



**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN
İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI**

**Birinci Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN
İkinci Danışman
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN**

**Hazırlayan
Şüheda Nur APAYDIN**

Yüksek Lisans Tezi

**Ocak 2023
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN
İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI**

**Birinci Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN
İkinci Danışman
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN**

**Hazırlayan
Şüheda Nur APAYDIN**

Yüksek Lisans Tezi

**Ocak 2023
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Şüheda Nur APAYDIN

İmza



T.C.

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Program Adı : Yüksek Lisans Tezi
Tez Başlığı : Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 177 sayfalık kısmına ilişkin 18/01/2023 tarihinde Turnitinintihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: % 15 tir.

Filtrelemeye alıntılar dâhil edilmiştir. Filtrelemede yedi (7) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 19/01/2022

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Şüheda Nur APAYDIN

KILAVUZA UYGUNLUK

“Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları” başlıklı Yüksek Lisans/Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Şüheda Nur APAYDIN

Danışman

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Prof. Dr. Murat DOĞAN danışmanlığında şüheda Nur APAYDIN tarafından hazırlanan “Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

10/01/2022

JÜRİ:

Danışman : Prof. Dr. Murat DOĞAN

Üye : Prof. Dr. Kâşif Hamdi OKUR

Üye : Doç. Dr. Gökhan şAHAN

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun /.... /..... tarih ve.....sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... /..... /.....

Prof. Dr. Atabey KILIÇ

Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

Tez sürecim boyunca danışmanlıklarıyla bana yol gösteren Sayın Hocalarım Prof. Dr. Murat Doğan ve Prof. Dr. M. Akif Aydın'a, tez konumu belirleyerek bana bu alanda çalışma imkanı sunan ve destekleriyle motive eden Sayın Hocam Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Aydın'a teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. Tez jürimde bulunan Sayın Prof. Dr. Kaşif Hamdi Okur'a ve Sayın Doç. Dr. Gökhan Şahan 'a tezime katkılarından dolayı teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Aynı alanda çalışma şansına sahip olduğum, bana güvenen ve her zaman yol gösteren Sayın Hocam Prof. Dr. H. Yunus Apaydın'a saygı, sevgi ve teşekkürlerimi sunarım.

Kimi zaman yorucu ve yıpratıcı olan bu süreçte moral ve motivasyon veren sevgili çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Elif Yüksek, Arş. Gör. Fatma Otkan ve Arş. Gör. Miray Özbek'e ayrıca teşekkür ederim.

Emeklerini asla ödeyemeyeceğim, her zaman ve her koşulda beni destekleyen ve bana güvenen annem Necla Apaydın'a ve babam Enis Apaydın'a teşekkür ederim.

Kayseri, Ocak 2023

Şüheda Nur APAYDIN

TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Şüheda Nur APAYDIN

Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2023

Danışmanlar: Prof. Dr. Murat DOĞAN - Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

ÖZET

Türk ve İslam hukukunda sözleşme özgürlüğü kuraldır ve bu özgürlüğün çeşitli görünüşleri vardır. Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü de bu görünüşlerden birisidir. Her iki hukuk sisteminde de taraflar kural olarak sözleşmenin içeriğini belirlemekte özgürdür. Bu özgürlüğün sınırını ise emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık ve imkansızlık oluşturur. Mukayeseli çalışmanın mahiyeti gereği sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü ve sınırları incelenirken Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan modern taksim esas alınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak sözleşme özgürlüğü kavramı, ikinci bölümünde ise içerik özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları mukayeseli olarak ele alınmıştır. Son bölümde ise her iki hukuk sisteminde sözleşmelere uygulanan yaptırımlar ve içerik özgürlüğünün sınırlarının ihlalinin yaptırımına yer verilmiştir. Bunun sonucunda hukuk sistemlerinin insanlar arası ilişkileri düzenlemesi sebebiyle değişime ve gelişime açık olduğu ve benzer düzenlemelere sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukuku, İslam Hukuku, Sözleşme Özgürlüğü, Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü, İçerik Özgürlüğünün Sınırları

FREEDOM TO DETERMINE THE CONTENT OF CONTRACT AND ITS LIMITATIONS IN TURKISH AND ISLAMIC LAW

Şüheda Nur APAYDIN

**Erciyes University, Graduate School of Social Sciences
Master Thesis, January 2023**

Supervisor: Prof. Dr. Murat DOĞAN - Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

ABSTRACT

Freedom of contract is a basic principle in Turkish and Islamic law and this freedom has various aspects. Freedom to determine the content of contract is one of these aspects. In both legal systems, the parties are free to determine the content of contract in principle. The limitations of this freedom are impossibility, immorality, contrary to the mandatory rules, public order and personality rights. Due to the nature of the comparative study, while freedom to determine the content of contract and the limitations of this freedom were examined, the modern division in Article 27 of the Turkish Code of Obligations was taken as a basis.

In the first part of our study, the concept of freedom of contract in general, and in the second part, freedom to determine the content of contract and the limitations of this freedom were discussed comparatively. In the last part, the sanctions applied to contracts in both legal systems and the sanction of violation of the limitations of content freedom were examined. As a result, it was concluded that legal systems are open to change and development, and they have similar rules because they regulate human relations.

Keywords: Turkish Law, Islamic Law, Freedom of Contract, Freedom to Determine the Content of Contract, Limitations of Freedom to Determine the Content of Contract

İÇİNDEKİLER

TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI.....	iv
ÖNSÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR CETVELİ.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	4
A. İrade Özgürlüğü.....	4
B. Sözleşme Özgürlüğü	6
1. Genel Olarak.....	6
2. Sözleşme.....	7
3. Sözleşme Özgürlüğü.....	8
II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ	12
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI.....	17
IV. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜMLERİ	19
A. Sözleşme Yapma Özgürlüğü	20
B. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğü	23
C. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü	24
1. Genel Olarak.....	24
2. İslam Hukukunda Akdî Şartlar	26
a. Talikî Şartlar	27

b. İzâfi Şartlar	28
c. Takyidî Şartlar	28
D. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü.....	30
E. Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma ve Sözleşmeyi Değiştirme Özgürlüğü	32
1. Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Ortadan Kalkması.....	33
2. Sözleşmenin Tek Taraflı İradeyle Ortadan Kalkması	38
a. Türk Hukukunda.....	38
b. İslam Hukukunda.....	39
1) İki Taraflı Bağlayıcı Sözleşmelerde Fesih	39
a) Genel Olarak.....	39
b) Muhayyerlik	40
c) Mazeret	42
2) Tek Taraflı Bağlayıcı Sözleşmelerde Fesih.....	43
3) İki Taraflı İçin de Bağlayıcı Olmayan Sözleşmelerde Fesih.....	43
4) Meclis Muhayyerliği	44
V. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI....	45

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ KAVRAMI	47
II. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRI OLMASI ...	50
A. Türk Hukukunda.....	51
B. İslam Hukukunda	55
1. Genel Olarak.....	55
2. Sözleşmenin Konusunun Hukuken Yararlanılabilir Olması	59
3. Sözleşmenin Konusunun Belirli veya Bilinebilir Olması.....	62
C. Değerlendirme.....	65
III. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN AHLAKA AYKIRI OLMASI	66
A. Türk Hukukunda.....	68
B. İslam Hukukunda.....	70
C. Değerlendirme.....	73
IV. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI.....	73

A. Türk Hukukunda.....	75
B. İslam Hukukunda.....	77
1. Genel Olarak.....	77
2. Maslahat	78
3. Sedd-i Zerâi	81
C. Değerlendirme.....	82
V. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMASI	83
A. Türk Hukukunda.....	84
B. İslam Hukukunda.....	87
C. Değerlendirme.....	90
VI. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN İMKANSIZ OLMASI	90
A. Türk Hukukunda.....	92
B. İslam Hukukunda.....	95
1. Konunun Mümkün Olmaması/ İmkansızlık	96
2. Konunun Mevcut Olmaması.....	97
a. Sözleşmenin konusunun mevcut olmakla birlikte henüz olgunluğa ulaşmamış olması	98
b. Konunun sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayıp gelecekte mevcut olacağının kesin olması	100
c. Sözleşmenin Konusunun Gelecekteki Mevcudiyetinin Kesin Olmaması	103
C. Değerlendirme.....	103
VII. İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE DAHİL OLAN ŞARTLARIN SINIRLARI.....	104
A. Genel Olarak.....	104
B. Sahih Şartlar.....	107
1. Sözleşmenin Gereği Olan Şartlar	108
2. Sözleşmenin Gereğini Kuvvetlendiren Şartlar	109
3. Nasslarda İzin Verilen Şartlar	110
4. Örf Haline Gelmiş Şartlar.....	110
C. Müfsit Şartlar	112
D. Batıl Şartlar.....	115
E. Ekollerin Görüşlerinin Değerlendirilmesi.....	117

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR VE SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARININ İHLALİNİN YAPTIRIMI

I. TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR.....	120
A. Genel Olarak.....	120
B. Türk Hukukunda	121
1. Yokluk	122
2. Hükümsüzlük.....	124
a. Kesin Hükümsüzlük.....	126
b. İptal Edilebilirlik	128
c. Askıda Hükümsüzlük.....	131
C. İslam Hukukunda	132
1. Genel Olarak.....	132
2. Hükümsüzlük.....	133
a. Butlan.....	135
b. Fesat.....	140
c. Askıda Hükümsüzlük.....	141
D. Değerlendirme	143
II. TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARININ İHLALİNİN YAPTIRIMI.....	144
A. Türk Hukukunda.....	144
1. Genel Olarak.....	144
2. Kesin Hükümsüzlük	145
a. Genel Olarak.....	145
b. Kısmi Hükümsüzlük	148
1) Genel Olarak	148
a) Objektif Şart	149
b) Sübjektif Şart.....	152
2) Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük.....	155
3) Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük	156

B. İslam Hukukunda.....	157
1. Genel Olarak.....	157
2. Butlan	157
a. Genel Olarak.....	157
b. Kısmi Butlan.....	163
3. Fesat.....	164
C. Değerlendirme.....	172
SONUÇ	174
KAYNAKÇA.....	178



KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDV.	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğü kısaca sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini belirleme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü şeklinde beşe ayrılır.

Çalışmanın konusunu “*Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları*” oluşturmaktadır. Türk ve İslam borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü kuraldır. Bu doğrultuda, taraflar sözleşmenin içeriğini düzenlemekte özgürdürler. Fakat bu özgürlük sınırsız değildir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırları ve bu sınırların ihlalinin yaptırımını hükme bağlanmıştır. Buna göre sözleşmenin içeriği emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkansız olamaz. Klasik İslam hukukunda da sözleşme özgürlüğü belirli ölçütlerle sınırlandırılmıştır. Buna göre sözleşmenin konusu hukuken yararlanmaya uygun, belirli veya bilinebilir, mümkün ve mevcut olmalıdır. Ayrıca tarafların anlaşarak sözleşmeye dahil ettiği şartlar da hukuka aykırı olmamalıdır. Çalışmamızda da bu çerçevede her iki hukuk sisteminde hakim olan sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü, bu özgürlüğün sınırlarını ve bu sınırların ihlalinin yaptırımını mukayeseli bir biçimde ortaya koymaya çalışacağız.

Sözleşme özgürlüğü, Türk ve İslam borçlar hukukunun temel kaidelerini teşkil eder. Sözleşme özgürlüğünün olmadığı bir hukuk sisteminde adaletli bir hukuki, ekonomik, sosyal ve ticari hayat düşünülemez. Bu sebeple her iki hukuk sisteminde de sözleşme özgürlüğüne, dolayısıyla bireylerin özgür iradelerine ve rızalarına büyük önem atfedilir.

Sözleşme özgürlüğü kadar bu özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi de oldukça önemli ve gereklidir. Sınırsız bir özgürlüğün başkalarının haklarını ihlal edebileceği ve adaletsizliğe yol açabileceği gözetilerek sınırlandırılması gerekmektedir.

Çalışmayı, içerik özgürlüğü ve sınırlarının modern Türk hukuku sistemi ile klasik İslam hukuku sisteminin mukayesesi şeklinde ele almaktaki amacımız, içinde

yaşadığımız modern hukuk sistemi ile klasik dönem İslam hukuk sisteminin benzer ve farklı yönlerini modern taksim çerçevesinde ortaya koyan benzer bir çalışma yapılmamış olmasıdır. Bu konuda yazılmış doğrudan bir çalışma olmamakla birlikte Türk ve İslam hukukunda sözleşme özgürlüğüne ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarının her birine ilişkin çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalar mukayeseli olmayıp her biri kendi hukuk sistemleri içerisinde incelenmiştir. Dolayısıyla bu çalışmanın diğer çalışmalardan farkı konunun modern hukuk sistemi temelinde mukayeseli bir biçimde ele alınmış olmasıdır.

Mukayeseyi yaparken, modern hukukun sistematiğini ölçü almaktaki gayemiz, klasik dönem ile modern dönem arasındaki benzerliklerden yola çıkarak bağlantı kurabilmek; İslam hukuku kaidelerinin değişmez ve mutlak değil, uygulandığı çağın ihtiyaçlarına ve koşullarına göre gelişen ve şekillenen dinamik bir hukuk sistemi olduğunu ortaya koyabilmektir. Zira tüm hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da toplumsal ilişkileri düzenleyen bir hukuk sistemidir.

Çalışma, giriş, sonuç ve üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde irade özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü kavramları açıklanmış, sözleşme özgürlüğünün her iki hukuk sistemindeki hukuki dayanakları, tarihsel gelişimi ve sözleşme özgürlüğünün anılan hukuk sistemlerindeki görünüşleri mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Sözleşme özgürlüğünün asıl çerçevesini bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar oluşturduğundan, çalışmanın ikinci bölümünde içerik özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Mukayese yapılırken Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki sistematik temel alınmış ve klasik İslam hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü de bu sistematığe göre şekillendirilmiştir.

Çalışmanın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümünde ise Türk ve İslam hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarına aykırı şekilde kurulan sözleşmelerin sonuçlarına, her iki hukuk sistemlerindeki sözleşmelere uygulanan yaptırımlar karşılaştırılarak yer verilmiştir.

Çalışmanın İslam hukukuna ait kısımları çoğunlukla, İslam hukukunun klasik döneminde gelişen içtihatlardan oluşmaktadır. Yer yer çağdaş İslam hukukçularının görüşlerine yer verilse de içtihatların aktif bir şekilde yapıldığı dönem klasik dönemdir.

Bu sebeple konu, aksi belirtilmedikçe o dönemin şartlarına ve hukuk anlayışına göre ele alınmıştır.

Çalışmada her bir konu ele alınırken daha kolay bağlantı kurulabilmesi amacıyla öncelikle ilgili konunun Türk hukukunda mevcut olan düzenlemelerine yer verilmiş, akabinde ise o konunun İslam hukukundaki düzenlemeleri ele alınmıştır. Kavramlarda yeknesaklık olması açısından klasik İslam hukukundaki bir kavramın Türk hukukundaki karşılığı açıklanarak, çalışmanın devamında Türk hukukundaki kavramlar kullanılmıştır.

İslam borçlar hukukunda sözleşme hukuku satış sözleşmesi etrafında şekillendiğinden satış sözleşmeleri model bir sözleşme niteliğindedir. Bu sebeple İslam hukukunda satış sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer sözleşme tipleri için de uygulanır. Çalışmada bu sebeplerle mahiyetine uygun düştüğü ölçüde satış sözleşmesi üzerinden genel kurallara ulaşılmıştır. Mukayese yapılırken de yalnızca mukayese yapma imkanı olan konulara yer verilmiştir.

Çalışmada yer verilen ayet mealleri diyanet.gov.tr adresinden alınmıştır. İslam hukukuna özgü kavramların yazılışında ise TDV İslam Ansiklopedisindeki kullanımlar esas alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. İrade Özgürlüğü

Felsefi ve düşünsel temellere sahip olan irade özgürlüğü içsel bir özgürlüğü temsil eder¹. Bireyin içsel özgürlüğü, bir kararın meydana gelme süreci ile ilgilidir. Bu özgürlük, kararın meydana gelmesinde bireyin, iradesini etkileyici veya zorlayıcı hiçbir unsur altında kalmamasını ifade eder². İrade özgürlüğünün hukuka yansımaları ise bireylerin tarafı oldukları özel hukuk ilişkilerinde kendi kararlarını özgür iradeleri doğrultusunda kendilerinin verebilmeleri şeklinde ortaya çıkar³.

İslam hukukunun itikadi esaslarını inceleyen kelim ilmine göre Allah'ın mutlak iradesinin yanında insanın irade sahibi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar, Allah'ın insanların irade ve fiillerinin yaratıcısı mı olduğu, yaratıcısı ise insanın özgür iradesinden söz edilebilir edilemeyeceği sorularını da beraberinde getirir⁴. Bu hususlarda İslam hukukçuları arasında insanın iradesinin özgür olduğunu tamamen reddeden ve

¹ Vecdi Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 48 (2011): 249.

² Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", 250.

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 501; Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 36; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2013), 10; Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 38; Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *TBB Dergisi*, 72 (2007): 76; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 335; Kemal Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), 105.

⁴ Hamdi Gündoğar, "Kur'an'da Allah'ın Mutlak İradesi ve İlmi Karşısında İnsanın İrade Özgürlüğü", *Marife Dergisi*, 10/3 (2010): 116; Ramazan Biçer ve Osman Sezgin, "Teo Psikolojik Açından Maturidi'de İrade Özgürlüğü" Bilig (2017): 243.

insanın Allah'ın iradesinden bağımsız tam bir özgürlüğe sahip olduğunu savunan birbirine zıt görüşler bulunmaktadır. Bunların yanı sıra ehli sünnet ekollerinden⁵ Eşariyye ve Maturidiyye ekollerine mensup hukukçular ise irade özgürlüğü konusunda Allah'ın mutlak iradesi yanında insana da irade alanı açmaya çalışan orta bir tutum benimsemişlerdir⁶. Ehli sünnet ekolleri Allah'ın iradesini mutlak ve külli irade, insanın iradesini de cüz'i irade olarak adlandırmıştır. Bu noktada Eşariyye'ye göre Allah'ın iradesi mutlak ve bu mutlak irade insanın cüz'i iradesini de içine alır⁷. Dolayısıyla insan seçimlerinde tam anlamıyla özgür değildir. Zira cüz'i iradeyi de Allah yaratmıştır⁸. Maturidiyye ise Allah'ın iradesinin mutlak oluşunda Eşariyye ile aynı görüşteyken, insanın sahip olduğu cüz'i irade konusunda Eşariyye'den farklı bir görüş öne sürmüştür. Bu fark Maturidiyye'ye göre cüz'i iradenin yaratılmamış olduğudur⁹. Buna göre fiiller Allah tarafından yaratılmış olmakla birlikte seçimler insana aittir¹⁰. Dolayısıyla Maturidiler Allah'ın mutlak iradesinin, insanın cüz'i iradesi üzerindeki etkisini nötr olarak kabul ederler. Maturidiler, bu yaklaşımları ile insanın özgür bir iradeye sahip olduğunu, dolayısıyla seçimlerini yaparken özgür iradesiyle hareket ettiğini ifade ederler¹¹.

İrade özgürlüğü bireysel özgürlüklerin temelini oluşturur. Türk hukukunda Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olan, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" ibaresinin temeli irade özgürlüğüdür. Kur'an-ı Kerim'de de Allah'ın mutlak irade sahibi olduğu belirtilirken, insana verilmiş olan özgür iradeye ve insanın davranışlarından sorumlu olduğuna sıkça değinilmiştir¹². Yine nasslarda insanın iradesinde özgür olduğu¹³ ve bu sebeple seçimlerinin sonucunda ilahi

⁵ Ehli sünnet, dinin temel hususlarında Hz. Peygamber ve sahabilerinin takip ettikleri yolu benimseyen kimselere denir. Bu yönde bkz. Yusuf Şevki Yavuz, "Ehl-i Sünnet", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ehl-i-sunnet> (26.11.2022).

⁶ Gündoğar, "İrade", 117.

⁷ Gündoğar, "İrade", 118.

⁸ Biçer/Sezgin, "İrade Özgürlüğü", 252

⁹ Biçer/Sezgin, "İrade Özgürlüğü", 252; Gündoğar, "İrade", 118.

¹⁰ Gündoğar, "İrade", 118; Biçer/Sezgin, "İrade Özgürlüğü", 250.

¹¹ Gündoğar, "İrade", 118.

¹² "*Kim dine ve dünyaya yararlı bir iş yaparsa kendi iyiliği için yapmış olur; kim de kötülük işlerse kendi aleyhine işlemiş olur. Senin rabbin kullarına asla haksızlık etmez*", Fussilet 41/46; "*...Artık kim doğru yolu izlerse kendi iyiliği için izlemiş olur, kim de yoldan saparsa kendi aleyhine sapmış olur; sen onlardan sorumlu değilsin*" Zümer 39/41. Ayrıca bkz. Bakara, 2/26, 185, 253; Âl-i İmran, 3/108; el-En'am, 6/125; Ra'd, 13/11; el-İsra, 17/16; Ahzab, 33/17; Cin, 72/10; Mü'min, 40/31.

¹³ Bkz. Âl-i İmran, 3/145; İsra, 17/18; Ahzab, 33/28-29.

adalete uygun olarak ödüllendirileceği ya da cezalandırılacağı bildirilmiştir¹⁴. İnsanın özgür bir iradeye sahip olması, haklara ve borçlara ehil olma yetkisini de beraberinde getirir¹⁵. Bu sebeple irade özgürlüğü sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır.

