, Trc; Mehmet Erdoğan ve Vecdi Akyüz, 3. Baskı, Rağbet, İstanbul 1999.
- İbn Cüzey, Ebu Kasım Muhammed bin Ahmed, *Kavaninü'l-Fıkhiyye*, yy, ty
- İbn Hacer, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed el-Heytemî, *Tuhfetü'l Muhtac fi şerhi'l Minhac*, I-X, Naşir Mektebtü't- Ticariyyeti'l-Kubra, Mısır 1983.
- İbn Hanbel, Ebu Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybani el-Mervezi, *Müsned-i Ahmet b. Hanbel*, Muh; Şuayb el-Arnâvud, I-XXXXV, Müessesetü'r-Risale, 2001.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî, *el-Muhalla bi'l Asar*, I-XII, Daru'l Fikir, Beyrut-ty.
- İbn Hazm, *el-İhkam fi Usuli'l Ahkam*, I-VIII, Daru'l Afakî'l Cedide, Beyrut-ty.
- İbn Hibban, Ebû Hâtim Muhammed b. Hibbân b. Ahmed el-Büstî, *Sahih-i İbni Hibbân*, I-XVIII, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1993.
- İbn Hümam, Kemaleddin Muhammed bin Abdülvahit, *Fethu'l-Kadir*, I-X, Daru'l Fikir, Beyrut-ty.
- İbn Kayyım, Muhammed bin Ebu Bekir el-Cevziyye, *İ'lamü'l-Muvakî'in an Rabbi'l Alemin*, I-IV, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 1991.
- İbn Kayyım, *Turuku'l Hukmiyye fi's Siyastî's Şeriyeye*, Mektebü Daru'l Beyan, yy, ty
- İbn Kudame, Muvaffakuddin Abdullah bin Ahmed, *el-Muğni*, I-X, Mektebü Kahire, Kahire 1968
- İbn Kudame, Muvaffakuddin Abdullah bin Ahmed, *el-Kafi fi Fikhi'l İmam Ahmed*, I-IV, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, 1994

- İbn Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî, *Sünen-i İbn Mace*, I-II, Daru İhyai'l-Kutubu'l Arabiyye, yy, ty
- İbn Manzur, Muhammed bin Mükerrerem, *Lisanü'l Arap*, I-XV, 3. Baskı, Daru Sadır, Beyrut 1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Eşbah ve'n-Nezair ala Mezhebi Ebi Hanifeti'n- Numan*, tak; Abdulkerim Fudayli, Mektebetü'l Asriyye, Beyrut 2003
- İbn Nüceym, el Bahru'r Raik Şerhu Kenzu'd Dekaik, I-VIII, 2. Baskı, Daru'l Kikabi'l İslami, yy, ty.
- İbn Recep, Ebu'l-Ferec Abdurrahman İbn Ahmed, *el- Kavaid fi'l-Fıkhü'l-İslami*, Daru'l-Kutubu'l-İlmiyye, yy,ty.
- İbn Rüşd, Ebu'l Velid Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Hafid, *Bidayetü'l- Müctehid ve Nihaetü'l- Muktesid*, I-IV, Daru'l Hadis, Kahire 2004
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takiyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî, *Fetva-i Kübra*, I-VI, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, Beyrut 1987
- İbn Teymiyye, Ebu'l Abbas Takiyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *el- Hisbe fi'l İslam ev Vazifetü'l Hukumeti'l İslamiyye*, Daru'l Kutübü'l İlmiyye, yy, ty.
- İbnu's-Şat, Kasım bin Abdullah, *İdraru's-Şuruk* (Karafi, el-Furuk'un içinde)
- İnanır, Ahmet, *İslam Hukukunda Birleşik Mürekkep Mali Sözleşmeler ve Çağdaş Finansman Yöntemlerindeki Uygulamaları*, Gece Kitaplığı, Tokat 2015.
- Kacır, T., “Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticrâr Akdî”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 30, 2017, 273-297.
- Kadı İyaz, *Şifâ-i Şerif Şerhi*, Tercüme ve Şerh; Kandemir M. Yaşar, I-III, Tahlil Yayınları, İstanbul.
- Kadri Paşa, Muhammed, *Mürşidü'l-Hayran ila Ma'rifeti Ahvali'l İnsan*, 2. Baskı, Matbaatu'l Kübra el-Emiriyye, Bulak 1891.
- Kahraman, A., “Müdayene Ayetinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirmesi” *CÜİFD*, Sayı, 4, 2000, 193-224.