İrade özgürlüğü, kaynağını kişilerin özgür olması düşüncesinden alır¹⁶. Kural olarak insan, özgür olması nedeniyle kendi kararlarını kendisi verebilmeli, seçimlerini özgürce yapabilmelidir¹⁷. Fakat bu özgürlüğün sınırsız olması düşünülemez. Zira insan sosyal bir varlıktır. Yaşamını sürdürmek için başka insanlara ihtiyaç duyar. Toplum içinde tüm kişilerin sınırsız irade özgürlüğüne sahip olması düşüncesi ise büyük sorunları beraberinde getirir. Bu sebeple irade özgürlüğünün belli şartlar altında sınırlandırılması bir zorunluluktur. Günümüzde bu sınırlama pozitif hukuk ile yapılmaktadır¹⁸. Anayasa m. 13'te de temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanacağı düzenlenmiştir.

B. Sözleşme Özgürlüğü

1. Genel Olarak

İrade özgürlüğünün hukuk sistemlerindeki en önemli görünümü sözleşme özgürlüğüdür¹⁹. Bir diğer deyişle, irade özgürlüğü kişilere, aralarındaki hukuki ilişkiyi diledikleri gibi düzenleme yetkisi veren sözleşme özgürlüğü ilkesinin en temel dayanağıdır²⁰. Sözleşme özgürlüğüne geçmeden önce sözleşme kavramının iki hukuk sisteminde neye karşılık geldiğini izah etmeyi gerekli gördük.

¹⁴ Bkz. Enfal, 8/62,71; Yusuf, 12/25; Hac, 22/25. Hz. Peygamberin, “Şüphesiz ben risaletimi size açıkladım. İslâm'a girmeniz için sizleri zorlamam. Sizlerden dileyen iman etsin, dileyen inkâr etsin. İman eden de inkâr eden de bu eylemlerini kendi özgür irade ve isteğiyle gerçekleştirir. Bu hususta ona zorlama yapılmaz” hadisinde de insanların özgür iradeye sahip olduğu tekrar edilmiştir, naklen Biçer/Sezgin, “İrade Özgürlüğü”, 248.

¹⁵ Abdurrahman Haçkalı, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5/13 (2002): 121.

¹⁶ Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 38 (2011): 602; Eren, *Borçlar Genel*, 335.

¹⁷ Derya Ateş Karaman, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. M. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 65/2 (2007): 136; Eren, *Borçlar Genel*, 337.

¹⁸ Eren, *Borçlar Genel*, 337; Atasoy Kamu Düzenine Aykırılık, 107.

¹⁹ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 24; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 262; Eren, *Borçlar Genel*, 336; Erdoğan, *Borçlar Genel*, 11; Ömer Ali Girgin, “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”, *AndHD*, 5/1 (2019): 136; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 45; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 120; Erman, “Akit Serbestisi”, 602.

²⁰ İrfan Şahin, “Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2008), 11; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 121.

2. Sözleşme

Modern hukukta sözleşme; iki veya daha fazla tarafın, hukuki bir ilişki meydana getirmek, mevcut olan hukuki ilişkiyi değiştirmek veya ortadan kaldırmak amacıyla iradelerini karşılıklı olarak, serbestçe ve birbirlerine uygun şekilde beyan etmeleri sonucunda meydana gelen hukuki işlem şeklinde tanımlanır²¹.

İslam hukukunda ise sözleşme, akit kelimesi ile ifade edilir. Bu kelime “*akd*” kökünden türemiş olup “*bağlamak, iki şeyin bir ucunu bir araya getirmek*” anlamına gelir²². Çağdaş İslam hukukçularına göre sözleşme; iki taraftan sadır olan ve hukuki bir sonuç meydana getirmeye yöneltilen iradelerin uygunluğudur²³. Bu tanım sözleşmenin modern hukuktaki tanımıyla da paraleldir. Mecelle’de ise sözleşme (*akit*) şu şekilde ifade edilmiştir: “*Akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir*”²⁴. İcap, sözleşme yapmak isteyen tarafın karşı tarafa yönelik bu yöndeki arzusunu içeren irade açıklamasına, kabul ise karşı tarafın icaba uygun şekilde sözleşme kurma yönündeki irade açıklamasına denir²⁵. Bu tarife göre tarafların icap ve

²¹ Lale Sirmen, *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, (Ankara: 1972),446; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 111; Eren, *Borçlar Genel*, 210 vd.

²² Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, Çeviren: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, (İstanbul: Risale Yayınları, 1994), 66; Mustafa Ahmed ez-Zerka, *İslam Hukuku I*, (İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006), 257; H. Yunus Apaydın, “İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 1989), 3; Abdulkerim Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, Çeviren: Ali Şafak, (İstanbul: Kayıhan Yayınları, 1995), 421. Akit kelimesinin çoğulu “*ukud*”dur ve Maide suresi 1. ayette bu şekilde geçer: “*Ey iman edenler, sözleşmeleri yerine getirin*”, Maide 5/1. İslam hukukunda sözleşme kurumu, esasen meşruiyetini bu ayetten alır. Bu yönde bkz. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. 2, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2012), 53; <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/عقد/?c=Tüm> (E.T. 15.11.2022).

²³ Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, C. I-II, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016), 192; Ali el-Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, Çev. Rahmi Yaran, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2020), 230; Zeydan, *İslam Hukuku*, 422; Karaman, *Mukayeseli*, 54; Ahmet Yaman ve Halit Çalı, *İslam Hukuku*, (Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018), 287; Muhammed Ebu Zehra, *el-Mülkiyet ve nazariyetu-l Akd*, 171 (Zeydan, *İslam Hukuku*, 422’den naklen). “*Akit, bir hakkı inşa, nakil ve inha etmek üzere iki iradenin ittifakıdır*”, Abdurrezzak es-Senhuri, *Nazariyetu-l Akd*, f. 77-80 (Zerka, *İslam Hukuku*, 257’den naklen).

²⁴ Mecelle m. 103.

²⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 276, 288; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 75; Zerka, *İslam Hukuku*, 258.

kabul iradelerinin bir konu üzerinde bağlanması ile sözleşme kurulmuş (*mün'akid*) olur²⁶. Dolayısıyla icap ve kabul sözleşmenin en temel kurucu unsurlarıdır²⁷.

Akit kelimesinin klasik İslam hukuku literatüründe genel bir kullanımı daha vardır. Buna göre kişinin tek taraflı irade beyanı ile borç altına girdiği tüm hukuki işlemler akit kapsamına girer²⁸. Dolayısıyla satış (*bey'*), kira (*icare*) gibi karşılıklı iki irade ile kurulan sözleşmelerin yanında, kişinin tek taraflı iradesi ile sonuç doğuran tüm tasarrufları akit olarak adlandırılır²⁹. Bu açıdan; ibra, talak, vakıf, köle azat etme gibi işlemler de geniş anlamda akit kavramına dahildir. Fakat bu çalışmanın konusu, dar anlamda akit; yani iki veya daha fazla tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan hukuki işlemler olduğundan, sözleşme terimiyle de bu anlam kastedilmiştir.

3. Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşmeler, toplumsal ilişkilerin düzenli bir şekilde sürdürülebilmesi hususunda son derece önemli ve gereklidir³⁰. Sözleşmelerin bu konudaki işlevlerini yerine getirebilmesi için ise hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesine ihtiyaç vardır³¹. Sözleşme özgürlüğü, bireylerin sözleşmeyi kurarken ve konusunu belirlerken özgür iradeleri doğrultusunda karar verebilmeleri anlamına gelir³². Bu bakımdan sözleşme özgürlüğü, bireyin hem kendi iradesi dışında borç altına sokulamamasını hem de arzu ettiği konu ve koşullarda serbestçe sözleşme kurabilmesini ifade eder³³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında sözleşme özgürlüğünü kişilerin “*diledikleri konuda,*

²⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkah İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Hrz. Abdullah Karaman, (İstanbul: Semerkand Yayınları: 2016), 30, Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı*, 192; Şeyhîzâde Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, *Büyük İslam Hukuku Mecme'ul Enhur (Mültekâ'l Ebhur'un Şerhi)*, Damad Tercümesi, Çev. Mehmet Çelik C. 4 (İstanbul: Yasin Yayınevi, 2011), 9; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 230; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 67; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akıtlar*, (İstanbul: Ahi Yayıncılık, 2006), 3; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 120.

²⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 75; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. 6 (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 14; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 232. Bu görüş Hanefî hukukçulara göredir. Diğer hukukçular, sözleşmenin konusunu da kurucu unsurlara dahil etmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hafif, *Hukuki İşlemler*, 232, dnp. 238.

²⁸ Mehmet Âkif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 221; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 231; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 67; Zerka, *İslam Hukuku*, 255.

²⁹ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 231; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 67; Zerka, *İslam Hukuku*, 255.

³⁰ Arzu Küçükyağcı, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, 53/4 (2005): 101.

³¹ Küçükyağcı, “Özgürlük”, 101.

³² Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 111; Eren, *Borçlar Genel*, 338; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 42.

³³ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 111.

diledikleri ile sözleşme yapabilmesi” olarak kaleme almıştır³⁴. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ise sözleşme özgürlüğüne ilişkin şu cümlelere yer verilmiştir: “Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devlet’in, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. Anayasa’da koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir”³⁵. Buna göre Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğü için irade özgürlüğünü temel bir ilke olarak belirlemiş ve bunun yanında sözleşmeye dışarıdan yapılacak müdahalelerin engellenmesini ve sözleşmede belirlenen şartların esas kabul edilmesini sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Nitekim Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğü başlıklı 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme özgürlüğü aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesinde “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” şeklinde düzenlenmiştir.

İslam hukukunda sözleşmelerin kurulmasında tarafların karşılıklı rızaları esastır³⁶. Taraflardan birinin rızası yoksa sözleşme geçersiz sayılmıştır³⁷. Sözleşmelerin rızailiği

³⁴ YHGK T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740, <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?&sort=tarih+desc&q=T.+10.12.2003%2C+E.+%22003%2F4-693%2C%22+K.+%222003%2F740%22&fq=daire:%22hgk%22> E. T. 21.10.2021.

³⁵ AYM T.08.01.2009, E.2004/87-K.2009/5. RG; 05.03.2009, S.27160, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2009N27160S200487> E. T. 12.10.2021.

³⁶ Atıkkullah Abdullah, “The Doktrine of the Freedom of Contract”, *Islamic Studies*, 3/4 (2011): 374; Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 147; Karaman, *Mukayeseli*, 67; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 123. Kur’an’da rızaya verilen önem şu ayetle belirtilir: “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin; ancak karşılıklı rızâınıza dayanan ticaret böyle değildir ve kendinizi öldürmeyin ...”, Nisa, 4/29. Hz. Peygamber’in “Satış ancak rıza ile olur” hadisi de sözleşmelerde tarafların rızasına verilen önemi gösterir. Zuhayli’den naklen alınan ilgili hadisin, hasen olduğu ve İbni Mace’nin, Ebu Said el-Hudri’den rivayet ettiği bilinmektedir. Bkz. Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 147, dpn. 2.

³⁷ Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (Ayrı Basım)*, 1 (1984): 10.

hakkında Çağdaş İslam hukukçularından Senhuri, “İslam hukukunda akit, bir ihtirazi kayıt olmaksızın, iki iradenin uygunluğu esasına dayanır ve bu, akdin rızailiği esasını kabul eden kanunlarda caiz görülen sınıra kadar rızaidir” demek suretiyle hem karşılıklı rızaya vurgu yapmakta hem de sözleşme özgürlüğünün kural olduğunu belirtmektedir³⁸. Sözleşme özgürlüğün sınırını ise “kanunlarda caiz görülen sınıra kadar” olarak ifade etmektedir. Dolayısıyla İslam hukukunda kural sözleşme özgürlüğüdür ve bu özgürlüğün sınırı hukuka aykırılıktır³⁹.

İslam hukukunda da sözleşme özgürlüğü, kişinin sözleşme yapıp yapmamada, sözleşmenin içeriğini değiştirebilmede yahut ortadan kaldırabilmede özgür olmasını ifade eder⁴⁰. Fakat İslam hukukunda kişinin sadece nasslarda zikredilmiş olan sözleşmeleri mi yapabileceği, yoksa harama varmamak kaydıyla dilediği sözleşmeyi mi yapabileceği konusu hukukçular arasında tartışmaya konu olmuştur⁴¹.

Zahirî hukukçulara göre sadece kanun koyucunun⁴² izin verdiği sözleşmeleri yapmak ve şartlar koymak caizdir⁴³. Bunun dışında hukuki (şer’i) bir delile dayanmayan sözleşmeler hükümsüzdür⁴⁴.

³⁸ Abdurrezzak es-Senhuri, *Nazariyetu-l Akd*, f. 303 (Zerka, *İslam Hukuku*, 391, dñn. 145’ten naklen).
³⁹ Zerka, *İslam Hukuku*, 392; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 267; Bilmen, *Hukuki İslamiyye*, 17; Hüseyin Karakaya, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2019), 48.

⁴⁰ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 9; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 48.

⁴¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 147; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 16; Çeker, *Akidler*, 5.

⁴² İslam hukukunda kanun koyucu Allah ve Allah’ın hükümlerini tebliğ etmesi ve kendi içtihadıyla hüküm vermesi sebebiyle Hz. Peygamber (sav)’dir. İslam hukukunda kanun koyucu yerine şâri’ kelimesi tercih edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Talip Türcan, “Şeriat”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/seriat#1> (25.12.2022). Hz. Peygamber’in kanun koyucu olarak kabul edilmesine ilişkin bkz. Tevbe 2/29: “Ehl-i kitap’tan Allah’a ve ahiret gününe inanmayan, Allah ve resulünün yasakladığını yasak saymayan ve hak dine uymayan kimselerle, yenilmiş olarak ve kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın”. İslam hukukunda iki şâri’in kabul edilmesi birbirinden bağımsız iki kanun koyucu olduğu anlamına gelmeyip Hz. Peygamber, Allah tarafından kendisine iletilen mesajla bağlıdır. Nitekim Necm 53/3-4: “Kişisel arzularına göre de konuşmamaktadır. O (size okuduğu), kendisine indirilmiş vahiyden başka bir şey değildir” ayetleri bu yöndedir. Ahmet Akgündüz, “Hâkim”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakim--fikih-usulu> (25.12.2022).

⁴³ Abdullah, “Freedom of Contract”, 367; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 147; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 18; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 125.

⁴⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 147; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 18; Çeker, *Akidler*, 5. Zahirî hukukçular bu görüşlerini Hz. Peygamber’in “Bazı kimseler bilmem ne fikir ile bey’ü şirâda Kitâbullah’ta bulunmayan bazı şartlar dermeyer ediyorlar. Kitâbullah’ta bulunmayan her şart, yüz şart olsa bile muhakkak surette bătıldır. Allah’ın hükm-ü kazası en isabetli hükümdür, Allah’ın tâlim buyurduğu şart da en mevsuk ve mutemet şarttır”, hadisi ile desteklerler. İlgili hadis için bkz. Zeynüddin Ahmed B. Ahmed B. Abdillatif Ez-Zebidi, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı (Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi)*,

Zahiriler dışındaki İslam hukukçuları kural olanın sözleşme özgürlüğü olduğu hususunda ittifak halindedirler⁴⁵. Bu görüşlerinin temelinde ise “*ibaha-yı asliyye*” kuralı yatar⁴⁶. İbaha-yı asliyye, aksi yönde bir delil olmadığı sürece bir işin yapılmasının veya bir şeyden yararlanılmasının serbest olmasıdır⁴⁷. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından yasaklanmış olmadıkça tüm sözleşmeler ve şartlar serbest ve hukuken geçerlidir. Hanbelîler, sözleşme özgürlüğü konusunda taraflara en geniş yetkiyi tanıyan hukuk ekolüdür. Bu ekole göre kural olan özgürlüktür⁴⁸. Mâlikî ekolünün görüşleri de bu görüşe yakındır⁴⁹. Hanefî ve Şâfîî ekolünün hukukçuları da esasen insan iradesine üstünlük tanımıştır, ancak bu üstünlüğü Hanbelî hukukçular kadar genişletmemiş ve bu iki ekolün ortasında bir görüş benimsemişlerdir⁵⁰. Hanbelî hukukçuların sözleşme özgürlüğü hakkındaki genişletici tutumu, modern Türk hukukunun sözleşme özgürlüğü anlayışına en yakın olandır.

Çağdaş İslam hukukçularına göre de sözleşme özgürlüğü kuraldır⁵¹. Nitekim bu görüşün savunucularından M. Ebû Zehra, “*Akidlerde aslolan ibahadır... Çünkü aslın hürmet olduğunu söyleyenler ve böylece akid hürriyetini kısıtlayanlar; örf, mesalih-i mürsele*⁵², *istihsan*⁵³... delil olarak alıp içtihat edebiliyorlar. Biz sadece örf delilini ele alsak, aslın ibaha olduğu neticesine varırız. Zira kendilerine göre örfen sabit olan şey, bir nass ile çatışmadıkça Şer'an sabit kılınmış gibidir. Bu doğrudan doğruya "akidlerde

Trc. Ve Şrh. Ahmed Naîm ve Kamil Miras, C. 5, (İstanbul. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2019), 369-370, Büyü': 73.

⁴⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 148; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 16; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 125 vd.

⁴⁶ Abdullah, “Freedom of Contract”, 367.

⁴⁷ Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı*, 190; Ali Bardakoğlu, “İstishâb”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istishab> (10.02.2022).

⁴⁸ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Abdullah, “Freedom of Contract”, 367; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 131.

⁴⁹ Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 131.

⁵⁰ Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 126.

⁵¹ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 146; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 16.

⁵² İslam Hukuku'nun şer'i delillerinden olan mesalih-i mürsele, diğer bir ifadeyle ıstıslah, kelime olarak düzeltme, iyileştirme anlamına gelmektedir. Hakkında emredici ya da yasaklayıcı şer'i delil bulunmayan bir konuda maslahata uygun yorum yapmaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Şükrü Özen, “İstislâh”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istislah> (08.07.2021).

⁵³ İslam Hukuku'nun şer'i delillerinden olan istihsan, kelime anlamı olarak sevilen, rağbet edilen şey anlamına gelmektedir. Özel gerekçelerle genel ve yerleşik bir kuraldan ayrılıp hukukun amacına ve olayın özelliğine uygun bir metodun tercih edilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Ali Bardakoğlu, “İstihsan”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihsan> (08.07.2021).

aslolan ibâhadır" demektir"⁵⁴ diyerek sözleşme özgürlüğünün temel kural olduğunu belirtir.

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

İnsanların mallarını birbirleriyle trampa etmeleri şeklinde ortaya çıkan sözleşme kurumu, paranın icadıyla zaman içerisinde daha da gelişmiş ve kıymetlenmiştir⁵⁵. Toplumsal gelişim ve değişimlerin etkisiyle günümüzdeki şeklini almıştır. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere ilk kez Roma hukuku döneminde, On İki Levha Kanunları'nda (MÖ 451-MÖ 449) rastlandığı düşünülmektedir⁵⁶. Roma hukukunda sözleşmeler sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tabidir. Tıpe bağlılık esastır. Taraflar sadece önceden belirlenmiş olan rızai, yazılı, sözlü ve aynı sözleşmeleri yapabilmektedir⁵⁷. Dolayısıyla tarafların iradelerinin uyuşmasından borç ilişkisinin doğabilmesi ve tarafların dava hakkını haiz olabilmeleri için Ius Civile'de öngörülen sözleşmelerden (*contractus*) birinin yapılması gerekir⁵⁸. Aynı zamanda sıkı şekil şartları söz konusudur. Örneğin; Roma hukukunda oldukça önemli bir yere sahip olan ve "stipulatio" olarak adlandırılan sözlü sözleşmelerin kurulması için sadece iradelerin uyuşması değil, aynı zamanda iradenin belli sözlerle beyan edilmesi gerekir⁵⁹. Fakat zamanla bu sıkı kurallar da gevşetilmiştir⁶⁰. Tarafların iradelerine daha fazla üstünlük tanınmaya başlanmış, Ius Civile'de öngörülmeyen, fakat praetorlar tarafından tanınan rızai sözleşmelere de dava hakkı verilmiştir⁶¹.

İslam hukukunda ise kendisinden önceki Cahiliye devri olarak adlandırılan dönemde insanların ihtiyaçlarına göre şekillenen veya örf haline gelmiş sözleşmelerden, İslam hukukunun temel ilkelerine aykırı olanların yapılması yasaklanmış, bu ilkelerle çatışmayan sözleşmeler varlığını devam ettirmiştir. Bu doğrultuda; hileye, anlaşmazlığa

⁵⁴ M. Ebû Zehra, el-Milkiyyetu ve Nazariyyetü'l-Akd fi'ş-Şeriatil-İslamiyye, 264 (naklen Çeker, *Akidler*, 6).

⁵⁵ Kaşak *Sözleşme Özgürlüğü*, 8.

⁵⁶ Busche, Kontrahierungszwang, s. 46 (naklen Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 17). Klasik Roma hukukunda sözleşme kavramının bilinmediğine dair tartışma için bkz. Mehmet Üçer, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlamı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 23 vd.

⁵⁷ Küçükyağcı, "Özgürlük", 104.

⁵⁸ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 49; Küçükyağcı, "Özgürlük", 103; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 11.

⁵⁹ Erdoğan, "Roma", 48.

⁶⁰ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 11.