- Kalacı, Muhammed Ravas – Kuneybi, Hamid Sadık, *Mu‘cem-ü Lüğati’l-Fukaha*, 2. Baskı, Daru’n-Nefais, 1988.
- Kallek, Cengiz, “Müzayede”, *DİA*, XXXII, 236-238.
- Kallek, Cengiz, “Ticaret”, *DİA*, XXXI, 134-144.
- Kallek, Cengiz, “Mudarebe”, *DİA*, XXX, 359-363.
- Kallek, Cengiz, “İhtikar”, *DİA*, XXI, 560-565.
- Karafi, Şehabeddin Ahmed bin İdrîs, *el-Furuk Envaru’l Buruk fî Envai’l Furuk*, I-IV, Alemü’l Kütüp, yy, ty.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, 5. Baskı, Nesil Yayınları, İstanbul 1996.
- Karaman, H., *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, I-III, 3. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 1999.
- Karaman, H., *İslama Göre Banka ve Sigorta*, Nesil Yayınları, İstanbul 1992.
- Karaman, Hayreddin ve Heyet, *Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, I-V, DİB Yayınları Ankara 2008.
- Karaman, H., “Adet”, *DİA*, I, 369-373.
- Karaman, H., “Akid”, *DİA*, II, 251-256.
- Karaman, H., “Ayn”, *DİA*, IV, 257-258.
- Kasani, Alaeddin Ebubekir b. Mesud, *Bedaiu’s Sanai fî Tertibi’ş Şerai’*, I-VII, Daru’l Kutubu’l İlmiyye, 1986.
- Kaşıkcı, Osman, “Şart” *DİA*, XXXVIII, 365-367.
- Kaya, Eyyüp Said, Hacak, Hasan, “zimmet”, *DİA*, XXXIV, 424-428.
- Kayapınar, Hüseyin ve Yeniel, Necati, *Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, I-XVII, Şamil Yayınevi, İstanbul.
- Köse, Saffet, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, MÜİF Yayınları, İstanbul 1997.

- Kurtubi, Ebu Abdullab Muhammed b. Ahmed b. Ebu Bekir, *el- Cami li Ahkami'l Kur'an/ Tefsir'ul Kurtubi*, thk; Ahmed Burduni, I-XX, 2. Baskı, Daru'l Kutubu'l Mısriyye, Kahire 1964.
- Kutub, Seyyid Muhammed, *Fi-Zilal'il-Kur'an*, trc; Vahdettin İnce ve Salih Uçan, I-X, Dünya Yayınları, İstanbul 2011.
- M. Fuad Abdülbaki, *el- Mu'cemü'l- Müfrehes li'l-Elfazı'l Kur'an-i'l- Kerim*, Daru'l Hadis, Kahire 2001.
- Mahmasani, Subhi, *en-Nazariyyetü'l Amme lil-Mucebat ve'l- Ukud*, I-II, 3. Baskı, Daru'l İlmi lil-Melayin, Beyrut 1983.
- Malik b. Enes, *el-Muvatta*, I-II, Müessesetü'r-Risale, 1412.h.
- Mekki, M. Ali, *Tehzibu'l-Furuk* (Karafi, el-Furuk'un içinde)
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Mergînânî, *el-Hidaye*, I-IV, Eda Neşriyat, İstanbul 1991.
- Mesud, Muhammed Halid, *Islamic Legal Philosophy/İslam Hukuk Teorisi* trc; Muharrem Kılıç, İz yayıncılık, İstanbul 1997.
- Mevsili, Abdullah bin Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyar li Ta'lili'l Muhtar*, I-V, Matbaatü'l Halebi, Kahire 1937.
- Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveytiyye*, I-XXXXV, Kuveyt Vakıflar ve İslami İşler Bakanlığı Yayınları, Kuveyt 1404-1427.h
- Miras, Kamil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecridi Sarih Tercümesi*, I-XIII, DİB Yayınları, Ankara 1984.
- Mutçalı, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995.
- Münziri, Abdulâzım b. Abdulkavi el-Münziri, *et-Tergib ve't-Tertib*, I-IV, 3. Baskı, Daru İhya-ı't-Türasi'l-Arabi, 1968.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî, *Sahih-i Müslim*, I-V, Daru İhyai't- Türasi'l Arabi, Beyrut-ty.
- Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî en-Nesâî, *Sünen-i Nesai*, I-IX, 2. Baskı, Mektetü'l Matbuatu'l İslamiyye, Halep 1986.

- Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *el- Minhac Şerhu Sahih-i Müslim*, I- XVIII, Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut 1392.h
- Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *el- Mecmu' Şerhu'l- Mühezzeb (Mea Tekmiletü's Sübki)*, Daru'l Fikir, yy, ty,
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- Öner, Necati, *İnsan Hürriyeti*, Selçuk Yayınları, Ankara 1982.
- Özdemir, R., “İslam Hukukunda Ticaret ve Borç İlişkilerinin Genel Yapısı”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 15(1), 2015, 243-273.
- Özdirek, Recep, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), M. Ü. Sos. Bil. Ens. İstanbul 2004/ *İslam Hukukunda Akdin Sınırları*, Yedirenk 2010.
- Pala, Ali İhsan, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, Fecr Yayınları, Ankara 2009
- Pala, Ali İhsan, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Fecr Yayınları, Ankara 2009
- Pala, A. İ., “Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkânı”, *İLTED*, 46(2), 2016, 15-49.
- Râgıb İsfahânî, Ebü'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgıb el-İsfahânî, *Müfredatü elfazi'l-Kur'an* (el-Müfredat fi garibi'l-Kur'an) Daru'l Kalem, Beyrut 1412.h
- Razi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ömer Fahreddin Razi, *Mefatih'u l Gayb/et- Tefsir'ul Kebir*, I- XXXII, 3. Baskı, Daru İhya-i Türas'il Arabi, Beyrut 1420.h
- Remli, Şemsüddin Muhammed b. Ebul Abbas Ahmed b. Hamza, *Nihayetü'l Muhtac ila Şerhi'l Minhac*, I-VIII, Daru'l Fikir, Beyrut 1984.
- Reysuni, Ahmed, *Nazariyyetü'l Makasid Inde'l İmam eş-Şatibi*, Daru'l Alemiyye lil Kitabi'l İslami, 1992.
- Sabuni, Muhammed Ali, *el-Fikhü'l-Şer'ıyyü'l- Müyessera fi Davi'l-Kitabi ve's-Sünneti Fikhü'l-Muamelat*, I-IV, Mektebetü'l-Asiriyye, Beyrut 2007.

- Sağlam, H., “İslam Hukukuna Göre Sigorta- Ribâ ve Fâiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi,” *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı: 84, Şubat 2009.
- Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, I-II, DİB Yayınları, Ankara 2017.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmet, *Masadiru'l-Hak fî'l-Fıkhı'l-İslami*, I-VI, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 1998.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmet Nazariyyetü'l-akd, I-II, 2.Baskı, Menşuratü'l Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 1998.
- Serahsî, Ebû Bekir Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Mebhut*, I-XXX, Daru'l-Marife, Beyrut 1993; *Mebhut*, trc; M. Cevat Akşit, I-XXX, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Serahsî, Ebû Bekir Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usul'üs-Serahsi*, I-II, Daru'l Marife, Beyrut ty.
- Sofuoğlu, Mehmet, *Sahih-i Buhari ve Tercemesi* I-XVII, Ötüken Yayınları, İstanbul 2009.
- Suyuti, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî, *Câmiu's-Sağîr fî Ehâdisi'l-Beşîri'n-Nezîr*, I-II, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, Beyrut 2006.
- Şaban, Zekiyyüdin, *Usul-ı Fıkıh/ İslam Hukuk İlminin Esasları*, trc; İ. Kafi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara ty.
- Şafii, Ebu Abdullah Muhammed bin İdris, *el-Ümm*, I-VIII, Daru'l-Marife, Beyrut 1990.
- Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ b. Muhammed eş-Şâtıbî el-Gırnâtî, *Muvafakat*, I-IV, 4. Baskı, trc; Mehmet Erdoğan, İz Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Şentürk, Recep, “İnsan Hakları” *DİA*, XXII, 327-329.
- Şevkani, Muhammed bin Ali, *Neylû'l- evtar*, I-VIII, Daru'l Hadis, Mısır 1993.
- Şevkani, Muhammed bin Ali, *Seylû'l- Cerrar el Müttefeku ala Hadaiki'l Ezhar*, Dar-u İbn Hazım, yy, ty.