⁶¹ Erdoğan, "Roma", 112; Küçükyağcı, "Özgürlük", 103.

ve belirsizliğe yol açan sözleşmelerin yapılması yasaklanırken taraflara fayda sağlamayan şekil şartları terkedilmiştir. Örneğin Cahiliye devrinde sözleşmelere sıkı ve manasız şekil şartları getirildiği bilinmektedir. Münabeze⁶², taş atma⁶³ ve mülamese⁶⁴ bunlardan bazılarıdır. Bu tür ağır şekilcilik taşıyan satışların Hz. Peygamber döneminde yasaklandığı bilinmektedir⁶⁵. İslam hukukunda; rehin sözleşmelerinde teslim, evlenme sözleşmesinde (*nikah akdinde*) geçerlilik şartı olarak şahitlerin şart koşulması gibi önemli amaçlara hizmet eden şekil şartları dışında sözleşmelerin belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu yoktur⁶⁶.

İslam hukuku, kamu yararını ilgilendiren önemli ilkelerle sözleşme özgürlüğünü sınırlandırırken aynı zamanda bu sınırlar çerçevesinde kişilere geniş bir özgürlük alanı tanır. Bu da kişilere kanun koyucunun belirlediği sınırları aşmamak kaydıyla ihtiyaçları doğrultusunda sözleşme kurabilme özgürlüğü sağlar. İslam hukukçuları arasında baskın görüş budur⁶⁷. Sözleşme yapma konusunda sadece tarafların rızaları ve özgür iradeleri esastır. “*Sözleşmelerde aslolan ibahadır*” ilkesi doğrultusunda, açıkça yasaklanmış olmayan tüm konularda tarafların iradelerine üstünlük tanınır. İslam hukuku, gelişen sosyal, ekonomik ve ticari gelişmelerle paralel olarak yeni sözleşme türlerini de kabul etmiştir⁶⁸. Nitekim bu husus Mecelle’de “*Meşakkat teysiri celbeder*” hükmüyle ifade edilir⁶⁹. Söz konusu hükümde, yeni zorluklarla karşılaşılmasının yeni çözümleri ve kolaylıkları gerekli kılacağı kaleme alınmıştır. İslam hukukunda sözleşme özgürlüğü,

⁶² Kelime anlamı “atmak” olan bu kavram; satım konusu malı inceleme imkanı olmaksızın tarafların birbirlerine atmaları suretiyle gerçekleşen bir satım şeklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Yeniçeri, “*Münabeze*”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/munabeze> (17.02.2021).

⁶³ Taş atma, cahiliye devrinde bir malın pazarlığı esnasında alıcının malın üstüne çakıl taşı koymasıyla satışın kesinleşmesi sonucunu doğuran satım şeklidir.

⁶⁴ Kelime anlamı “birbirine dokunma, temas etme, değme” olan bu kavram; Cahiliye döneminde mala dokunmak suretiyle gerçekleşen bir satım şeklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Yeniçeri, “*Mülamese*”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mulamese> (17.02.2021).

⁶⁵ Burhanüddin Ebu’l Hasan Ali b. Ebu Bekir Merğınani, *İslam Fıkhdan El-Hidâye Tercemesi C. 3*, trc. Ahmed Mevlânî (İstanbul: Kahraman Yayınları, 1991), 73; Şeyhizâde, *Mecme-ul Enhur*, 4/141; Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 301.

⁶⁶ Zerka, *İslam Hukuku*, 263; Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 147; Çeker, *Akidler*, 136.

⁶⁷ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 267; Zerka, *İslam Hukuku*, 390. İslam hukukunda Zahiri hukukçuların savunduğu ve azınlıkta kalan görüşe göre, İslam hukukunda kanun koyucunun açıkça zikrettiği sözleşmeler dışında yeni bir sözleşme kurmak caiz değildir. Bu yönde bkz. Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 125.

⁶⁸ Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 124.

⁶⁹ Mecelle m. 17.

kanun koyucunun belirlemiş olduğu sınırlar çerçevesinde, insanların ihtiyaçlarına ve genel yararlarına göre özgürleşme yönünde bir seyir göstermiştir.

Modern hukukta ise gelişen sosyolojik olaylar sebebiyle Roma hukuku etkisi azalmış ve sözleşme yaparken tabi olunan sıkı şartlar büyük ölçüde terkedilmiştir⁷⁰. Bireylerin tam ve eşit haklara sahip olması gerektiği kabul edilmiştir⁷¹. Orta çağ düzeninin sona ermesi ve özellikle Fransız Devrimi'nin bir getirisi olarak liberal ekonomik düşünce sistemi ortaya çıkmış, sözleşmeye ve sözleşme özgürlüğü kavramına ihtiyaç artmıştır⁷². Eşitlik ve özgürlük düşüncelerinin bu dönemde hakim olması ve bu kavramlara duyulan ihtiyaç sebebiyle 1804 yılında kabul edilen Fransız Medeni Kanunu'nda hukuka uygun şekilde yapılan sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Anılan kanunda sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkelerine yer verilerek çağının sözleşme anlayışı üst bir seviyeye taşınmıştır⁷³. Böylece günümüzdeki anlamıyla sözleşme özgürlüğü kavramı ortaya çıkmış ve gelişmeye açık hale gelmiştir. Sözleşme özgürlüğü liberalizmin etkisiyle değişmiş ve gelişmiştir. Bunun yanı sıra bu gelişmenin diğer sebepleri; sanayileşmede ve nüfusta artış, iç ve dış güvenliğin artırılması ihtiyacı, savaşlar ve savaş tehlikeleri durumlarında özel düzenlemelere gereksinim duyulması olmuştur⁷⁴.

Liberal ekonomik sistem, bireyin özgürlüğünü esas alan ve ekonominin birey merkezli örgütlenmesini öngören düşünce sistemidir⁷⁵. Liberalizm ile kişilerin özgür iradeleriyle sözleşme kurmalarının önü açılmış, sözleşme özgürlüğünün de önemi artmıştır⁷⁶. Liberal ekonomik sisteme göre, devletin müdahale ettiği bir ekonomik düzende piyasa dengesi bozulacağından ve ekonomi olumsuz etkileneceğinden, piyasanın kendi dengesini bulabilmesi için devletin piyasaya müdahale etmemesi gerektiği

⁷⁰ Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52 (2003): 232.

⁷¹ Sirmen, "Sözleşme Kavramı", 445.

⁷² Sirmen, "Sözleşme Kavramı", 441; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 15-16; Ayrancı, "Zorunluluk", 229.

⁷³ Küçükyağcı, "Özgürlük", 106; Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 17.

⁷⁴ Ayrancı, "Zorunluluk", 230.

⁷⁵ Ayrıntılı tanım için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Ekonomik_liberalizm (22.02.2021).

⁷⁶ Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 19; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 18.

savunulur⁷⁷. Bu sebeple devletten istenilen yalnızca piyasa fiyat dengesinin bozulmaması için sosyal, ekonomik, hukuki vb. alanlarda gerekli olan asgari şartların sağlanmasıdır⁷⁸.

Liberal ekonomik sistemin parlak çağında, bireyin piyasadaki koşullar arasında kendi çıkarına en uygun sözleşmeyi yapabilme özgürlüğüne önem atfedilmiş⁷⁹, sözleşme koşullarının adil olup olmadığı üzerinde durulmamıştır⁸⁰. Nitekim bu dönemdeki “sözleşme ile kararlaştırılan şey adildir” anlayışı gereği, tarafların özgür iradeleriyle kendi çıkarlarını gözeterek kurdukları sözleşme içeriği zaten adil olacaktır⁸¹.

Tarihsel süreçte sözleşme özgürlüğünün gelişimine katkı sağlayan bir diğer olay şüphesiz Sanayi Devrimi’dir. 19. yüzyılın son dönemlerinde hızla gelişen bilim ve teknoloji sonucu meydana gelen Sanayi Devrimi’nin sözleşme özgürlüğüne etkisi kaçınılmaz olmuştur. Dönemin şartlarına göre sözleşme özgürlüğü ilkesi yeni anlamlar kazanmıştır.

Hukukun çizmiş olduğu sınırlar çerçevesinde bireysel sözleşme yapılmasının önü açılmış ve Sanayi Devrimi’nin zirve yaptığı 19. yüzyıla, sözleşme yılları denilmiştir⁸². İlerleyen devirde, gelişen ekonomik ve ticari hayatın etkisiyle paranın mübadele değeri iyice artmıştır. Seri üretime geçilmesi ve dolayısıyla büyük ölçekli işletmelerin çoğalması nedeniyle bireysel sözleşmelerin yapılması zorlaşmıştır. Bunun sonucunda işletmeler sık kullanılan sözleşme hükümleri belirlemiş ve genel işlem koşulları denilen standart sözleşmeler, hukuk düzeninde yerini almıştır⁸³.

Sözleşme hazırlık masraflarının en aza indirilmesi ve zamandan tasarruf amacıyla geliştirilen genel işlem koşulları, başlarda bu amaca hizmet etse de zamanla bu sözleşmeler, ekonomik olarak güçlü olanın elinde silaha dönüşmüş ve adaletsizliklere yol

⁷⁷ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London 1776, Book IV, Chapter II, s. 421 (naklen Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 21, dpn. 60); Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 13 vd; H. Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74 (2016): 711.

⁷⁸ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 14; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 711.

⁷⁹ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 17.

⁸⁰ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 23.

⁸¹ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 19; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 24; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 20.

⁸² Küçükyağcı, “Özgürlük”, 105

⁸³ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 26; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 2.

açmıştır⁸⁴. Büyük işletmeler karşısında zayıf konumda olan bireylerin ellerinden sözleşme hükümlerini müzakere etme olanağı alınmış; bireylere “sözleşmeyi seç ya da seçme” şeklinde iki seçenek tanınmıştır⁸⁵.

Böylece klasik liberal sistemin savunduğu; serbest piyasanın sözleşme özgürlüğü ile dengesini bulacağı tezi anlamını kaybetmiştir⁸⁶. Zira gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi için hukukî/şekli bir sözleşme özgürlüğü yeterli değildir⁸⁷. Maddi anlamda da sözleşme özgürlüğünün sağlanması gerekir. Maddi sözleşme özgürlüğü ise tarafların ekonomik ve sosyal anlamda denk olabilmeleri ile olur⁸⁸. Bu denkliğin sağlanması ise oldukça zordur. Bu sebeple ortaya çıkan sözleşme adaletsizliklerini bertaraf edebilmek ve maddi sözleşme adaletini sağlayabilmek amacıyla kanun koyucu sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirmiştir⁸⁹.

20. yüzyılda liberal ekonomik sisteminin ihtiyaçlara cevap verememesi nedeniyle zayıflaması, güdümlü ekonomi sisteminin⁹⁰ doğmasına sebep olmuştur. Zira bireyin devlete karşı korunması ihtiyacının yanı sıra artık bireyin bireye karşı korunması ihtiyacı doğmuştur⁹¹. Bu dönemde sosyal devlet anlayışı da kendine yer edinmeye başlamış ve sözleşme adaletsizliklerini gidermek konusunda etkin bir görev üstlenmiştir. Nitekim sosyal devlet, içinde yaşayan herkesin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesini ve insanlar arasındaki sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin dengelenmesini amaçlar⁹².

T.C. Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti de sosyal bir hukuk devletidir ve sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak kanunlarda, zayıf tarafı korumak amacıyla emredici hukuk kurallarına yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan

⁸⁴ Ayrancı, “Zorunluluk”, 233; “Sözleşme özgürlüğü kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde ise kör bir bıçak gibidir”, Otto v.Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Frankfurt aM.1943, 22vd (naklen Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 20).

⁸⁵ Ayrancı, “Zorunluluk”, 230; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 712.

⁸⁶ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 20; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 29.

⁸⁷ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 20.

⁸⁸ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 29.

⁸⁹ Nilgün Başalp, *Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimın Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler*, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan (İstanbul: 2011): 227; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 31.

⁹⁰ Güdümlü ekonomi; ekonomik faaliyetlerin devletin kontrolü altında yürütüldüğü iktisadi sistemdir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Dirijizm> (17.09.2022).

⁹¹ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 22.

⁹² Sirmen, “Sözleşme Kavramı”, 442.

kira sözleşmesine ilişkin hükümler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketiciyi koruyucu hükümler ve İş Kanunu'ndaki işçiyi koruyucu hükümler bu emredici hukuk kurallarına örnektir. Sözleşme özgürlüğüne getirilen bu sınırlamaların amacı, sözleşme adaletini sağlamaktır. Başka bir ifadeyle, anılan düzenlemeler sözleşme adaletinin, yalnızca şekli anlamda değil, maddi anlamda da sözleşme özgürlüğünün temin edilmesiyle sağlanacağı düşüncesinin birer sonucudur. Nitekim hukuki düzenlemelerden ibaret olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme adaletini sağlamaktan oldukça uzak kalmıştır⁹³. Bu sebeple, kanımızca bu sınırlandırmalar sözleşme özgürlüğünün olmadığı anlamına gelmemekte, tam aksine maddi/gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünün temin edilmesi amacına hizmet etmektedir.

Görüldüğü üzere sözleşme ve sözleşme özgürlüğü kavramları uzun bir sürecin ürünüdür. Tarihsel sürecin başında bir özgürlük ihtiyacı ve arayışı ile benimsenen sözleşme özgürlüğü ilkesi, bugünün şartlarında sözleşme adaletini sağlamak amacıyla sınırlandırılmaktadır. Aynı zamanda sözleşme hukukunun gelişmesi de kaçınılmaz olarak sözleşme özgürlüğünün sınırlama alanlarını artırmaktadır⁹⁴. Günümüzde bu sınırlandırma sosyal devlet ilkesinin ve kamu düzeninin bir gereği olarak kendine hukuki zemin sağlamaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Zira her ne kadar kişi iradesinde özgür olması esas olsa da sözleşme özgürlüğü ilkesinin bazı hallerde kısıtlanması adaletin ve kamu yararının bir gereğidir⁹⁵.

III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, bütün vatandaşlar için asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlar ve sözleşme özgürlüğü de sosyal devlet ilkesinin bu yöndeki amaçlarının yerine getirilebilmesindeki en önemli unsurlardan birisidir. Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri

⁹³ Başalp, *Sözleşme Adaletinin Sağlanması*, 229.

⁹⁴ Sirmen, "Sözleşme Kavramı", 472.

⁹⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 390; Halit Çalış, "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7/19(2004): 272.

kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak...” şeklinde belirlenirken sözleşme özgürlüğüne ilişkin gerekli hukuki ortam da oluşturulmuştur. Yine Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği başlıklı 12. maddesinde ise “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilerek temel hak ve özgürlüklere vurgu yapılmıştır. Sözleşme özgürlüğü de bu temel hak ve özgürlüklerden birisidir. Son olarak Anayasa'nın 48. maddesinde yer verilen “Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir” şeklindeki düzenleme, sözleşme özgürlüğünün Türk hukukunda temel bir ilke olduğunu gösterir niteliktedir⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir tanım yer almaz. Bununla beraber, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” şeklinde kaleme alınmıştır. “Sözleşme özgürlüğü” başlığı altında yer verilen maddede, lafızdan da anlaşılacağı üzere içerik özgürlüğü düzenlenmiştir⁹⁷. İçerik özgürlüğü ise sözleşme özgürlüğünün görünüm şekillerinden yalnızca bir tanesidir. Yine de TBK m. 26'nın, sözleşme özgürlüğünün kanuni dayanaklarından birisi olduğunu söylemek mümkündür.

Türk hukukunda “sözleşme özgürlüğünün asıl olması” lafzından hareketle bu özgürlüğün mutlak olmadığı sonucuna varmak kaçınılmazdır. Nitekim TBK m. 26'da da sözleşme özgürlüğünün “kanunla öngörülen sınırlar içerisinde” mevcut olduğu düzenlenmiştir. “Sözleşmelerin şekli” başlığı altında düzenlenen TBK m. 12/1 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Bu madde ise sözleşme özgürlüğünün diğer görünüm şekillerinden şekil özgürlüğüne ilişkindir⁹⁸.

İslam hukukunda ise sözleşme özgürlüğü temel olarak Nisa suresi 29. ayette düzenlenmiş ve “Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali dışında, mallarınızı aranızda batıl (haksız ve gayr-i meşru yollar) ile yemeyin” denilerek karşılıklı rızaya dayalı hukuki ilişkilerin serbest olduğu belirtilmiştir. “Kadınlara mehirlerini borcunuzu öder gibi verin. Eğer onun bir kısmını size gönül rızasıyla verirlerse onu da

⁹⁶ Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 710.

⁹⁷ Ünal, *Kelepçeleme*, 39.

⁹⁸ Ünal, *Kelepçeleme*, 39. TBK m. 13/1 hükmünde sözleşmenin değiştirilmesi özgürlüğüne değinildiğine ilişkin bkz. Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 54.

afiyetle yiyin” ayetinde de tekrar karşılıklı rızaya vurgu yapılmıştır⁹⁹. Dolayısıyla İslam hukukunda sözleşme yapılırken karşılıklı rıza esastır. Nitekim Hz. Peygamber’in “*Alışveriş yapanlar birbirlerinden memnun olarak ayrılınsınlar*”¹⁰⁰ hadisi de tarafların karşılıklı rızasına işaret eder.

IV. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜMLERİ

Sözleşme özgürlüğünün Türk hukukunda ve İslam hukukunda çeşitli görünümüleri vardır. Bu görünümler; Türk hukukunda sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, şekil özgürlüğü ve sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğü olmak üzere beşe ayrılır¹⁰¹. Yeknesaklık açısından, İslam hukukunda sözleşme özgürlüğünün türlerini aktarıırken de bu sınıflandırmaya bağlı kalacağız.

Sözleşme özgürlüğünün Türk hukukundaki görünümüleri, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında, “*kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev’i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkı*”¹⁰² şeklinde sayılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi ise sözleşme özgürlüğünün görünümelerini; sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini düzenleme, şeklini belirleme ve sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğü olarak ayırmıştır¹⁰³. Gerek klasik gerekse çağdaş İslam hukuk öğretisinde Türk hukukuna benzer bir sınıflandırma yapılmamış olmakla birlikte İslam hukukundaki sözleşme özgürlüğünü türlerini de bu başlıklar altında sınıflandırmak mümkündür.

⁹⁹ Nisa, 4/4.

¹⁰⁰ Eşref Ali et-Tehanevî ve Zafer Ahmed el-Osman et-Tehanevî, *Hadislerle Hanevî Fıkhı*, Trc. Tahir Tural, Mehmet Canbulat ve İbrahim Tüfekçi, C. 13, (İstanbul: Misvak Neşriyat, 2018), 428, Tirmizî, Büyü, 27.

¹⁰¹ Eren, *Borçlar Genel*, 229; Antalya, *Borçlar Genel*, 261; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 503; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 24 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 111.

¹⁰² YHGK, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=27927>, E.T. 05.05.2021.

¹⁰³ BGE 129 III 42 E. 6.1; BGer 4A_417/2009 E. 3.3.

A. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Sözleşme yapma özgürlüğü, kişinin bir sözleşmeyi yapmak veya yapmamak hususunda özgür olmasıdır¹⁰⁴. Buna göre kişiler, herhangi bir psikolojik ya da fiziksel baskı veya zorlama olmaksızın istedikleri sözleşmeyi kurmakta özgür oldukları gibi istemedikleri sözleşmeyi kurmamakta da özgürlerdir¹⁰⁵. Dolayısıyla bu özgürlük, kişinin özgür iradesi doğrultusunda, arzu ettiği bir sözleşmeyi akdetmesinin engellenemeyeceği anlamının yanı sıra arzu etmediği bir sözleşmeyi akdetmeye de zorlanamayacağı anlamına gelir¹⁰⁶. Bu bahisten yola çıkarak modern hukuk öğretisinde sözleşme yapma özgürlüğünün, olumlu sözleşme yapma özgürlüğü ve olumsuz sözleşme yapma özgürlüğü şeklinde sınıflandırıldığı görülür¹⁰⁷.

İslam hukukunda rızailik ilkesinin bir sonucu, taraflara tanınan sözleşme yapma özgürlüğüdür¹⁰⁸. Nitekim kişinin özgür iradeye sahip olması bu özgürlüğü de beraberinde getirir. Aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün temelinde kişilerin sözleşme yapma ihtiyacı yatar. Zira sözleşme yapmak kişiler için bir hak olduğu gibi, sosyal ve hukuksal bir ihtiyaçtır. Bu sebeple kişi, hukukun belirlediği sınırlara aykırı olmamak kaydıyla, rızası ve ihtiyaçları doğrultusunda istediği sözleşmeyi yapma veya yapmama konusunda özgürdür¹⁰⁹.

Sözleşme yapma özgürlüğünün olmadığı bir hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğünden söz edilemez. Aynı zamanda bu özgürlük türü, diğer özgürlük türleri ile de irtibatlıdır¹¹⁰. Zira kişinin sözleşme yapma özgürlüğüne sahip olmadığı bir durumda; sözleşmenin içeriğini düzenleme, şeklini ve tipini belirleme özgürlüklerine sahip olduğundan söz edilemez¹¹¹.

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 111; Eren, *Borçlar Genel*, 339; Erman, “Akit Serbestisi”, 603; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 24; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 57; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 108; Şahin, “Sınırlar”, 12.

¹⁰⁵ Ateş, “Dürüstlük”, 79; Eren, *Borçlar Genel*, 339; Antalya, *Borçlar Genel*, 261; *Sözleşme Özgürlüğü*, 57.

¹⁰⁶ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 109; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 712.

¹⁰⁷ Guillod/Steffen, Art. 19, 20 N 34; Schwarz, s. 327; Busche, *Kontrahierungszwang*, s. 126-127; Arnet, *Zwang*, N 176; Fischer, 34 (naklen Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 57, dpn. 209).

¹⁰⁸ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 10; Zerka, *İslam Hukuku*, 390; Recep Özdirek, *İslam Hukukunda Akdin Sınırları* (İstanbul: Yedirenk Yayınları, 2010), 46.

¹⁰⁹ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 267; Çalış, “Akit Serbestisi”, 270; Abdullah, “Freedom of Contract”, 381; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 188.

¹¹⁰ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 109.

¹¹¹ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 109.

Sözleşme yapma özgürlüğünün sınırı sözleşme yapma zorunluluğudur¹¹². Sözleşme yapma zorunluluğu, taraflardan birinin, bulunduğu özel konum sebebiyle sözleşmeyi yapmaktan kaçınma hakkı olmamasını ifade eder¹¹³. Türk hukukunda bu sınırlamalar kanundan veya hukuki işleminden doğabilir¹¹⁴.

Kanundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu iki şekilde söz konusu olur. Bunlar; özel hukuktan ve kamu hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğudur. TMK m. 744 ve 748’de düzenlenen zorunlu kaynak ve zorunlu geçit irtifakı sözleşme yapma zorunluluğunun özel hukuktan kaynaklanan hallerine örnektir¹¹⁵. Yine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinde tüketici işlemleri açısından sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmüştür¹¹⁶. Maddeye göre satıcının teşhir edilen bir malın satışından kaçınmaması şeklinde söz konusu olan sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicinin korunmasına yönelik bir amaç ihtiva eder.

Telekomünikasyon, posta gibi kamu hizmeti sağlayan kuruluşlar ile su¹¹⁷, elektrik¹¹⁸, doğalgaz gibi zorunlu maddeleri sağlayan kuruluşlar da kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmaya mecburlardır¹¹⁹. Bu zorunluluk ise kamu hukukundan kaynaklanır. Bu tür sözleşmelere iltihakî ya da katılmalı sözleşmeler de denir¹²⁰.

¹¹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 24; Antalya, *Borçlar Genel*, 261; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 112; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 10; Çalış, “Akit Serbestisi”, 270.

¹¹³ Ayrancı, “Zorunluluk”, 230; Şahin, “Sınırlar”, 13. Sözleşme yapma zorunluluğu hakkındaki modern öğretide yer alan diğer tanımlar için bkz. Ayrancı, “Zorunluluk”, 230-231.

¹¹⁴ Ayrancı, “Zorunluluk”, 234.

¹¹⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 342; Ayrancı, “Zorunluluk”, 236; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 713.

¹¹⁶ TKHK m. 6; “(1) Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. (2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz”.

¹¹⁷ YHGK E. 2012/3-1927, K. 2013/1406, T. 25.9.2013; “Tekel niteliğinde bir hizmette bulunan İSKİ’nin fiili veya yasal bir engel bulunmayan hallerde, bu hizmetten yararlanmak isteyen kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2012-3-1927.htm&kw=sözleşme+yapma+mecburiyeti&cr=yargitay#fm E.T.12.04.2022>.

¹¹⁸ Y. 13.HD, E. 2011/5231, K. 2011/13318, T. 29.9.2011; “Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlarla, bunları talep eden kişiler arasında, sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Bu sebeple davalı kurum, elektrik enerji dağıtım tekelini elinde bulunduran bir kurum olarak sözleşme yapmak zorunda olup...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2011-5231.htm&kw=sözleşme+yapma+mecburiyeti&cr=yargitay#fm E.T.12.04.2022>.

¹¹⁹ Ayrancı, “Zorunluluk”, 237; Eren, *Borçlar Genel*, 343; Antalya, *Borçlar Genel*, 264; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 247; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 506.

¹²⁰ Antalya, *Borçlar Genel*, 276; Sirmen, “Sözleşme Kavramı”, 457. Y. 3. HD. E. 1998/4263, K. 1998/6098, T. 2.6.1998; “İltihakî sözleşmeler; bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye, elektrik, PTT, su işletmeleri

Sözleşme kurma zorunluluğunun kanunla getirildiği hallerde sözleşme kurmakla yükümlü olan taraf, yalnızca haklı sebebin varlığı veya kanunda belirtilen şartların aşılması halinde sözleşme yapmaktan kaçınabilir¹²¹.

Sözleşme yapma zorunluluğu hukuki işlemde kaynaklanmasına örnek olarak ön sözleşme verilebilir¹²². TBK m. 29/1’de “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir*” şeklinde kaleme alınan hüküm, ön sözleşmeyi tarif eder. Buna göre ön sözleşme, sözleşmenin taraflarından birinin diğeriyle veya bir üçüncü kişiyle ya da tarafların karşılıklı olarak birbirleriyle gelecekte sözleşme yapacağına ilişkin taahhütte bulunmasıdır¹²³. Bu taahhüt, alacaklı olan tarafa, borçludan borcunu ifa etmesini talep hakkı verir¹²⁴. Bu açıdan borçlunun sözleşme yapma zorunluluğu olduğu kabul edilir.

İslam hukukunda ise sözleşme yapma zorunluluğu olan hallerin Türk hukuku ile büyük ölçüde örtüştüğü görülür. Fiili tekel sebebiyle sözleşme yapma zorunluluğu ve miras hukukundan kaynaklanan paylaşma zorunluluğu bu duruma örnek oluşturur¹²⁵. Miras hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu, birden fazla kişinin bir mal üzerinde paylı mülkiyete sahip olmaları durumunda söz konusu olabilir. İslam hukukunda elbirliği ve paylı mülkiyet ayrımı yapılmayıp tüm birlikte mülkiyet halleri paylı/müşterek mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilir¹²⁶. Paylı mülkiyette ortakların payları belirli olmayıp malın tamamına yayılmış durumdadır¹²⁷. Belirsiz olan bu payların

gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-1998-4263.htm&kw=iltihaki+sözleşmeler++&cr=yargitay#fm> 12.04.2022.

¹²¹ Ayrancı, “Zorunluluk”, 235.

¹²² Ayrancı, “Zorunluluk”, 234.

¹²³ İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 251; Eren, *Borçlar Genel*, 350; Antalya, *Borçlar Genel*, 265; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 716.

¹²⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 354; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 252.

¹²⁵ Türk hukukunda mirasçılardan her biri mirasın paylaşılmasını isteme hakkını haizdir. Mirasın paylaşılmasını isteyen mirasçı, diğer mirasçılarla paylaşma sözleşmesi yapmak suretiyle bu hakkını kullanabilir. Eğer mirasçılar haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınırlarsa paylaşma isteyen mirasçı TMK m. 642 gereği hakim kararıyla diğer paydaşları paylaşma sözleşmesi yapmaya zorlayabilir. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 341; Antalya, *Borçlar Genel*, 262; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 713. Klasik İslam hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Buna göre İslam hukukunda mirasın paylaşılması kural olarak tarafların rızasıyla yapılır. Ortakların tamamının paylaşma yönünde rızaları yoksa ortaklardan her biri mahkemeden müşterek malın paylaşılmasını isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamza Aktan, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku* (İstanbul: İşaret Yayınları, 1991): 256.

¹²⁶ Hadi Sağlam, “İslam Fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17 (2012): 377.

¹²⁷ Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 191.

ortaklardan birinin talebi üzerine belirli hale getirilmesi işlemine ise kısmet ya da paylaşma denir¹²⁸. Ortakların tamamının paylaşma yönünde rızaları yoksa ortaklardan her biri mahkemeden paylı malın paylaşılmasını isteyebilir¹²⁹. Mahkeme kararıyla yapılan bu paylaşma işlemine kazaî taksim (mahkeme kararıyla paylaşma) denir. Mecelle’de; “*Kısmet-i kazâ, maksumun-leh olanlardan ya’ni mülk-i müşterek sahiplerinden ba’zısının talebi üzerine kadının cebren ve hükmen taksimidir*” şeklinde düzenlenmiştir¹³⁰. Buna göre kazaî taksim; müşterek mülkiyetin, ortaklardan birinin (örneğin; mirasçılardan birinin) talebi üzerine mahkeme tarafından cebren paylaşılmasıdır¹³¹. Cebrî paylaşma, işlemin hukuki niteliğine göre sözleşme yapma özgürlüğüne bir sınırlama oluşturabilir¹³².

B. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünümü de sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür. Sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü, Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmemişse de bu özgürlük olmaksızın tam anlamıyla bir sözleşme özgürlüğü düşünülemez. Buna göre kişi sözleşme kurarken, sözleşmenin karşı tarafını seçmekte kural olarak özgürdür¹³³. Dolayısıyla sözleşme kurmak isteyen kişi, sözleşmenin karşı tarafını dilediği gibi seçebilir. Aynı zamanda kişi, istemediği biriyle sözleşme kurmaya zorlanamaz ve kişiye sözleşmenin karşı tarafını seçmede herhangi bir dayatma yapılamaz¹³⁴.

¹²⁸ Aktan, *Mukayeseli Miras*, 251; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 588.

¹²⁹ Aktan, *Mukayeseli Miras*, 256.

¹³⁰ Mecelle m. 1122.

¹³¹ İlhan, *Mecelle*, 339; M. Sait Arvas, "Mirasın İntikali ve Rızâî-Kazâî Taksim Konusunda İslâm Hukuku ile Türk Medeni Kanunu’nun Karşılaştırılması", *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* (2021): 101.

¹³² Klasik İslam hukukunda hakim, müşterek malın kıyemî olması durumunda kural olarak diğer ortakların rızası olmaksızın yalnızca ortakların birinin talebi üzerine paylaşmaya karar veremez. Çünkü bu durum sözleşmelerin rızailiği ilkesine aykırılık oluşturur. Bunun yerine hakim, paylaşmaya uygun olmayan müşterek malın menfaatinin paylaşılmasına karar verir. Fakat bazı hukukçular tarafından, zaruri hallerde istihsan gereği, ortaklardan birinin talebi üzerine kıyemî malın satılarak cebren taksiminin yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu yönde Hanbelî hukukçular, ortaklardan birinin talep etmesi durumunda paylaşmaya uygun olmayan müşterek malın satılarak bedelin aralarında paylaşılmasını caiz görürler. Mâlikî hukukçuların görüşü de bu yöndedir. Bu bakımdan paylaşmaya rıza göstermeyen ortağın sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmaktadır. Hanbelî ve Mâlikî hukukçular, paylaşmaya uygun olmayan mallarda istenmeyen ortaklıkların zorla devam ettirmemeye ve paylaşma talebini sürüncemede bırakmamaya önem vererek modern hukuktaki cebrî paylaşmaya benzer bir tutum sergilemişlerdir. Bu yönde bkz. Sağlam, "Müşterek Mülkiyetin Taksimi", 384-385; Aktan, *Mukayeseli Miras*, 263 vd; Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 45; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 593.

¹³³ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 116; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 109; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 59.

¹³⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 355; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 59; Şahin, "Sınırlar", 14.

İslam hukukunda sözleşmelerde rızailik ilkesinin hakim olması, kanımızca kişinin rızası doğrultusunda sözleşmenin karşı tarafın seçebilmesini de kapsar. Kişi sözleşmeyi kiminle yapacağına rızası ve özgür iradesiyle karar verir. Dolayısıyla İslam hukukunda da kişi istemediği kimselerle sözleşme yapmama ve dilediği kimseyi de sözleşmenin tarafı olarak seçme konusunda özgürdür¹³⁵.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de mutlak değildir. Türk hukukunda kanundan kaynaklanan sınırlamalar söz konusudur. Bu sınırlamaya yasal önalım hakkı örnek verilebilir. Ayrıca sözleşme yapma mecburiyetinin olduğu hallerde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün de sınırlanması söz konusu olabilir¹³⁶. Bu bakımdan satıştan kaçınma başlıklı TKHK m. 6 hükmü hem sözleşme yapma özgürlüğünün hem de sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünün sınırlanmasına bir örnektir.

Aynı şekilde klasik İslam hukukunda da sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırıldığı hallerde, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünün de sınırlanması söz konusu olabilir. Fiili tekel sebebiyle sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu haller bu duruma örnektir. Klasik İslam hukukunda sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünün sınırlanmasına bir başka örnek ise önalım hakkıdır¹³⁷. Buna göre ön alım hakkı, sahibine, önalım hakkının bulunduğu taşınmazın satılması halinde ilgili taşınmazı alıcıdan satış bedeli üzerinden zorla alma hakkı verir¹³⁸. Bu halde satıcı; sözleşmenin konusunu, önalım hakkı sahibi bu hakkını süresi içinde kullandığı müddetçe, ondan başkasına satamaz. Bu sebeple burada sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusudur.

C. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşme Özgürlüğü başlığı altında düzenlenen 26. maddesi şöyledir; “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”. Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, tarafların hukuk

¹³⁵ Çalış, “Akit Serbestisi”, 270.

¹³⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 112; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 717.

¹³⁷ Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 241.

¹³⁸ Klasik İslam hukukunda ön alım hakkına dair ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf’a”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sufa> (18.09.2022).

düzeninin belirlediği sınırlar çerçevesinde sözleşmenin içeriğini dilediği gibi belirleyebilmesine imkan vermesi sebebiyle, sözleşme özgürlüğünün en temel görünümü olarak ifade edilir¹³⁹. Türk Borçlar Kanunu'nda hangi hususların sözleşmenin içeriğine dahil olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Modern hukuk öğretisinde ise sözleşmenin içeriği kavramına, tarafların üzerinde mutabakata vardıkları her hususun dahil olacağı savunulmaktadır¹⁴⁰. Bu doğrultuda taraflar, sözleşmenin konusunu, edimlerin türünü ve miktarını, sözleşmeyi ifa etmemenin sonuçlarını, yan edimleri, yan edim yükümlülüklerini, ifa zamanı ve yeri gibi halleri de içeriği düzenleme özgürlüğü kapsamında serbestçe düzenleyebilirler¹⁴¹. İçeriği düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar TBK m. 27'de düzenlenmiştir.

İslam hukuku da kişiyi sözleşmenin içeriğini belirlemede kural olarak özgür kılmıştır¹⁴². Kişiler, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü kapsamında karşılıklı rıza ile sözleşmenin konusunu belirlemede, sözleşmeyi oluşturan asli edimleri, borçları, süreyi, edimlerin miktarını gibi sözleşmenin içeriğini oluşturan hususları düzenlemede kural olarak özgürdürler¹⁴³. Bunun yanında bir şeyin sözleşmenin konusu olabilmesi için birtakım şartları sağlaması gerekir. Bu şartlar; sözleşmeye konu olan şeyin mevcut olması, mümkün olması, belirli veya bilinebilir olması ve kendisinden hukuken yararlanılabilir olmasıdır¹⁴⁴. Konu, sözleşmenin içeriğine dahil olduğundan, öncelikle bu şartların sağlanması gerekir.

İçeriği düzenleme özgürlüğünün bir türü de sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğüdür¹⁴⁵. Tip özgürlüğü, borçlar hukuku alanında düzenlenen borç sözleşmelerinde söz konusu olur¹⁴⁶. Türk hukukunda kişiler, aile, eşya ve miras hukukuna ilişkin düzenlenen sözleşmelerde çoğunlukla *tipe bağlılık* ilkesi geçerlidir ve bu alanlarda

¹³⁹ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 63; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 109.

¹⁴⁰ Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, (Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1998), 60; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 718.

¹⁴¹ Eren, *Borçlar Genel*, 357; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 64; Şahin, "Sınırlar", 16; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 718.

¹⁴² Zerka, *İslam Hukuku*, 391.

¹⁴³ Zerka, *İslam Hukuku*, 392; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 181.

¹⁴⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 129 vd.; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 291 vd.

¹⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 527; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 110; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 65; Eren, *Borçlar Genel*, 357.

¹⁴⁶ Sirmen, "Sözleşme Kavramı", 447; Atasoy *Kamu Düzenine Aykırılık*, 110.

yapılacak sözleşmeler kanunda önceden sınırlı sayıda düzenlenmiştir¹⁴⁷. Dolayısıyla taraflara bu konulara ilişkin kurulacak sözleşme türlerinde sözleşmenin tipini serbestçe belirleyebilme imkanı tanınmamıştır¹⁴⁸. Bu bakımdan sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü, sadece borçlar hukukundaki sözleşmelerde söz konusu olup taraflar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan özel sözleşme tiplerini seçmekte özgür oldukları gibi unsurlarını kendilerinin belirleyebilecekleri isimsiz sözleşmeler kurmakta da özgürdürler¹⁴⁹. İslam hukukunda da kişilere sadece belirli tipte sözleşmeler yapmalarını emreden veya sözleşmenin tipini belirlemeyi yasaklayan açık bir hüküm yoktur¹⁵⁰. Bu sebeple kişiler sözleşme yaparken İslam hukukunda daha önceden belirlenmiş isimli akıtlardan (kira, rehin, satım sözleşmesi gibi) dilediklerini seçebilecekleri gibi kendi gereksinimleri doğrultusunda yeni bir sözleşme tipi de belirleyebilirler¹⁵¹.

İslam hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün önemli bir kısmını ise akdî şart özgürlüğü oluşturur. Taraflardan birinin sözleşme yapılırken sözleşmenin işleyişine, hüküm ve sonuçlarına ilişkin yapmak istediği değişikliği veya yeni bir düzenlemeyi karşı tarafa şart olarak ileri sürme hakkına akdî şart özgürlüğü denir¹⁵². Akdî şartlar taraflara sözleşmenin içeriğini değiştirme ve belirleme özgürlüğü tanıdığı için sözleşme özgürlüğü ile doğrudan alakalıdır. Fakat bu şartların İslam hukukunda serbest olup olmadığı hukukçular arasında tartışmalıdır.

2. İslam Hukukunda Akdî Şartlar

İslam hukukunda tarafların sözleşme ile beraber ileri sürdükleri şartlara akdî şartlar denir. Bu şartlara ca'li şart da denilmektedir¹⁵³. Ca'li, Arapçada yapmak, kılmak,

¹⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 526; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 226; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 66; Eren, *Borçlar Genel*, 356. Eşya hukukunda, bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet veren aynı haklar sınırlı sayıdadır. Bu sebeple taraflar anlaşarak kanunda belirlenen tipler dışında bir aynı hak yaratamazlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2018), 147 vd.. Yine aile hukukunda tek tip evlenme sözleşmesinin olması, miras hukukunda şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere yalnızca iki şekilde yapılacağı öngörülmesi de sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesinin bir sonucudur.

¹⁴⁸ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 67; Eren, *Borçlar Genel*, 356; Erman, "Akit Serbestisi", 604.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 117; Eren, *Borçlar Genel*, 357; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 24; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 527; Antalya, *Borçlar Genel*, 268; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 110; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 69; Ateş, "Dürüstlük", 80.

¹⁵⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 392.

¹⁵¹ Çalış, "Akit Serbestisi", 286; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 182.

¹⁵² Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 9; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 183.

¹⁵³ Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı*, 478; Çeker, *Akidler*, 111.

atamak gibi anlamlara gelen ca'l fiilinden türemiştir. Dolayısıyla “ca'li”; yapılmış, oluşturulmuş, kılınmış gibi anlamlara gelir¹⁵⁴. Akdî şartlar, sözleşmenin kurulması için gerekli olmamakla birlikte tarafların iradesi ile şart kılındığından ca'li şartlar olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁵. İslam hukukunda akdî şart özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları, ekoller arasında tartışmalıdır¹⁵⁶. Bu tartışmaların şekillenmesinde “Eşyada aslolan ibahadır¹⁵⁷” ve “Eşyada aslolan hürmettir¹⁵⁸” ilkeleri etkili olmuştur¹⁵⁹. İslam hukukunda üç çeşit akdî şart vardır. Bunlar; talikî şartlar, izâfî şartlar ve takyidî şartlardır.

a. Talikî Şartlar

Klasik İslam hukukunda bir hukuki işlemin kurulmasının gelecekte gerçekleşeceği belirsiz bir olguya bağlanması halinde talikî şarttan söz edilir¹⁶⁰. Talikî şartlar, Türk hukukundaki geciktirici şart kavramına tekabül eder¹⁶¹. Türk hukukunda geciktirici şart; gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak belirsiz olan, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı ve imkansız olmayan bir şart olmalıdır¹⁶².

Klasik İslam hukukunda kural olarak şarta bağlı sözleşmeler batıldır. Bu sebeple hüküm doğurmaz. Ancak istisnai olarak bazı hukuki işlemlerin şarta bağlanmaları mümkündür¹⁶³. Buna göre satış gibi mülkiyetin devrini içeren sözleşmeler ve evlenme sözleşmesi şarta bağlanamaz. Fakat taraflarca her zaman feshedilebilmesi mümkün olan

¹⁵⁴ Mahmut Samar, *Akitlerde Şart Hürriyeti*, (Kahramanmaraş: Saamer Yayınları, 2020), 29. Ca'li kelimesi aynı zamanda yapay, uydurma, sahte anlamlarına da gelir. Bkz. <https://www.luggat.com/ca%27li/1/1> E.T. 30.11.2021.

¹⁵⁵ Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı*, 478; Osman Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih> (18.09.2022); Samar, *Şart Hürriyeti*, 29; Çeker, *Akidler*, 111.

¹⁵⁶ Zerka, *İslam Hukuku*, 400; Çeker, *Akidler*, 111.