- Şevkani, Muhammed bin Ali, *İrşadu'l Fuhul ila Tahkiki'l Hakkı min İlmi'l Usul*, thk; Şeyh Ahmed, I-II, Daru'l Kutubu'l Arabi, yy, 1999.
- Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühezzebe*, I-III, Daru'l Kutubu'l İlmiyye, yy, ty
- Şirbini, Şemsüddin Muhammed bin Ahmed, *Muğni'l Muhtac ila Ma'rifeti Elfazı'l Minhac*, I-VI, Daru'l Kutübü'l İlmiyye, yy, 1994.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, I/2, Tıpkıbasım, Evrim Basım Yayım, İstanbul 1989.
- Teftazani, Sadettin Mesud b. Ömer, *Şerhu't- Telvih ala't- Tevzih*, I-II, Mektebetü Sabih, Mısır-ty.
- Tirmizî, Ebû Muhammed b. İsâ b. Sevre, *Sünen-i Tirmizi*, I-V, 2. Baskı, Şirketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el. Bayi, Mısır 1975.
- Türk Ticaret Kanunu*, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13/1/2011 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 14/2/2011 Sayı: 27846.
- Wensinck, Arent Jean, *el-Müfehresli-Elfazi'l-Hadisi'n-Nebevi*, I-VIII, Çağrı Yayınları, İstanbul 1988.
- Yaman, Ahmet ve Çalış, Halit, *İslam Hukukuna Giriş*, İfav yayınları, İstanbul 2014.
- Yaran, Rahmi, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İfav Yayınları, İstanbul 1997.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, I-X, Eser Neşriyat, İstanbul 1979.
- Yeniçeri, Celal, *İslam İktisadının Esasları*, Şamil Yayınevi, İstanbul 1980.
- Yeprem, M. Saim, *İrade Hürriyeti ve İmam Maturidi*, 3. Baskı, İfavYayınları, İstanbul 1997.
- Yıldırım, Mustafa, "Tahkim", *DİA*, XXXIX, 411-413.
- Yıldırım, M., "Vedia" *DİA*, XXXXII, 596-598.
- Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l Fıkhiyyü'l Amm*, (el Fıkhu'l İslami fi Sevbihî'l Cedid, I-II) 2. Baskı, Daru'l Kalem, Dimeşk 2004.

- Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu ila nazariyyeti'l-iltizâmi'l-amme fî'l-fıkhi'l-İslamî*, (el Fıkhu'l İslami fi Sevbihi'l Cedid, III) Daru'l Kalem, Dımeşk 1999.
- Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Ukudü'l-müsemma fî'l-fıkhi'l-İslamî*, (el Fıkhu'l İslami fi Sevbihi'l Cedid, IV) Dârü'l-Kalem, Dımaşk 1999.
- Zeydan, Abdulkerim, *el-Medhal li Diraseti's- Şeriatî'l- İslamiyye*, Müesseetü'r-Risale, Beyrut 1999.
- Zeydan, Abdulkerim, *el-Veciz fi Usuli'l Fıkıh*, Müessesetü'r Risale, Beyrut 2009; Fıkıh Usulü, trc; Ruhi Özcan, İfav Yayınları, İstanbul 1993.
- Zeyleî, Cemaleddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbu'r-Raye li Ahadisi'l Hidaye*, I-IV, Müessesetü'r reyyan, Beyrut 1997.
- Zuhayli, Vehbe, *el-Fıkıh'ul-İslami ve Edilletuhu/ İslam Fıkıh Ansiklopedisi, Mütercimler*; Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Y. Vehbi Yavuz ve Nureddin Yıldız, I-X, Risale Yayınevi, İstanbul 1994.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Hüseyin KARAYAKA
Doğum Yeri ve Tarihi	Suşehri-Sivas/ 1974
Eğitim Durumu	
Lisans Öğretimi	Uludağ Üniversitesi- İlahiyat Fakültesi
Y. Lisans Öğretimi	Marmara Üniversitesi-SBE-İslam Hukuku
Bildiği Yabancı Diller	Arapça, İngilizce
Bilimsel Faaliyetler	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Diyanet İşleri Başkanlığı
İletişim	
E-Posta Adresi	huseyinkarayaka@hotmail.com
Tarih	28.10.2019