¹⁵⁷ Çoğunlukla Hanbelî hukukçuların savunduğu bu anlayışa göre, nasslar aracılığı ile açıkça yasaklanmayan tüm şartlar geçerlidir. Başka bir ifadeyle, akdî şartlarda kural olan özgürlüktür. Bkz. Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23.

¹⁵⁸ Zahiri hukukçu İbn-i Hazm'ın savunduğu bu görüşe göre kural olan yasaklıdır ve yalnızca nasslarda izin verilen şartlar geçerlidir. Bu sebeple nasslarda yer almayan şartlar batıldır. Bkz. Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 18.

¹⁵⁹ Çeker, *Akidler*, 112.

¹⁶⁰ Samar, *Şart Hürriyeti*, 57; Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi (18.09.2022).

¹⁶¹ Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi (18.09.2022).

¹⁶² Fahri Erdem Kaşak, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10 (2019): 551.

¹⁶³ Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi (18.09.2022).

ariyet, vedia, kefalet gibi hukuki işlemlerin ve vasiyetin şarta bağlanabileceği kabul edilir¹⁶⁴.

Talikî şartın sözleşmenin kurulmasını mı yoksa hüküm ve sonuçlarını doğurmasını mı ertelediği konusu hukukçular arasında tartışmalı olmakla birlikte hakim olan görüşe göre talikî şartlar, sözleşmenin kurulmasını muhtemel bir olayın gerçekleşmesine bağlayan şartlardır¹⁶⁵. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasını erteler ve şart gerçekleşmezse sözleşme kurulmaz¹⁶⁶.

b. İzâfî Şartlar

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının belirli bir zamana ertelendiği şartlar izâfî şartlardır¹⁶⁷. Talikî şartlarda şartın gerçekleşmesi belirsizken burada gelecekte gerçekleşeceği kesin olan bir şart söz konusudur. Bu sebeple izafî şartlar Türk hukukunda vade kavramına tekabül eder¹⁶⁸.

İzâfî şart içeren sözleşmelerin talikî şart içeren sözleşmelerden farkı, kurulmuş olmasıdır¹⁶⁹. Bu sözleşmeler kurulmuştur fakat hüküm ve sonuç doğurması belirli bir zamana ertelenmiştir. Örneğin kiraya verenin “*Evimi sana gelecek ayın ilk gününden itibaren kiraladım*” demesi ve karşı tarafın da bunu kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olup hüküm ve sonuçlarını doğurması, gelecekteki belirli bir zamana bırakılmıştır¹⁷⁰.

c. Takyidî Şartlar

Takyidî şartlar, sözleşmenin konusunu ve içeriğini etkiler. Takyid kelimesi, Arapçada kayıt koymak, sınırlamak gibi anlamlara gelir. Takyidî şartlar ise sözleşmelerin muktezasına aykırı olmamak şartıyla sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını belirlemek,

¹⁶⁴ Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi (18.09.2022).

¹⁶⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 421; Çeker, *Akidler* 121; Samar, *Şart Hürriyeti*, 31; Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi (18.09.2022). Türk hukukunda da sözleşme geciktirici şarta bağlanmış olabilir. Fakat İslam hukukundan farklı olarak burada sözleşme kurulmuştur ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bırakılmıştır. TBK m. 170'te geciktirici şart şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur*”. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 1312; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 961.

¹⁶⁶ Çeker, *Akidler* 122; Samar, *Şart Hürriyeti*, 31.

¹⁶⁷ Zerka, *İslam Hukuku*, 421; Samar, *Şart Hürriyeti*, 31.

¹⁶⁸ Vade, bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasının, ileride gerçekleşmesi kesin olan bir olguya bırakılmasıdır. Vadeyi şarttan ayıran da bu kesinliktir. Kaşık, “Türk Hukukunda Şart”, 552.

¹⁶⁹ Samar, *Şart Hürriyeti*, 32.

¹⁷⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 421.

içeriğini değiştirmek veya düzenlemek maksadıyla taraflarca sözleşmeye koyulan şartlardır¹⁷¹.

Sözleşmenin muktezası (*gerekleri*); İslam hukukunda, sözleşmelerin herhangi bir şart ileri sürmeksizin kendiliğinden gerektirdiği hukuki sonuçlarına denir¹⁷². Başka bir deyişle bu şartlar, taraflar sözleşme yaparken ileri sürmese de yerine getirilmesi gereken şartlardır. Bu bağlamda örneğin; satış sözleşmesinde satıcının malı teslim borcu ve alıcının ücret ödeme borcu yahut kira sözleşmesinde kiraya verenin kiralananı teslim borcu ve kiracının ücret ödeme borcu anılan sözleşmelerin gereklerindedir¹⁷³. Bu yükümlülüklerin doğması için ilave bir şart gerekmez. Bunlar sözleşmelerin olağan sonuçlarıdır. Sözleşmede ayrıca belirtilmesi gerekli olmamasına rağmen yine de belirtilmiş olması anılan yükümlülüğü güçlendirme anlamına gelir¹⁷⁴. İslam hukukçularının, akdî şartların sınırına ilişkin görüşlerinin temelinde bu kavram yatmaktadır. Sözleşmeye getirilen şartlar da esas itibariyle sözleşmenin gereklerine uygun olmalıdır.

Takyidî şartlar sözleşmenin içeriğine dahil olan şartlardır. Bir satış sözleşmesinde alıcının, malı satıcının evine teslim etmesi şartıyla satın alması takyidî şarta örnektir¹⁷⁵. Şartsız satışlarda taşıma borcu alıcıya aitken, örnekteki sözleşmede taşıma borcunun satıcıya ait olması şart koşulmuştur. Dolayısıyla burada akdi bir şart ile sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi söz konusudur.

Takyidî şartlar ne talikî şartlar gibi sözleşmenin kurulmasını erteler, ne de izâfî şartlar gibi sözleşmenin hüküm doğurmasını erteler¹⁷⁶. Bu şartlar taraflara sözleşmenin içeriğini düzenleme imkanı verir¹⁷⁷. Dolayısıyla çalışmamızın konusunu takyidi şartlar oluşturmaktadır. Ekollerin takyidî şartlar hakkındaki görüşleri, şart özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir. Bu konu hakkında ekollerin tartışmaları ve bu özgürlüğü hangi

¹⁷¹ Samar, *Şart Hürriyeti*, 32; Zerka, *İslam Hukuku*, 422 vd..

¹⁷² Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 23; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 16; Burhan Erkuş, “İslam Hukukunda Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, 2005), 90.

¹⁷³ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 17.

¹⁷⁴ Erkuş, “Şarta Bağlılık”, 150.

¹⁷⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 424.

¹⁷⁶ Samar, *Şart Hürriyeti*, 33.

¹⁷⁷ Erkuş, “Şarta Bağlılık”, 91; Samar, *Şart Hürriyeti*, 33.

görüşün ne ölçüde serbest kıldığı hususu, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

D. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanının karşı tarafça anlaşılabilir bir biçimde dışa vurumuna şekil denir¹⁷⁸. Bu tanımdan farklı olarak daha teknik bir tanıma göre ise şekil; kanunla veya taraflarca belirlenmiş, beyanların açığa vurulmasına yarayan vasıta¹⁷⁹. Türk borçlar hukukunda şekil özgürlüğü kuraldır. Şekil özgürlüğünün kaleme alındığı TBK m. 12/1 hükmü şöyledir; “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*”. Buna göre taraflar bir sözleşme yaparken, kanunda özel bir şekil şartı öngörülmedikçe, sözleşmenin şeklini belirlemekte serbesttirler¹⁸⁰. Şekil özgürlüğü sadece sözleşme kurulurken değil, aynı zamanda değiştirilirken ve ortadan kaldırılırken de herhangi bir şekle uyma zorunluluğunun olmaması anlamına gelir¹⁸¹. Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü ile de bağlantılıdır¹⁸².

Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu, sözleşmelerde rızanın tek başına yeterli olduğunu savunurken bazı hukukçular ise şekilciliği kural kabul etmiştir¹⁸³. Bu doğrultuda Şâfiî ekolü sözleşmelerde şekil özgürlüğü konusunda en katı tutum sergileyen ekoldür¹⁸⁴. Şâfiî'ye göre sözleşmeler mutlaka sözlü olmalıdır¹⁸⁵. Dolayısıyla fiillerle sözleşmeyi caiz görmezler. Bu sebeple kural olarak, teâti şeklinde yapılan sözleşmeler Şâfiîlere göre geçersizdir. Hanefîlerin görüşü, teâti yoluyla yapılan sözleşmenin geçerli olduğu yönündedir¹⁸⁶. Çünkü teâti rızaya işaret eder. Şâfiîlere göre ise sözleşmelerin fiillerle yapılması teamül haline gelmişse ancak bu durumda caiz olur¹⁸⁷. İbn Teymiyye ise Şâfiî ekolünün aksine şekle önem atfetmemiş ve sözleşmelerde önemli olanın

¹⁷⁸ İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 206; Antalya, *Borçlar Genel*, 328; Çalış, “Akit Serbestisi”, 284; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 60.

¹⁷⁹ Andreas von Tuhr, Çeviren: Cevat Edege, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt :1-2 (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 229.

¹⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, 272; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 117; Ateş, “Dürüstlük”, 80; Eren, *Borçlar Genel*, 356; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 60.

¹⁸¹ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 61.

¹⁸² Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 61.

¹⁸³ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 254.

¹⁸⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 81; Çeker, *Akidler*, 135.

¹⁸⁵ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 254; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 275.

¹⁸⁶ Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur*, 4/12; Bilmen, *Hukuki İslamiyye*, 14.

¹⁸⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 81; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 254; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 275.

tarafkların rızası olduğunu savunmuřtur¹⁸⁸. Öyle ki İbn Teymiyye evlenme sözleşmesinde dahi şekilcilikten imtina etmiřtir¹⁸⁹. Diğer İslam hukukçuları ise evlenme sözleşmesini muhtevası ve önemi nedeniyle şekle bağlamışlar ve bunun dışında genel olarak iki görüş arasında bir tutum benimsemiřlerdir¹⁹⁰. Bardakoğlu ise sözleşmelerin kurulmasında “*Mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından temel kaide olarak benimsenmiştir*” demek suretiyle sözleşmelerin, hiçbir şekle bağlı olmaksızın yalnızca karşılıklı rıza ile kurulmasının ilk kez İslam hukukunda benimsendiğini dile getirmiřtir¹⁹¹. Cahiliye döneminde mevcut olan, sözleşmelerin sembolik davranışlarla yapılma zorunluluğunun İslam hukukunda yasaklanması da bu kanıyı destekler mahiyettedir.

Türk hukukunda şekil özgürlüğünün istisnasını kanunda belirli bir şekilde yapılması öngörülen sözleşme türleri oluşturur. TBK m. 237/1’de düzenlenen taşınmaz satışının resmi yazılı şekil şartına ve TBK m. 583/1’de düzenlenen kefalet sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlı olması bu duruma örnektir. Bu husus TBK m. 12/2’de düzenlenmiştir. Maddeye göre, kanunda öngörülen şekle uymamanın sonucu kesin hükümsüzlüktür. Diğer bir istisna ise TBK m. 17’de düzenlenen iradi şekildir. Bu düzenlemeye göre, taraflar aralarında akdedecekleri sözleşmenin geçerliliğini şekle bağlı kılabilirler. Taraflarca belirlenen şekil şartına uymadan akdedilen sözleşmeler ise tarafları bađlamaz¹⁹².

İslam hukukunda ise delil noktasında ispat kolaylığı sağlaması için getirilen yahut sözleşmenin amacının veya kamu düzeninin gerektirdiği şekil şartları söz konusudur. Örneğin; rehin sözleşmesinde sözleşmesinin konusunun teslim edilmesi şartı ve evlenme sözleşmesinde şahit bulundurma zorunluluğu, şekil özgürlüğünün istisnalarındandır¹⁹³. İslam hukukunda, bir yandan sözleşmenin yapılmasının zorlaştırılmamasına önem verilirken, bir yandan da gerekli durumlarda şekle başvurulduğu görölr.

¹⁸⁸ Çeker, *Akidler*, 135.

¹⁸⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 136; Çeker, *Akidler*, 136.

¹⁹⁰ Çeker, *Akidler*, 136; Zerka, *İslam Hukuku*, 391.

¹⁹¹ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 10. Aynı yönde bkz. Zerka, *İslam Hukuku*, 391; Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 77.

¹⁹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 159.

¹⁹³ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 12.

E. Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma ve Sözleşmeyi Değiştirme Özgürlüğü

Taraflar bir sözleşmeyi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla serbestçe kurabildikleri gibi sonradan mutabakata vararak kısmen veya tamamen değiştirebilir ya da ortadan kaldırırlar¹⁹⁴. Buna sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü denir¹⁹⁵. Tarafların, önceden akdettikleri bir sözleşmeyi değiştirmek üzere kurdukları yeni sözleşme, değiştirme sözleşmesi olarak adlandırılır¹⁹⁶. Taraflar karşılıklı anlaşma ile değiştirme özgürlüğü kapsamında sözleşmeye eklemeler veya düzeltmeler yapabilirler¹⁹⁷.

Tarafların, mevcut sözleşmeyi sona erdirmek, bir diğer deyişle ortadan kaldırmak üzere kurdukları yeni sözleşmeye ise ikale denir¹⁹⁸. Taraflar, ikale ile önceden kurmuş oldukları bir sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından karşılıklı bir şekilde vazgeçerek söz konusu sözleşmeyi sona erdirmekte özgürdürler¹⁹⁹.

Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü kural olarak tarafların karşılıklı iradesinin yer aldığı ikaleyle kullanılır. Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün tek taraflı irade beyanı ile kullanılamaması, ahde vefa ilkesinin bir gereğidir²⁰⁰. Kur'an'da da ahde vefa ve sözleşmeyle bağlılık ile ilgili hükümler sıkça tekrar edilir²⁰¹. Hz. Peygamber de müslümanların verdikleri sözlere bağlı kalmasını emreder²⁰². Bunun yanı sıra bazı hallerde sözleşmenin tarafı sözleşmeyle yapmayı üstlendiği edimi yerine getirmekte zorlanabilir, sözleşmenin kurulmasından sonra ekonomik durumu güçleşmiş olabilir veya

¹⁹⁴ Cevdet İlhan Günay, "İkale Sözleşmesi", *Çimento İşveren Dergisi* 5 (2009): 6; Eren, *Borçlar Genel*, 356; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 110; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 72.

¹⁹⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 356.

¹⁹⁶ Kramer, Art. 19-20 N 89 (naklen Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 72).

¹⁹⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 356; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 110-111.

¹⁹⁸ Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)* (Ankara: Turhan Kirabevi 2013), 6; Hasan Nüvit Gerek, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 31 (2011): 44; Günay, "İkale Sözleşmesi", 6; Eren, *Borçlar Genel*, 1408; Bilal Aybakan, "İkale", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikale> (12.08.2021); Kaşak, "Sözleşme Özgürlüğü", 72.

¹⁹⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 1408.

²⁰⁰ Üçer, *Roma*, 30; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 73; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 722.

²⁰¹ Hadi Ensar Ceylan, "İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2017): 43. Ahde vefa ve sözleşmeye bağlılığa dair; Maide suresi 1. ayet, "Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin"; İsrâ 34. ayet, "Rüşdüne erinceye kadar yetimin malına, onun yararına olmadıkça el sürmeyin. Ahde vefa gösterin; çünkü ahid sorumluluk doğurur"; Mü'minün 8. ayet, "Yine o müminler emanetlerine ve ahidlerine sadakat gösterirler".

²⁰² Zebîdî, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı*, 5/487.

herhangi bir sebeple sözleşmeyi ortadan kaldırma ihtiyacı doğabilir. Bu durumda tarafların tek taraflı iradeyle sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı gündeme gelir.

Türk hukukunda sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kanunla veya karşılıklı anlaşmayla taraflardan birine verilmiş olabilir²⁰³. Kanunla taraflardan birine tanınan fesih, sözleşmeden dönme ve sürenin sona ermesi gibi hallerde sözleşme haklı sebeple tek taraflı olarak sona erdirilebilir²⁰⁴. İslam hukukunda ise sözleşmeyi tek taraflı iradeyle ortadan kaldırma hakkına fesih hakkı denir²⁰⁵.

1. Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Ortadan Kalkması

Sözleşmenin, tarafların anlaşması suretiyle ortadan kaldırılması ikale sözleşmesi ile mümkün olur. Bu sebeple ikale, sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün bir görünümüdür²⁰⁶. İ kale, Arapça kökenli bir kelime olup, “bir şeyi gidermek, bozmak, ortadan kaldırmak” gibi anlamlara gelir²⁰⁷. Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiş, isimsiz bir sözleşmedir²⁰⁸. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde öğreti ve yargı kararlarıyla kabul edilmiştir²⁰⁹. Öğreti ve Yargıtay kararlarında ikale sözleşmesi “bozma sözleşmesi” olarak da ifade edilir²¹⁰. İ kale sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediğinden ibraya ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kıyasen ikale sözleşmesine de uygulanır²¹¹. Bu sebeple ibra sözleşmesinde olduğu gibi ikale

²⁰³ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 62; Üçer, *Roma*, 30; Şenol, “İçeriği Belirleme”, 722; Atasoy *Kamu Düzenine Aykırılık*, 111.

²⁰⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 118; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 111.

²⁰⁵ Bardakoğlu, “Fesih”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (01.09.2021).

²⁰⁶ Günay, “İ kale Sözleşmesi”, 6; İ kale, aynı zamanda sözleşme yapma özgürlüğünün de bir görünümünü oluşturur. Dolayısıyla burada sözleşme yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü bir aradadır. Bu yönde bkz. Astarlı, *İ kale*, 17; Abdurrahman Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 26 (2016): 113.

²⁰⁷ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Yayınları, 2010), 241; Aybakan, “İ kâle”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (09.08.2021).

²⁰⁸ Savaş, “İ kale Sözleşmesi”, 111.

²⁰⁹ Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin İ kale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 4 (2011): 1.

²¹⁰ Günay, “İ kale Sözleşmesi”, 5; Taşkent, “İş Sözleşmesinin İ kale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, 2; Astarlı, *İ kale*, 6. Yargıtay kararlarında da genellikle bozma sözleşmesi olarak ifade edilir. YHGK E. 2016/22-2367, K. 2021/71, T. 11.2.2021: “Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulüyle bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur”. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2016-22-2367.htm&kw=ikale-bozma+sözleşmesi++&cr=yargitay#fm E.T. 27.09.2022>.

²¹¹ Savaş, “İ kale Sözleşmesi”, 113; Eren, *Borçlar Genel*, 1408.

sözleşmenin geçerliliği de herhangi bir şekilde bağlı değildir²¹². Türk hukukunda ikale sözleşmesi, kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurur²¹³. Sözleşmeye doğrudan etki ederek borç ilişkisini sona erdirmesi sebebiyle kural olarak bir tasarruf işlemidir²¹⁴.

İkale sözleşmesi, diğer borcu sona erdiren sebeplerden olan ibra ve sulh kurumlarından farklıdır. İbra, bir sözleşme ilişkisinde yalnızca borcu sona erdiren bir sebeptir²¹⁵. Dolayısıyla ibrada mevcut bir borç kısmen ya da tamamen sona ererken sözleşme ilişkisi devam eder²¹⁶. İkale sözleşmesi ise önceki sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması sonucunu doğurur²¹⁷. Sözleşmenin ortadan kalkmasıyla tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları da karşılıklı olarak sona ermiş olur²¹⁸.

Sulh ise tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlığa son vermek amacıyla yaptıkları bir sözleşmedir²¹⁹. Sulh sözleşmesinde sulhu sağlamak için tarafların karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunmaları söz konusudur²²⁰. Buna karşın ikale sözleşmesinde bir uyuşmazlığın olması şart olmayıp devam eden sözleşme ilişkisinin karşılıklı anlaşarak ortadan kaldırılması amaçlanır.

İslam hukukunda da taraflar ikaleyle önceden kurmuş oldukları bir sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından karşılıklı bir şekilde vazgeçerek tarafı oldukları sözleşmeyi sona erdirebilirler²²¹. İkale, İslam hukukunda iki taraf için de bağlayıcı ve feshedilmesi mümkün olan sözleşmelerde söz konusu olur²²². Bu sebeple bağlayıcı olmasına rağmen feshedilmeye uygun olmayan evlenme sözleşmesinin ikalesi mümkün değildir²²³.

²¹² Oğuzman/Öz, *Borçlar Genel I*, 537, dñn. 1; Gerek, "İkale Sözleşmesi", 45; Günay, "İkale Sözleşmesi", 15; Eren, *Borçlar Genel*, 1408; Astarlı, *İkale*, 113.

²¹³ Eren, *Borçlar Genel*, 1409; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 130. Aksi yönde bkz. Astarlı, *İkale*, 306.

²¹⁴ Astarlı, *İkale*, 30; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 113. İkalenin hukuki niteliği hakkında öğretide yer alan görüşler için bkz. Astarlı, *İkale*, 31.

²¹⁵ Gerek, "İkale Sözleşmesi", 51; Günay, "İkale Sözleşmesi", 7; Astarlı, *İkale*, 17; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 114.

²¹⁶ Astarlı, *İkale*, 42; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 114.

²¹⁷ Gerek, "İkale Sözleşmesi", 51; Astarlı, *İkale*, 17.

²¹⁸ Astarlı, *İkale*, 43.

²¹⁹ Günay, "İkale Sözleşmesi", 7; Astarlı, *İkale*, 45; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 118.

²²⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 1409; Günay, "İkale Sözleşmesi", 7; Astarlı, *İkale*, 45; Savaş, "İkale Sözleşmesi", 118.

²²¹ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 386; Eren, *Borçlar Genel*, 1408; Bilmen, *Hukukî İslamîye* (6), 25; Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 208; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur*, 4/180.

²²² Bardakoğlu, "Fesih", (01.09.2021); Savaş, "İkale Sözleşmesi", 109.

²²³ Zerka, *İslam Hukuku*, 441; Bardakoğlu, "Fesih", (01.09.2021); Aybakan, "İkale", (12.08.2021).

İkale, tarafların icap ve kabulleriyle kurulan bir sözleşmedir²²⁴. Mecelle’de de bu şekilde düzenlenmiştir²²⁵. Buna karşın ikale, sözleşmenin iradi sona erme sebeplerinden biri olduğu için fesih yönü de bulunmaktadır. Çünkü Klasik İslam hukukunda fesih, sözleşmeleri iradi şekilde ortadan kaldıran tüm işlemleri içine alan bir üst kavramdır²²⁶. Bu sebeple ikale, icap ve kabul ile kurulması sebebiyle bir sözleşme olsa da aynı zamanda bir fesih özelliği de taşır. Bu durum ikalenin hukuki niteliği hakkında hukukçular arasında görüş farklılıklarına yol açmıştır²²⁷.

Hanefî ekolüne mensup İmam Muhammed ve İmam Züfer ile Şâfiî ve Hanbelî ekolleri tarafından tercih edilen görüşe göre ikale hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından fesih niteliğindedir²²⁸. Anılan hukukçular ikalenin lafzî yorumundan yola çıkarak bir şeyin ortadan kaldırılmasını fesih olarak yorumlamışlardır²²⁹. Başka bir ifadeyle, ikaleyle amaçlanan önceki sözleşmenin ortadan kaldırılması olduğuna göre ikale bir fesih türüdür. Bu görüşe göre ikale bir fesih olduğu için ortadan kaldırılmak istenen sözleşmedeki aynı şartlarla yapılması gerekir²³⁰.

İkinci görüş ise ikalenin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulması ve edimlerin değiş tokuşunu içermesi sebebiyle, kural olarak yeni bir sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir²³¹. Bu görüşe göre ikale yeni bir sözleşme olduğundan ortadan kaldırılmak istenen sözleşmeyle aynı şartları taşımak zorunda değildir²³². Bu görüş, İmam Malik ve Ebu Yusuf’a aittir²³³. Fakat anılan hukukçular ikalenin, bir önceki sözleşmeden doğan edimler yerine getirilmeden yapılmış olması durumunda, fesih

²²⁴ Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021).

²²⁵ Mecelle m. 191: “*Bey` gibi ikâle dahi icab ve kabul ile olur*”.

²²⁶ Bardakoğlu, “Fesih”, (01.09.2021).

²²⁷ Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Savaş, “İkale Sözleşmesi”, 110; Bardakoğlu, “Fesih”, (01.09.2021).

²²⁸ Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 200; Merginani, *El-Hidâye*, 3/92; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/182; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 535; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 236.

²²⁹ Emine Esin Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2010): 37; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 536.

²³⁰ Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 200.

²³¹ Merginani, *El-Hidâye*, 3/92; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/183; Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 38; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 236

²³² Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 200.

²³³ Merginani, *El-Hidâye*, 3/92; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/183; Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Özdirek, *Akdin Sınırları*, 236.

niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar²³⁴. Örneğin; satış sözleşmesinde sözleşmenin konusu teslim edilmeden ve bedeli ödenmeden ikale yapılırsa bu fesih niteliğindedir.

Son görüş ise diğer iki görüşün ortasında bir tutum benimsemiştir. Ebu Hanife'nin benimsediği bu görüşe göre ikale, taraflar arasında fesih olarak kabul edilirken üçüncü kişiler açısından ise sözleşmedir²³⁵. Zira ikalenin, her ne kadar sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurması sebebiyle fesih niteliğinde olduğu kabul edilse de bu durum üçüncü kişiler bakımından edimlerin değişimini içermesi sebebiyle şeklen sözleşme görünümündedir. Bu sebeple ikalenin üçüncü kişiler açısından sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilir²³⁶. Böylece tarafların ikale ile üçüncü kişilerin haklarını zedelemelerinin ve hileli işlem yapmalarının da önüne geçilmesi amaçlanır. Örneğin; sözleşmenin konusu üzerinde şuf'a hakkı olan üçüncü kişi, ikalenin üçüncü kişiler açısından sözleşme sayılması sebebiyle bu hakkını kullanma imkanı elde eder²³⁷.

Klasik İslam hukukunda ikale, fesih veya yeni bir sözleşme olarak nitelendirilmesi fark etmeksizin sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Fakat ikalenin fesih veya yeni bir sözleşme sayılması ikalenin doğurduğu sonuçlar bakımından farklılık arz eder²³⁸.

İkalenin bir fesih olduğunu savunan görüşe göre yapılacak ikale, ortadan kaldırılmak istenen sözleşmeyle aynı şartları taşımalıdır²³⁹. Örneğin; ikalede farklı bir bedel belirlenmiş olsa dahi kaldırılması istenen sözleşmedeki bedel geçerli olur. İlk sözleşmede yer almayan vade şartı, muhayyerlik gibi şartlar geçersiz olur²⁴⁰. Aynı şekilde ikalede müfsit bir şart yer alıyorsa sözleşme ilk şekliyle yapılmış sayılacağından yalnızca bu şartlar geçersiz olup ikalenin geçerliliğini etkilemez²⁴¹. İkalenin fesih sayılmasının bir

²³⁴ Merginani, *El-Hidâye*, 3/92; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/183; Aybakan, "İkâle", (12.08.2021); Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 38.

²³⁵ Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 41; Merginani, *El-Hidâye*, 3/93; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/181; Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 27; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 536; Aybakan, "İkâle", (12.08.2021); Özdirek, *Akâdin Sınırları*, 237.

²³⁶ Aybakan, "İkâle", (12.08.2021); Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 32; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/181; Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 27.

²³⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 536; Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 42; Aybakan, "İkâle", (12.08.2021).

²³⁸ Aybakan, "İkâle", (12.08.2021).

²³⁹ Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 44; Aybakan, "İkâle", (12.08.2021).

²⁴⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 537; Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 44.

²⁴¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 537; Aybakan, "İkâle", (12.08.2021); Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", 50.

diğer sonucu ise ikalenin ikalesine imkan vermemesidir²⁴². Klasik İslam hukukunda fesih sözleşmeyi geçmişe etkili ortadan kaldırdığından, ikale de önceki sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucunu doğurur²⁴³.

İkaleyi yeni bir sözleşme olarak kabul eden görüşe göre ise ikalenin, önceki sözleşmeyle aynı şartları taşıması gerekmez. Bu sebeple ikale, tarafların anlaşmış olduğu yeni bedel üzerinden geçerli olur²⁴⁴. İkaleda müfsit şartlara yer verilmesi halinde bu durum ikalenin geçersizliğine yol açar²⁴⁵. İkaleten bir sözleşme olduğu için ikalenin ikalesi mümkündür²⁴⁶. Yine bu görüşe göre ikale, sözleşmenin geleceğe etkili olarak ortadan kalkması sonucunu doğurur²⁴⁷.

İslam hukukunda yer alan tartışmaların aksine Türk hukukunda ikalenin bir sözleşme olduğu kabul edilir²⁴⁸. Her ne kadar bazı Yargıtay kararlarında ikale için “karşılıklı fesih²⁴⁹” ifadesine yer verilmiş olsa da bu ifade isabetli olmayıp kavram karışıklığına yol açabilecek niteliktedir. Zira fesih, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle ikaleden kesin bir şekilde ayrılır²⁵⁰. İkaleten ile fesih sonuçları bakımından da farklılık arz eder. Fesih, sözleşmenin taraflarının anlaşması sonucu ya da kanunen, taraflardan birine verilen bir haktır ve bu hakkın kullanılması sözleşmeyi ileriye etkili olarak ortadan kaldırır²⁵¹. İkaleten ise icap ve kabulden oluşan ve kural olarak geçmişe etkili sonuç doğuran bir sözleşmedir.

İslam hukukunda da ikalenin tarafların karşılıklı icap ve kabulleriyle kurulan ve önceki sözleşmenin ortadan kaldırılması amacıyla yapılan bir sözleşme niteliğinde

²⁴² Savaş, “İkaleten Sözleşmesi”, 110; Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 82.

²⁴³ Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Bardakoğlu, “Fesih”, (01.09.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 119.

²⁴⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 537; Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 45.

²⁴⁵ Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 51.

²⁴⁶ Savaş, “İkaleten Sözleşmesi”, 110; Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 82.

²⁴⁷ Aybakan, “İkâle”, (12.08.2021); Göç, “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”, 119.

²⁴⁸ Günay, “İkaleten Sözleşmesi”, 6.

²⁴⁹ Yargıtay 9. HD, 13.08.2008, E. 26232- K. 5313: “İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu’nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletmiş iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur”.

²⁵⁰ Günay, “İkaleten Sözleşmesi”, 7; Astarlı, *İkaleten*, 37-39.

²⁵¹ Eren, *Borçlar Genel*, 1409.

olduğu açıktır. Sonuçları bakımından ise Türk hukukuyla paralellik arz eden görüş kanımızca Ebu Hanife'ye aittir. Modern öğretide yer alan yazarlardan von Tuhr, ikale sözleşmesini “*fesih sözleşmesi*” şeklinde ifade eder ve edimlerin değişimi gerçekleşip sözleşme ifa edildikten sonra yapılan bu sözleşmenin artık fesih sözleşmesi ile ortadan kaldırılamayacağı, bu yönde yapılan sözleşmeninse yeni bir satış sözleşmesi olduğu görüşünü ileri sürmüştür²⁵². Bu görüş, Ebu Yusuf ve İmam Malik'in ileri sürmüş olduğu ikalenin ifadan sonra yapılması halinde yeni bir sözleşme olduğu görüşüyle oldukça benzerdir.

2. Sözleşmenin Tek Taraflı İradeyle Ortadan Kalkması

Türk hukukunda sözleşmenin tek taraflı iradeyle ortadan kalkması, kanunun sözleşmenin taraflarına fesih ya da sözleşmeden dönme hakkı tanınması ile söz konusu olabileceği gibi taraflar da sözleşmede fesih veya dönme haklarını düzenleyebilir.

İslam hukukunda ise sözleşmelerin iradi sebeplerle ortadan kaldırılma hallerinin tümü fesih olarak adlandırılır. Bu konuda İslam hukukuna özgü kurumlar söz konusu olduğundan ayrı başlıklar altında değerlendirmek uygun olacaktır.

a. Türk Hukukunda

Taraflar, aralarında anlaşarak bir tarafa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı verebilir ya da sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kanun koyucu tarafından taraflardan birine tanınmış olabilir. Taraflara tek taraflı irade beyanlarıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü tanıyan bu haklar; fesih, sözleşmeden dönme, geri alma ve iptal haklarıdır.

Fesih hakkı; sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğurucu bir haktır²⁵³. Bu hakkın kanunla taraflardan birine verildiği durumlara örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde düzenlenen, kiraya verenin on yıllık uzama süresinin sonunda her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirim de bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi fesih hakkı örnek gösterilebilir²⁵⁴.

²⁵² Von Tuhr, *Borçlar Hukuku 1-2*, 638, dpn. 34.

²⁵³ Eren, *Borçlar Genel*, 1410.

²⁵⁴ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 111, dpn. 28.

Sözleşmeden dönme hakkı da tarafların iradelerinden veya kanundan kaynaklanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, borçlunun temerrüdü karşısında alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı kanundan kaynaklanan hallere örnektir.

TBK m. 296'da düzenlenen bağışlama sözü verenin geri alma hakkı ve irade bozukluğu sebebiyle iradesi sakatlanana tanınan iptal hakkı da taraflara tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü tanıyan diğer haklardır.

b. İslam Hukukunda

İslam hukukunda sözleşmeden dönme, iptal, geri alma ve cayma hakkı gibi sözleşmenin tüm iradi şekilde sona erme sebepleri fesih olarak adlandırılır²⁵⁵. Fesih hakkı, İslam hukukundaki temelini sözleşmenin bağlayıcılığı meselesinden alır. Sözleşmenin bağlayıcılığı, tarafların sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmalarını ifade eder²⁵⁶. Kural olarak yalnızca başından itibaren bağlayıcı olmayan veya bağlayıcılığı sonradan kalkan sözleşmeler feshedilebilir²⁵⁷. Bu husus aynı zamanda sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün de sınırlarını çizmektedir. Bağlayıcılık noktasında sözleşmeler; iki tarafı bağlayıcı sözleşmeler, tek tarafı bağlayıcı sözleşmeler ve her iki taraf için de bağlayıcı olmayan sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır²⁵⁸. Ayrıca meclis muhayyerliği de sözleşmelerin bağlayıcılık kazanmasında önemlidir.

1) İki Tarafı Bağlayıcı Sözleşmelerde Fesih

a) Genel Olarak

Her iki taraf için de bağlayıcı olan sözleşmelerin büyük bir kısmını, iki tarafın da karşılıklı olarak bir edimi ifa etmeyi taahhüt ettikleri sözleşmeler oluşturur. İslam hukukunda bu sözleşmeler, muavaza sözleşmeleri olarak ifade edilir²⁵⁹. Muavaza; bir şeyi

²⁵⁵ Ali Bardakoğlu, "Fesih", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fesih> (01.09.2021).

²⁵⁶ Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 40.

²⁵⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 386; Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 62; Zerka, *İslam Hukuku*, 439; Karaman, *Mukayeseli*, 413.

²⁵⁸ Zerka, *İslam Hukuku*, 439 vd; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 233 vd.; Karaman, *Mukayeseli*, 408.

²⁵⁹ Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 63.

başka bir şey karşılığında vermek, değiş tokuş etmek gibi anlamlara gelir²⁶⁰. Dolayısıyla İslam hukukunda her iki tarafın da karşılığını vererek yapmış oldukları sözleşmelere muavaza sözleşmeleri denir²⁶¹. Satış, kira, selem ve eser sözleşmeleri muzavaza sözleşmelerine örnektir²⁶².

Karşılıklı borç yüklememesine rağmen, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bağışlama sözleşmesi iki taraf için de bağlayıcı kabul edilir²⁶³. Fakat Hanefî ekolündeki hakim görüş bağışlama sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı yönündedir²⁶⁴. Nitekim kimse bağışladığı şeyi ifa etmeye zorlanmaz²⁶⁵.

İki tarafı bağlayıcı sözleşmelerde taraflara fesih hakkı tanıyan durumlar muhayerlik ve mazeret halleridir.

b) Muhayerlik

Muhayerlik, “seçme hakkı, iki şeyden dilediğini seçme” anlamlarına gelir ve “hıyâr” kelimesi ile eş anlamlıdır²⁶⁶. Hukuki anlamda ise muhayerlik, taraflardan birine veya her ikisine, kanuni bir gerekçeyle veya aralarındaki anlaşmayla tanınan sözleşmeyi onama ya da fesih haklarından birisini seçme hakkı olarak tanımlanır²⁶⁷. Dolayısıyla bağlayıcı sözleşmelerde muhayerlik hakkına sahip olan taraf, sözleşmeyle bağlayıcı olmayıp bu hak çerçevesinde sözleşmeyi ortadan kaldırmada ve sözleşmeyi onamada özgürdür. Nitekim tarafların sahip olduğu muhayerlik, sözleşmenin bağlayıcılık kazanmasını engeller²⁶⁸.

²⁶⁰ <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/المعاوضة/?c=Tüm> (E.T. 01.09.2022); Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 63.

²⁶¹ Bilal Aybakan, “Muâvaza”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muavaza> (02.10.2022).

²⁶² Aybakan, “Muâvaza”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (02.10.2022).

²⁶³ Eşref Ali et-Tehanevî ve Zafer Ahmed el-Osman et-Tehanevî, *Hadislerle Hanefî Fıkhi*, Trc. Macit Bilge ve Abdulhalik Duman, C. 17, (İstanbul: Misvak Neşriyat, 2018), 73; Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 70, dpn 175’te adı geçen yazarlar.

²⁶⁴ İbrâhim Halebî, *Mevkûfat Mültekâ Tercümesi*, Şerheden: Mehmet Mevkûfâtî, Sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu, C: 3, (İstanbul: Saadet Yayınevi, 1991), 351; Tehanevî, *Hanefî Fıkhi*, 17/83; Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 67.

²⁶⁵ Tehanevî, *Hanefî Fıkhi*, 17/76.

²⁶⁶ H. Yunus Apaydın, “Muhayerlik”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhayerlik> (17.09.2021).

²⁶⁷ Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/69; Apaydın, “Muhayerlik”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.09.2021). Muhayerlik hakkındaki benzer tanımlar için bkz. Hasan Şahin, “Akitlerde Muhayerlik Teorisi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, 2016), 23.

²⁶⁸ Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 137.

İslam borçlar hukukunda otuzu aşkın muhayyerlik çeşidi olduğu ifade edilir²⁶⁹. Şart, ayıp, görme, tayin, meclis, nakit, vasıf muhayyerlikleri bunlardan bazılarıdır. Şart ve ayıp muhayyerlikleri bütün ekoller tarafından kabul edilen muhayyerlik türleridir²⁷⁰. Diğer muhayyerliklerin hukuki niteliği ise tartışmalıdır.

Şart muhayyerliği, iki tarafı bağlayıcı sözleşmelerde sözleşme kurulurken taraflardan birine veya her ikisine verilen, sözleşmeyi belirli bir süre içerisinde feshetme veya onama hakkıdır²⁷¹. Dolayısıyla şart muhayyerliği, sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Bununla beraber taraflar, şart muhayyerliği için öngörülen sürede fesih haklarını kullanmazlarsa sözleşme kendiliğinden bağlayıcılık kazanır²⁷². Mecelle’de şart muhayyerliği şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bâyi ya müşteri veyahut ikisi birden, müddet-i ma'lume içinde bey'i fesh etmek yahut icâzet ile infaz eylemek hususunda muhayyer olmak üzre, bey'de şart kılmak caizdir*”²⁷³.

Ayıp muhayyerliği, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyde teslimden önce var olan ve sözleşmeden beklenen haklı menfaatin gerçekleşmemesine ya da değerinde azalmaya yol açan bir eksikliğin bulunması durumunda alıcıya tanınan sözleşmeyi fesih hakkıdır²⁷⁴. Alıcı maldaki ayıbı öğrendiğinde ayıplı malı alıp almamakta özgürdür²⁷⁵. Çünkü sözleşmenin konusunun ayıpsız olması esastır. Mecelle’de ayıp muhayyerliği şu şekilde tanımlamıştır: “*Bey'-i mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kâdimi tebeyyün ettikde müşteri muhayyerdur. Dilerse reddeder ve dilerse semen-i müsemmâ ile kabul eyler. Yoksa malı alıkoyup da ayıbı için bahasını tenkis edemez. İşte buna hıyâr-ı ayb denir*”²⁷⁶. Maddedeki “*bey'-i mutlak ile satılan*” ifadesinden “*kusurlu çıkarsa sorumluluk almam*”

²⁶⁹ Diğer muhayyerlikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, "Muhayyerlik", TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.09.2021); Şahin, “Muhayyerlik Teorisi”, 92 vd.; Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 137 vd..

²⁷⁰ Apaydın, "Muhayyerlik", TDV İslâm Ansiklopedisi, (22.09.2021). Zahirî hukukçu İbn Hazm'ın şart muhayyerliğini kabul etmediği yönünde bkz. Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 140.

²⁷¹ Merginani, *El-Hidâye*, 3/51; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/57; Apaydın, "Muhayyerlik", TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.09.2021); Şemsü'l-eimme Ebî Sehl Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, Çeviren: Abdusselam Arı ve Hüseyin Kayapınar, Editör: Mustafa Cevat Akşit, *Mebûsât*, C. 13, (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 55; Şahin, “Muhayyerlik Teorisi”, 191; Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 139.

²⁷² Ceylan, “Akdin Bağlayıcılığı”, 144.

²⁷³ Mecelle m. 300.

²⁷⁴ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 424; Apaydın, "Muhayyerlik", TDV İslâm Ansiklopedisi, (22.09.2021); Şahin, “Muhayyerlik Teorisi”, 131.

²⁷⁵ Merginani, *El-Hidâye*, 3/66; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/100.

²⁷⁶ Mecelle m. 337.

şeklinde bir kayıt düşülmeden yapılan satışlar kastedilmektedir²⁷⁷. Hiçbir kusurdan sorumlu olmama kaydı (*bey'-i mutlak*) ile bir mal satışı söz konusu olduğunda Hanefî ekolüne göre bu satış geçerlidir²⁷⁸.

c) Mazeret

İki tarafı bağlayıcı sözleşmeler kural olarak karşılıklı anlaşmayla ortadan kaldırılır. Fakat birtakım haklı sebepler sözleşmelerin bağlayıcılığının ortadan kalkmasına imkan tanıyabilir²⁷⁹. Bağlayıcılığın kalkmasıyla taraflar sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.

Sözleşmenin bağlayıcılığının geçici sebeplerle ortadan kalkmasının en önemli görünümü beklenmeyen hal teorisidir²⁸⁰. Beklenmeyen hal teorisi, ahde vefa ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Beklenmeyen halde, borçlunun davranışı olmaksızın sözleşmenin kurulduğu zamanki şartlarda önemli ve öngörülemez değişiklikler sonucu sözleşmenin ifasının borçluya aşırı bir yük getirmesi söz konusudur²⁸¹. Bu durumda İslam hukukunda hakkaniyet gereği sözleşmenin düzenlenmesi veya feshedilmesi yoluna gidilmektedir²⁸². Mecelle’de bu husus “*Meşakkat teysiri celbeder*²⁸³”, “*Bir iş zı’k oldukça*

²⁷⁷ Ahmet Yaşar, “İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukuki Sonuçları” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 1993), 44.

²⁷⁸ Merginani, *El-Hidâye*, 3/70.

²⁷⁹ Zerka, *İslam Hukuku*, 384; H. Yunus Apaydın, "Lüzum", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/luzum--fikih> (05.12.2021).

²⁸⁰ Saffet Köse, “İslam Hukukunun Modern Hukuka Katkıları Konusunda Bir Deneme”, *Makâlât*, 1 (1999): 17.

²⁸¹ Köse, “İslam Hukukunun Katkıları”, 17.

²⁸² Köse, “İslam Hukukunun Katkıları”, 17. Beklenmeyen hal teorisini Türk hukukunda karşılayan ifade “*aşırı ifa güçlüğü*” olup TBK m. 138/I’de kaleme alınmıştır. Maddeye göre, “*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*”.

²⁸³ Mecelle m. 17: “*Zorluk kolaylığı getirir, ...darlık zamanında genişlik gösterilir*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 104.

*müttesi' olur*²⁸⁴”, “*Zarar izale olunur*²⁸⁵”, “*Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar*²⁸⁶” vd. maddeleriyle düzenlenmiştir.

2) Tek Tarafı Bağlayıcı Sözleşmelerde Fesih

Tek tarafı bağlayıcı sözleşmeler, rehin ve kefalet gibi taraflardan birine borç yükleyen sözleşmelerdir. Rehın ve kefalet sözleşmeleri, alacaklının alacağını koruma amacıyla yapmış olduğu sözleşmelerdir²⁸⁷. Bu sözleşmelerde borçlu olan taraf sözleşmeyi feshedemezken alacaklı olan taraf, alacağından vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilir²⁸⁸. Bu bakımdan rehin sözleşmesinde rehin alan; kefalet sözleşmesinde ise alacağını teminat altına almak için kefalet sözleşmesi akdeden, sözleşmeyi karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın tek taraflı iradesiyle ortadan kaldıracaktır²⁸⁹. Rehın veren ve kefil ise sözleşme ile bağlıdır. Bu kimseler sözleşmeyi ancak ikale sözleşmesi ile ortadan kaldıracabilirler.

3) İki Tarafı İçin de Bağlayıcı Olmayan Sözleşmelerde Fesih

Her iki taraf için de bağlayıcı olmayan sözleşmeler, üçüncü bir kişinin hakkını ihlal etmediği sürece iki tarafça da sona erdirilebilir²⁹⁰. Bu sözleşmeler yapısı ve amacı gereği bağlayıcılık unsuru taşımazlar ve taraflardan herhangi birinin sözleşmeyi feshetmesi ile ortadan kalkar²⁹¹. Çağdaş İslam hukukçuları arasında, bu gruba giren sözleşmeler hakkında bir birlik yoktur. Muhammed Ebu Zehra'ya göre teberra (*karşılıksız kazandırma*) akitleri, şirket ve vekalet akdi; Senhuri'ye göre vekalet, şirket, ariyet, bağışlama ve vedia sözleşmeleri bu gruptandır²⁹².

Zerka ise sözleşmelerin bağlayıcılığının mutlak veya sınırlı olarak kalktığı dokuz sözleşme olduğunu belirtir²⁹³. Bunlardan vedia, ariyet ve şirket ve mudarebe sözleşmeleri iki taraf için de mutlak bir şekilde bağlayıcı olmayan sözleşmelerdir. Vekalet, tahkim,

²⁸⁴ Mecelle m. 18: “*Bir işi yaparken meşakkat ve darlık hâsıl olursa, genişlik aranıp ruhsatlar kullanılır*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşirgil/Ekinci, *Mecelle*, 105.

²⁸⁵ Mecelle m. 20: “*Zarar giderilir. Ancak kendi misliyle değil usûlü dairesinde giderilir*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşirgil/Ekinci, *Mecelle*, 106.

²⁸⁶ Mecelle m. 22: “*Zaruretler (zorlayıcı sebepler), yasakları mübah hale getirir*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşirgil/Ekinci, *Mecelle*, 107.

²⁸⁷ Ceylan, “*Akdin Bağlayıcılığı*”, 73.

²⁸⁸ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 208; Zerka, *İslam Hukuku*, 441; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 243.

²⁸⁹ Ceylan, “*Akdin Bağlayıcılığı*”, 74-76.

²⁹⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 208; Zerka, *İslam Hukuku*, 441.

²⁹¹ Zerka, *İslam Hukuku*, 382; Ceylan, “*Akdin Bağlayıcılığı*” 81; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 247.

²⁹² Naklen Apaydin, “*Lüzum*”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (05.12.2021).

²⁹³ Zerka, *İslam Hukuku*, 385.

vasiyet ve bağışlama sözleşmeleri aslen bağlayıcı olmayıp bazı hallerde bağlayıcı olan sözleşmelerdir. Kira ve müzaraa²⁹⁴ sözleşmeleri ise aslen bağlayıcı olmakla birlikte birtakım özel şartlar altında bağlayıcılığı kalkan sözleşmelerdir²⁹⁵. Eser (*istisna*) sözleşmesi ise Hanefî içtihadına göre bağlayıcı olmamasına rağmen Mecelle’de bağlayıcı olarak düzenlenen bir sözleşmedir²⁹⁶.

4) Meclis Muhayyerliği

Meclis muhayyerliği bazı ekollere göre, sözleşmenin bağlayıcılık unsuru kazanması bakımından önemlidir. Tarafların sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelerek sözleşme görüşmelerini yaptıkları an ve mekana akit meclisi denir²⁹⁷. Hanefî ve Mâlikî ekolleri, sözleşmenin icap ve kabulün buluşması ile kurulacağı ve kurulur kurulmaz bağlayıcılık kazanacağı görüşündedirler²⁹⁸. Bu sebeple meclis muhayyerliğini kabul etmezler²⁹⁹. Şâfiî ve Hanbelî ekolleri ise, icap ve kabulün yanında, sözleşmenin akit meclisinin dağılmasıyla bağlayıcılık kazanacağını savunurlar. Bu sebeple Şâfiî ve Hanbelî ekollerine göre akit meclisi dağılmadıkça her bir taraf sözleşmeden vazgeçme hakkına sahiptir³⁰⁰. Söz konusu vazgeçme hakkına, meclis muhayyerliği denir³⁰¹.

²⁹⁴ Müzaraa, İslam hukukunda toprak sahibi ile toprağı işletenin, elde edilecek mahsulü belli oranda paylaşmak üzere akdettikleri zirai ortaklık sözleşmesine denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Kayapınar, "Müzâraa", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muzaraa> (19.09.2022).

²⁹⁵ Zerka, kira sözleşmesinde tarafların beklenmedik hal sebebiyle; müzaraa sözleşmesinde ise tohum sahibinin tohumların ekilmesinden önce sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğu görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zerka, *İslam Hukuku*, 384 vd.

²⁹⁶ Hanefî ekolüne göre ısmarlanan şey yapılmadığı müddetçe taraflar eser sözleşmesinden dönme hakkını haizdir. Mecelle m. 392’de ise eser sözleşmesi, kurulmasından itibaren taraflar açısından bağlayıcı kabul edilmiştir. Zerka, *İslam Hukuku*, 385.

²⁹⁷ Bilal Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/meclis--fikih> (06.12.2021); Zerka, *İslam Hukuku*, 300; Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 20.

²⁹⁸ Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 21; Hafif, *Hukukî İşlemler*, 376; Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, (06.12.2021); Apaydın, "Lüzum", TDV İslâm Ansiklopedisi, (05.12.2021).

²⁹⁹ Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 21.

³⁰⁰ Bilmen, *Hukukî İslamiyye (6)*, 21; Hafif, *Hukukî İşlemler*, 376; Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, (06.12.2021); Apaydın, "Lüzum", TDV İslâm Ansiklopedisi, (05.12.2021). Meclis muhayyerliği ve ekollerin tartışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 117 vd; Çeker, *Akidler*, 61 vd.

³⁰¹ Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, (06.12.2021).

V. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Modern dönemde liberalizmin savunduğu sözleşme özgürlüğü, 19. yüzyılda özgürlük arayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve bireylere tanınan sözleşme özgürlüğünün sınırları, son derece geniş tutulmuştur. Taraflara sözleşme yaparken geniş bir hakimiyet alanı tanınmasında esas neden, bireylerin adil koşullarda, eşit hak ve koşullara sahip iki tarafın üzerinde mutabık kalacağı sözleşme koşullarını temin eden hukuki bir düzenin varlığının farz edilmesidir³⁰². İşte tam da bu sebepten liberalizmin tanıdığı sözleşme özgürlüğü şekli bir özgürlük olmaktan öteye gidememiştir. Zira gerçekte bireyler arası sosyoekonomik eşitsizlikler, tarafların müzareke yetenekleri ve tecrübeleri arasında ciddi farklar söz konusudur³⁰³. Bu dönemde özellikle sanayi devriminin de etkisiyle gelişen ticari ve ekonomik hayat, bireyler arası eşitsizliklerin artmasına ve bireysel sözleşmelerin yapılmasının zorlaşmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla bu dönemde adil sözleşme koşullarından söz etmek mümkün değildir. Nitekim maddi sözleşme özgürlüğünün olmadığı bir düzende sözleşme adaleti de söz konusu olamaz.

Liberalizmin ideal düzeninin somut gerçekliği temsil etmediğinin anlaşılması ile şekli sözleşme özgürlüğü anlayışı, yerini maddi sözleşme özgürlüğü anlayışına bırakmıştır³⁰⁴. Maddi sözleşme özgürlüğü anlayışı, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının, adil bir sözleşme ortamının sağlanması amacıyla daraltılmasını temel alır³⁰⁵. Modern hukukta bu sınırlandırmalar sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak pozitif hukukla yapılmaktadır. Nitekim Türk hukukunda Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmamak kaydıyla, ancak kanunla sınırlandırılabilceği düzenlenmesi yer almaktadır.

İslam hukukunda da çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre kural sözleşme özgürlüğüdür. Bunun yanında adalet ve kamu yararı gereği sözleşme özgürlüğüne

³⁰² Hayriye Şen Doğramacı, "Türk Borçlar Kanununun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Özgürlüğü Mü? Sözleşme Adaleti Mi?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 38 (2013): Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C.II,1284; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 503.

³⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 504.

³⁰⁴ Şen Doğramacı, "Sözleşme Adaleti", 1284.

³⁰⁵ Şen Doğramacı, "Sözleşme Adaleti", 1284.

hukukun müdahalesi söz konusu olmaktadır. İslam hukuku sistemi; adaleti tesis etme amacıyla, hakkaniyetin ve kamu menfaatinin gerektirdiği hallerde sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmıştır³⁰⁶.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların sözleşme özgürlüğüne müdahale olarak anlaşılması gerekir³⁰⁷. Aksine maddi sözleşme özgürlüğünün amacı, bireyler arasındaki bozulan menfaatler dengesini yeniden kurarak sözleşme adaletini sağlamaktır³⁰⁸. Nitekim sınırları belli olmayan sonsuz bir özgürlük başkalarının özgürlüğüne bir müdahaledir. Bu sebeple özgürlüklerin tanınması, sınırlarının da belirlenmesini zorunlu kılar³⁰⁹.

Çalışmada buraya kadar, sözleşme özgürlüğünün zaman içerisindeki seyri ve onun sınırlandırılmasındaki gereklilik açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁰⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 147; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 134.

³⁰⁷ Sirmen, “Sözleşme Kavramı”, 455; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 504; Şen Doğramacı, “Sözleşme Adaleti”, 1285.

³⁰⁸ Şen Doğramacı, “Sözleşme Adaleti”, 1287; Küçükyalçın, “Özgürlük”, 108.

³⁰⁹ Sirmen, “Sözleşme Kavramı”, 448.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ KAVRAMI

Taraflar sözleşmenin içeriğini, kanunda belirlenen sınırlar içerisinde özgürce düzenleyebilirler. Buna sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü denir³¹⁰. “Sözleşmenin içeriği” kavramının tanımı Türk Borçlar Kanunu’nda yapılmamıştır. Öğretide ise dar ve geniş anlamda olmak üzere iki tanım bulunur. Dar anlamda sözleşme içeriği, bir sözleşme ilişkisinde tarafların belirledikleri haklar ve borçlar bütünü olarak ifade edilir³¹¹. Başka bir ifadeyle dar anlamda sözleşmenin içeriği, tarafların birlikte kararlaştırdıkları ve karşılıklı olarak yerine getirmekle yükümlü oldukları edimler, yan edimler, yan yükümlülükler, sözleşmenin veya ihtarın şekline ilişkin belirlemeler, ifa

³¹⁰ Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 5; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 528; Ünal, *Keleşleme*, 52; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 23. Türk hukukunda sözleşmenin içeriği ve sözleşmenin konusu kavramlarının eş anlamlı olarak kullanıldığı yönünde bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 526, dñn. 4; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 140. Başpınar’a göre TBK 27/1’de sözleşmenin konusu ifadesi ile kastedilenin sözleşmenin içeriği olmakla birlikte içerik kavramı yerine konu kavramını kullanmak isabetli değildir. Bu yönde bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 57, dñn. 30. Ateş’e göre de konu sözleşmenin neyle ilgili olduğunu ve edimleri ifade eder. Ancak içerik bunlarla sınırlı olmayıp kapsamı daha geniştir. Bu yanlışlığın sebebinin ise mehz kanundan kaynaklanan bir çeviri hatası olduğu yönünde bkz. Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 197-198. Eren’in de sözleşmenin içeriğini “edimlerin miktarı, konusu, süre ve tarzı” şeklinde açıklaması, yazara göre içerik kavramının konu kavramından daha geniş bir anlam ihtiva ettiği izlenimi vermektedir. Bu yönde bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. 1* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 745. Kanımızca da sözleşmenin konusu ile sözleşmenin içeriği esasen iki farklı kavramdır. Fakat Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlenen 26-29. madde hükümlerinin başlığı “sözleşmenin içeriği” şeklinde kaleme alındığından biz de konuyla kastedilenin içerik olduğu kanaatindeyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 198, dñn. 550; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 57, dñn. 30.

³¹¹ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 60; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 140; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 58; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 183; Eren, *Borçlar Genel*, 357.

yeri, ifa zamanı gibi sözleşmeye dahil olan pek çok husustan oluşmaktadır³¹². Öğretide tarafların ortak amacının da içeriğe dahil olduğu ifade edilmektedir³¹³. Geniş anlamda sözleşmenin içeriğine ise tarafların ortak dolaylı amaçları da dahildir³¹⁴. Sözleşmede doğrudan yer verilmeyen fakat sözleşmeyle gerçekleşmesi mümkün olan amaç dolaylı amaçtır³¹⁵. Dolaylı amacın sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açması için ortak amaç olması gerekir. Başka bir ifadeyle dolaylı amacın her iki tarafça da bilinip istenmesi ve takip edilmesi gerekir³¹⁶. Genelev işletmek amacıyla yer kiralayıp, işletme iznini masaj salonu olarak almaya ilişkin hukuki işlem tarafların dolaylı ortak amaçlarının hukuka aykırı olmasına örnek verilebilir³¹⁷.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırları öğretide içerik sakatlığı sebepleri olarak da ifade edilir³¹⁸. Dolayısıyla çalışmanın konusunu oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki haller aynı zamanda içerik sakatlığı sebepleridir. Başka bir deyişle emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ile imkansızlık sözleşmenin içeriğinin sakatlanmasına yol açar.

Klasik İslam hukukunda satış sözleşmesi model sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla sözleşmelere ilişkin unsurlar satış sözleşmesi etrafında şekillenmiştir. Satış sözleşmesinin konusunu ifade etmek için satılan şey anlamına gelen mebi' kelimesi tercih edilir. Bunun yanında genel olarak sözleşmelerin konusu için, "*akdin mahalli*" veya "*makudun aleyh*" terimleri kullanılır. "*Makudun aleyh*", üzerinde sözleşme yapılan şey anlamına gelir ve dar anlamda sözleşmenin içeriğini oluşturur. İslam hukukunda sözleşmenin konusu; mal, menfaat veya bir işin yapılması olabilir³¹⁹. Bunun yanı sıra İslam hukukuna özgü takyidi şartlar da kanımızca geniş anlamda sözleşmenin içeriğine dahildir. Zira taraflarca sözleşmeye getirilen takyidi şartlar, sözleşmenin konusuna ve ifasına ilişkin şartları içerir.

³¹² Başpınar, *Kısmi Butlan*, 59; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 718; Eren, *Borçlar Genel*, 358.

³¹³ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 140; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 198; Eren, *Borçlar Genel*, 358; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 718;

³¹⁴ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 60; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 140; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 59; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 183.

³¹⁵ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 60, dpn. 167; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 59.

³¹⁶ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 59; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 199; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 143.

³¹⁷ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 59; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 143.

³¹⁸ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 102; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 86.

³¹⁹ Zeydan, *İslam Hukuku*, 449.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir. TBK m. 26'nın “*kanunda öngörülen sınırlar içinde*” lafzından da bu özgürlüğün sınırsız olmadığı anlaşılmaktadır. Devamında gelen m. 27/1'de ise bu özgürlüğün sınırları yer almaktadır. Buna göre sözleşmenin içeriği; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olacak şekilde düzenlenemez.

Klasik İslam hukukunda sözleşmenin konusunda bulunması gereken birtakım şartlar vardır. Bunlar; konunun kendisinden hukuken yararlanılabilir, belirli veya bilinebilir, mümkün ve mevcut olmasıdır. Kendisinden hukuken yararlanılabilir olma; konunun, hukuk düzeninin sözleşmenin konusu olmasına izin verdiği şeyler olmasını ifade eder. Konunun belirli veya bilinebilir olması ise esasen, içeriğin belirsizliğe ve bundan kaynaklanan anlaşmazlığa yol açmaması amacıyla getirilmiş emredici hükümlerdir. Mümkün ve mevcut olması ise sözleşmenin içeriğini oluşturan edimin ifasının imkansız olmamasını ifade eder. Kural olarak bunların aksine bir husus sözleşmenin konusu yapılamaz. Fakat uygulamada, ihtiyaçtan doğan istisnaları söz konusudur. Bu istisnalara aşağıda değinilmiştir.

İslam hukuku literatürü, ilk dönemlerden itibaren pratikte ortaya çıkan münferit sorunları çözmek suretiyle, meselecî yöntemle oluştuğundan, bu dönemlerde emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırılık gibi ayırımların henüz kavramlaşmadığını söylemek mümkündür. Fakat bu durum hukuki düzenlemelerde kamu düzeni, ahlak gibi unsurların gözetilmediği anlamına gelmez. Bilakis İslam hukukunun amaçları arasında hukuk kurallarının dinî ve ahlakî bir zemine sahip; kamu yararını ve dolayısıyla kamu düzenini gözetilen kurallar olması yer alır³²⁰. Modern hukuk sistemlerinde de bu kavramların 19. yüzyıldan itibaren kullanılmaya başlandığı görülür. Bu sebeple her ne kadar Klasik İslam hukukunda böyle bir ayırım yapılmamışsa da öğretilerdeki tartışmaların bu kavramlar üzerinden ilerlemesi ve mukayeseli çalışmanın mahiyeti gereği bu yöntem üzerinden gitmek kanımızca daha faydalı olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar klasik İslam hukuku ilkeleri, modern hukuktaki sınıflandırmaya göre ele alınsa da İslam hukuku, yapısı ve mahiyeti gereği modern hukukun esas aldığı ölçütlerle birebir örtüşmez. Nitekim tamamen beşeri karakter sergileyen modern hukuk sisteminin temel

³²⁰ Ali Bardakoğlu, "Din", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/din#6> (22.05.2022).

aldığı ilkeler ve özellikle kamu düzeni ve genel ahlak anlayışı ile beşerî olmasının yanı sıra kişilerin uhrevî faydasını da gözeten İslam hukukunun temel aldığı ilkeler, aynı şekilde kamu düzeni ve genel ahlak anlayışı, birbirlerinden farklılık gösterebilir³²¹. Kaldı ki bugün itibarıyla dahi sınırları çizilemeyen kamu düzeni kavramı ve genel ahlak anlayışı toplumdan topluma ve zamandan zamana değişkenlik gösteren göreceli kavramlardır. Ancak bu farklılığın yanı sıra her iki hukuk sisteminde de evrensel hukuk normlarının gerektirdiği benzer kuralların olacağı da şüphesizdir.

Bu sebeple biz de İslam hukukundaki sınıflandırmayı aktarırken mümkün olduğunca bu sınıflandırmaya bağlı kaldık. Sözleşmenin konusunun mümkün ve mevcut olması modern taksimde yer alan “*imkansızlık*” başlığı ile yakından ilgili olduğundan bu iki kategoriye, imkansızlık başlığında yer verdik. Konunun belirli veya bilinebilir olması ile hukuken yararlanılabilir olmasını “*emredici hükümlere aykırılık*” başlığında inceledik. Sözleşmenin konusuna ilişkin olan bu sınıflandırmalar diğer başlıklarla da alakalı olabilir. Bir başka ifadeyle, bir sınıflandırma hem kamu düzeninden hem de emredici hükümlerden olabilir. Örneğin; sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması emredici bir hükümdür ve aynı zamanda kamu düzenindedir. Nitekim Türk hukukunda da bir düzenleme hem emredici hükümlere hem de ahlaka, kamu düzenine yahut kişilik hakkına ilişkin olabilir³²².

II. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRI OLMASI

Emredici hükümler gerek Türk gerek klasik İslam hukukunda uyulması hukuken zorunlu olan kuralları ifade eder. Başka bir deyişle emredici hükümler, aksine davranmanın mümkün olmadığı, kesin ve bağlayıcı hükümlerdir³²³. Bu sebeple sözleşmenin içeriği emredici hükümlere aykırı olamaz. Türk hukukunda ve klasik İslam hukukunda emredici hükümlere, ilgili hükümlerin lafzından, yorumundan ya da

³²¹ Ali İhsan Pala, “Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkani”, *İLTED* 2 (2016): 44.

³²² S. Sulhi Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 370; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 84 Başpınar, *Kısmi Butlan*, 107.

³²³ Ali İhsan Pala, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu* (Ankara: Fecr Yayınları, 2009), 390; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 147.

amacından ulaşılır. Her iki hukuk sisteminde de içerik özgürlüğünün sınırını oluşturan emredici hükümlere aykırılık halinde bazı yaptırımlar gündeme gelir.

İslam hukukunda, emredici hükümler sistematik bir kanun metni şeklinde yer almaz. Kaldı ki nasslarda yalnızca hukuk kuralları değil, ahlaka, insani değerlere, yaratıcı ile kul arasındaki ilişkilere dair kurallar ve tavsiyeler de yer alır³²⁴. Bu sebeple nasslarda yer alan bir hükmün emredici nitelikte olup olmadığı hükmün lafzından yahut yorumundan çıkarılır³²⁵.

A. Türk Hukukunda

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün ilk sınırı, sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine aykırı nitelikte olmasıdır³²⁶. Dar anlamda emredici hükümler, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleriyle dahi devre dışı

³²⁴ Pala, “Emredici-Yedek”, 36.

³²⁵ Pala, “Emredici-Yedek”, 36.

³²⁶ 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu m. 19 şu şekilde kaleme alınmıştır: “(I) Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir. (II) Kanunun kat’î surette emrelediği hukuki kaideler ve kanuna muhalefet, ahlâka (âdaba) umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”. EBK m. 20 ise: “(I) Bir akdin mevzuu gayri mümkün ve gayri muhik yahut ahlâka (âdaba) mugayir olursa o akit bâtıldır. (II) Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lâğvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla bâtil addolunur”. Buna göre 19. madde yer alan “kanunun kat’î surette emrelediği hukuki kaideler” ifadesi ile kanunun emredici hükümleri kastedilse de 20. maddede “gayri muhik” ifadesi kavram kargaşasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim kanun koyucu önceki maddede emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı tek tek sayarken 20. maddede imkansızlık, hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılıktan söz etmektedir. Bu sebeple sözleşmenin içeriğinin gayri muhik yani, hukuka aykırı olması ile kastedilenin ne olduğu öğretilerde tartışılmıştır. Öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 91 vd.. Hâtemi’ye göre dar anlamda hukuka aykırılık yerine yazılı hukuk kurallarına (kanuna) aykırılık ifadesi tercih edilmeli, hukuka aykırılık kavramı ise ahlaka ve kanuna aykırı olan tüm halleri içine alan bir üst kavram olarak kullanılmalıdır. Nitekim yazara göre ahlak kuralları yazılı olmaması sebebiyle diğer hukuk kurallarından ayrılır. Yine de yazara göre kavram kargaşasının en uygun çözümü üst kavram olarak “hukuk düzenine aykırılık” kavramını tercih etmektir. Bu yönde bkz. Hüseyin Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 30-32. Kanımızca EBK m. 20’de yer alan hukuka aykırılık kavramı, m. 19 ile birlikte ele alınmalı ve emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık hallerini içine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu yönde bkz. Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 140 vd.. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27/1’de içerik özgürlüğünün sınırları için “hukuka aykırı olamaz” demek yerine tek tek sayılması yolu tercih edilerek bu konuya açıklık getirilmiştir. Bu sebeple çalışmada hukuka aykırılık kavramı, TBK m. 27/1’de sayılan tüm içerik özgürlüğüne aykırılık halleri ve diğer yazılı veya yazısız tüm hukuk kurallarını içine alacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 80 II 329) hukuka aykırılığı, “sözleşmenin içeriğinin, hukuk düzeninin bir kuralını ihlal etmesi” yine başka bir kararında (BGE 80 II 280) ise, “hukuk düzeninin objektif, emredici nitelikteki, kamu veya özel hukuka ait, yazılı veya yazılı olmayan, kantonal veya konfederal bir kuralına aykırılıktır” şeklinde tanımlamıştır. Kararlar için bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 124, dpn. 103.

bırakılamayan ve mutlaka uymak zorunda oldukları kanun hükümleridir³²⁷. Geniş anlamda emredici hükümler ise kanunlarda düzenlenen yasaklayıcı hükümleri de kapsar³²⁸. Türk hukukundaki kanun ifadesinden sadece borçlar kanunu değil, yürürlükteki tüm kanunlar ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi düzenlemeler de anlaşılmalıdır³²⁹. Bir düzenlemenin emredici veya yasaklayıcı hüküm olduğu; lafzından, amacından veya yorumundan anlaşılabilir³³⁰.

Yargıtay, bir kararında emredici hükümleri, “...aksi taraflarca kararlaştırılmayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır” şeklinde tanımlar³³¹. Bir başka kararında ise “Emredici normlar, kamu menfaat ve düzenini koruma amacı güder” ifadesiyle emredici hukuk kurallarının amacını ortaya koyar³³². Gerçekten de emredici hükümler; devletin toplum menfaatini, kamu düzenini, ahlakı, kişilik haklarını ve

³²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 534; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 147; Erman, “Akit Serbestisi”, 609; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 35; Eren, *Borçlar Genel*, 359; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 137; Antalya, *Borçlar*, 277; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 227; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 257; Ünal, *Kelepçeleme*, 64; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 160; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 723.

³²⁸ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 35; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 164; Antalya, *Borçlar*, 276; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 288; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 137; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 724.

³²⁹ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 146; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 267; Eren, *Borçlar Genel*, 358; Antalya, *Borçlar*, 276; Ünal, *Kelepçeleme*, 65; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 724.

³³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 534; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri)*, C. 1 (İstanbul: Filiz Yayınevi, 2015), 131; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 84; Erman, “Akit Serbestisi”, 610; Hâtemi, *Ahlaka Aykırılık*, 36; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 126; Eren, *Borçlar Genel*, 359; Antalya, *Borçlar*, 277; Ünal, *Kelepçeleme*, 65; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 725; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 36; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 149. Bazen kanun hükümlerinin emredici olduğu, ilgili hükümlerin emir kipi ile yazılmasından anlaşılır. Jale Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953), 11. Y. 13. HD, T. 22.11.2012, E. 2012/17865, K. 2012/26319; “Bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genel olarak kuralın ifade ve yazılışından anlaşılırsa da bazı durumlarda değişiklik gösterebilir. Bu yüzden ilk olarak maddenin yazılış ve ifade tarzına bakılmalı, maddenin düzenleniş amacı da değerlendirilerek kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir”, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-2012-17865.htm> E.T. 02.06.2022.

³³¹ Y. 13. HD, T. 22.11.2012, E. 2012/17865, K. 2012/26319, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-2012-17865.htm> (E.T. 02.06.2022). Aynı zamanda, “...Emredici normlar; herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır. Bir sözleşmenin kendisi veya muhtevası, emir veya yasayı koyan bir normala çatıştığı ona aykırı olduğu zaman, hukuka aykırı sayılır”, Y. 4. HD, T. 03.06.1985, E. 1985/2315, K. 1985/5606, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/4hd-1985-2315.htm> E.T. 02.06.2022.

³³² Y. 13. HD, T. 16.01.1996, E. 1995/10823, K. 1996/91, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1996-10.htm> E.T. 02.06.2022.

sözleşmenin zayıf tarafını koruma gayesiyle sözleşme özgürlüğüne getirmiş olduğu sınırlamalardan biridir³³³.

Emredici hükümler mutlak ve nispi olmak üzere ikiye ayrılır³³⁴. Tarafların, üzerinde hiçbir surette değişiklik yapamadığı, aksi kararlaştırılmayan hükümlere mutlak emredici hükümler denir³³⁵. Bazı emredici hükümler ise sözleşmenin sosyal, ekonomik vb. bakımdan zayıf tarafını koruma amacıyla düzenlenmiş olabilir. Bu emredici hükümlere nispi emredici hükümler denir³³⁶. Nispi emredici hükümler, hukukça korunan tarafın aleyhine değişiklik yapılması mümkün olmayan, fakat lehine değişiklik yapılabilen emredici hükümlerdir³³⁷. Tüketici hukukunda tüketici lehine düzenlenmiş olan hükümler; iş hukukunda işçiyi, kira sözleşmelerinde kiracıyı koruyucu hükümler böyledir. Bahse konu nispi emredici hükümler, tüketici/işçi/kiracı lehine değiştirilirse bu düzenleme hukuka uygundur. Fakat tüketici/işçi/kiracı aleyhine olan düzenlemeler emredici hukuk kuralına aykırılık oluşturur³³⁸. Örneğin, TKHK m. 12/2’de ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğunun bir yıldan az olamayacağı düzenlemesi böyledir. Bu hüküm tek taraflı emredici hüküm niteliğindedir. Hükümde sorumluluk için asgari bir sınır belirlenmiştir. Dolayısıyla ikinci el satışlarda ayıptan sorumluluk süresi bir yıldan az belirlenemezken bir yıldan fazla olacak şekilde belirlenebilir. Nispi emredici hükümlere bir başka örnek de TBK m. 420/1’de düzenlenen, “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*” hükmüdür³³⁹. Genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümler de zayıfın korunması amacına hizmet eden nispi emredici hükümlerdir.

³³³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 84; Eren, *Borçlar Genel*, 358; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 244; Antalya, *Borçlar*, 277; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 258; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 725; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 126.

³³⁴ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 292. Kocayusufpaşaoğlu emredici hükümleri “*iki taraflı emredici hükümler*” ve “*bir taraflı emredici hükümler*” olmak üzere ikiye ayırır. Bu kavramlar mutlak ve nispi emredici hükümlere karşılık gelir. Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 536.

³³⁵ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 167; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 293.

³³⁶ Ünal, *Kelepçeleme*, 67; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 84; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 168. Ayrıca nispi emredici hükümlerin, tek taraflı emredici hükümler olarak da ifade edildiği yönünde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 359; Ünal, *Kelepçeleme*, 67; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 293.

³³⁷ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 293-294.

³³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 537; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 168; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 295.

³³⁹ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 296.

TBK m. 27/1'e göre emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Fakat belli bir sözleşmenin yapılmasının yasaklandığı emredici hükümlerde bu sonucun söz konusu olabilmesi için ilgili hükümde kesin hükümsüzlük yaptırımının açıkça düzenlenmiş olması ya da ihlal edilen normun amacından veya anlamından işlemin kesin hükümsüz olduğunun anlaşılıyor olması gerekir³⁴⁰. Örneğin; TMK m. 449'da vasinin, vesayeti altındaki kişi adına kefil olmasının, önemli bağışlarda bulunmasının ve vakıf kurmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Maddede yer alan söz konusu yasağa aykırılığın yaptırımını, açıkça hükme bağlanmamışsa da ihlal edilen normun amacı ve anlamı gereği kesin hükümsüzlüktür³⁴¹.

Bir sözleşmenin doğrudan bir emredici hükme aykırılık oluşturması için tarafların emredici hükmü bilip bilmemeleri veya hukuka aykırılığı istemiş olup olmamaları sonucu değiştirmez³⁴². Başka bir ifadeyle, taraflar emredici bir hükmü bilinçsizce ihlal etmiş olsa dahi kanunun emredici hükümlere aykırılığa bağladığı sonuçlar doğar³⁴³.

Dolaylı yoldan bir emredici hükmün ihlal edilmesi de hukuka aykırılık oluşturur³⁴⁴. Örneğin; tarafların yaptıkları bir hukuki işlem kanuna karşı hile oluşturuyorsa, diğer bir deyişle taraflar, başlı başına hukuka aykırılık taşımayan bir sözleşmeyi, hukuken istenmeyen bir sonucun doğması için akdetmişlerse hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur³⁴⁵. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları hukuk düzeninin yasakladığı bir amaca, emredici hükümleri dolanmak suretiyle ulaşıyorsa burada kanuna karşı hileden söz edilir³⁴⁶.

Sözleşmenin amacı, emredici bir hukuk kuralını ihlal edebilir³⁴⁷. Taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı bir amaç güderek bir sözleşme akdettiklerinde bu sözleşme

³⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Borçlar Genel*, 395; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 147; Antalya, *Borçlar*, 276; Eren, *Borçlar Genel*, 359; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 164.

³⁴¹ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 163.

³⁴² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 532; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 134; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 147; Eren, *Borçlar Genel*, 359; Antalya, *Borçlar*, 277; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 260.

³⁴³ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 147.

³⁴⁴ Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 317; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 147; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 148; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 345.

³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 534; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 344; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 228; Eren, *Borçlar Genel*, 362; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 726.

³⁴⁶ Işıktaç, *Sözleşme*, 147; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 345; Eren, *Borçlar Genel*, 362; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 726.

³⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 533; Antalya, *Borçlar*, 277; Eren, *Borçlar Genel*, 361; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 131; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 726.

hukuka aykırıdır. Örneğin; bir adi ortaklıkta ortaklığın amacı hukuka aykırı ise ortaklık sözleşmesi de hukuka aykırı kabul edilir³⁴⁸. Modern öğretide, her iki tarafça bilinen dolaylı ortak amacın emredici hükümlere aykırı olmasının da sözleşmeyi hükümsüz kılacağı belirtilmektedir³⁴⁹. Kişinin, uyuşturucu ticaretine para temin etmek için karşı tarafla ödünç sözleşmesi yapması, ödünç sözleşmesinin dolaylı amacının hukuka aykırı olmasına örnektir³⁵⁰. Ancak dolaylı amacın iki tarafça da bilinmesi, istenmesi ve takip edilmesi gerekir. Aksi halde hukuka aykırılık gerçekleşmiş olmaz.

Sözleşmenin bizzat kendisi hukuk düzenince yasaklanmış olabilir³⁵¹. Bu duruma, *lex commissoria* yasağı olarak da ifade edilen, taşınmaz ve taşınır rehninde borç ödenmediği takdirde rehin konusu şeyin alacaklının mülkiyetine geçeceğine ilişkin anlaşmanın hükümsüz olması örnek verilebilir³⁵². Bu durumda sözleşmenin yasaklanması ile kastedilen, sözleşmenin o içerikle yapılmasının yasaklanmasıdır³⁵³.

Sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir³⁵⁴. Konu; sözleşmede kararlaştırılan edimi, edimin miktarını ve ifa modalitelerini de kapsar³⁵⁵. Dolayısıyla bu kalemlerden birinin emredici hukuk kurallarına aykırı olması sözleşmeyi hükümsüz kılar. Sahte para basılması edimin; resmi tatillerde çalışma kaydı içeren sözleşme ise ifa modalitelerinin emredici hükümlere aykırı olmasına birer örnektir³⁵⁶.

B. İslam Hukukunda

1. Genel Olarak

Emredici hükümlere geçmeden önce genel olarak İslam hukukunda bir hükmün emredici olmasında temel alınan usulü anlatmak uygun olacaktır. Devamında ise özel olarak sözleşmenin konusuna ilişkin olan emredici hükümlere yer vererek hem İslam hukukundaki içtihat mantığını hem de bunun somut olaydaki görünümünü belirteceğiz.

³⁴⁸ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 131, dpn. 127.

³⁴⁹ Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 343; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 534; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 134.

³⁵⁰ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 133; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 343.

³⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 533; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 146; Antalya, *Borçlar*, 277; Eren, *Borçlar Genel*, 360; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 127; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 725.

³⁵² Eren, *Borçlar Genel*, 361; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 127.

³⁵³ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 753-754.

³⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 533; Eren, *Borçlar Genel*, 361; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 340; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 130.

³⁵⁵ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 146; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 341.

³⁵⁶ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 130-131.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, modern hukuklarda âmir, yani emreden beşerî iradeye sahipken İslam hukukunda emreden şâri'dir³⁵⁷. Bu sebeple İslam hukukunda nasslar yoluyla emir ve yasak bildiren hükümler, emredici hükümlerdir. Bu emredici hükümleri “*emir ve nehiy*” kavramları karşılar. İslam hukuk usulünde, bir kimsenin kendisinden alt pozisyondaki birinden bir şeyi yapmasını talep etmesi emir; bir şeyi yapmamasını istemesi, bir diğer deyişle o şeyin yapılmasını yasaklaması ise nehiy olarak ifade edilir³⁵⁸. Dolayısıyla emir ve nehiy, emredici ve yasaklayıcı hükümleri ifade eder. Yasaklama da yapmamayı emretmek olduğu için ikisi de emredici hükümler kapsamında değerlendirilir.

İslam hukuk usulünde, nasslarda yer alan bir hükmün emredici veya yasaklayıcı hüküm olup olmadığını tespit etmede lafzın yorumundan yola çıkılır. Nasslarda emredici hüküm değişik şekillerde ifade edilir. Bunların başında yapılmasının veya yapılmamasının emredilmesi gelir. Ayrıca emir bazen haber sîgasıyla³⁵⁹ da belirtilebilir. Örneğin; “*Boşanmış kadınlar kendi başlarına (evlenmeksizin) üç âdet süresince beklerler*³⁶⁰” veya “*Sizden öncekilerin üzerine oruç yazıldığı gibi sakınasınız diye sizin üzerinize de sayılı günlerde oruç yazıldı*³⁶¹” ayetlerinde olduğu gibi³⁶².

İslam hukukunda haklar; Allah ve kul hakları olmak üzere ikiye ayrılır³⁶³. Allah hakları çoğunlukla kamu düzenini gözeten; kul hakları ise kişilerin şahsî faydalarını gözeten kurallardır. Bu sebeple Allah hakkını ilgilendiren kurallar genellikle emredici niteliktedir³⁶⁴. Kul hakları ise kişilerin üzerlerinde tasarruf yetkisinin olduğu hakları ihtiva eder. Başka bir ifadeyle kişiler haklarından feragat edebilme ve üzerinde tasarruf etme yetkisini haizdir³⁶⁵. Bu sebeple genellikle yedek hukuk kuralı özelliği gösterir³⁶⁶.

³⁵⁷ Pala, *Emir ve Yasakların Yorumu*, 365.

³⁵⁸ Ebu İshak eş-Şâtübî (Çev. Mehmet Erdoğan), *el-Muvâfakât*, C. 3 (İstanbul: İz Yayıncılık, 2010): 118; H. Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü* (Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018), 254; Gazzâlî, *Mustasfâ*, Çev. H. Yunus Apaydın, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2019), 544; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 45.

³⁵⁹ Sîga, Arapça dil kurallarında sözün belli kalıplara dökülmesi anlamına gelir. Erdoğan, *Sözlük*, 507. Türkçedeki “kip” olarak ifade edilebilir. Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (Ankara: Aydın Kitabevi, 1998), 951.

³⁶⁰ Bakara, 2/228.

³⁶¹ Bakara, 2/183.

³⁶² Apaydın, *Hukuk Usulü*, 254.

³⁶³ Pala, “Emredici-Yedek”, 39.

³⁶⁴ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, C.3, 230, dpn. 383; Pala, “Emredici-Yedek”, 39.

³⁶⁵ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, C.3, 230, dpn. 383; Pala, “Emredici-Yedek”, 39.

³⁶⁶ Pala, “Emredici-Yedek”, 39.

Alacaklının, borcunu talep etme hakkı olduğu gibi isterse borçluyu borçtan ibra edebilmesi böyledir.

Emir kipi, kural olarak vücup (*gereklilik*) ifade etmekle birlikte yerine göre nedb veya ibaha da bildirebilir³⁶⁷. Aynı şekilde nehiy kipi kural olarak yasaklık bildirmekle birlikte bazen kerahet de ifade edebilir³⁶⁸. Fıkıh usulünde bu hususlara ayrıntılarıyla değinilmektedir³⁶⁹. Lafzın yorumundan bağlayıcılık ve gereklilik anlamının çıkması, ilgili hükümlerin emredici veya yasaklayıcı hükümler olduğuna işaret eder³⁷⁰.

Hükümün yorumunun vücupa işaret etmesi, ilgili hükümün kesin ve bağlayıcı olduğunu ifade eder. Dolayısıyla bu durum o hükümün emredici bir hüküm olduğu anlamına gelir³⁷¹. Bu tanımdan hareketle vacip kesin ve bağlayıcı bir şekilde yapılması istenen fiildir. Vacip, Hanefî ekolü dışındaki ekollere göre farz ile eş anlamlı olarak kullanılır. Hanefî ekolünde ise hükme ulaşılan delilin kesinliği, farz olan hükümlerin delilleri kadar kuvvetli olmayan hükümlere vacip denilir ve bu sebeple vacipin kesinlik yönünden farzdan bir derece altta olduğu kabul edilir³⁷². Fakat bağlayıcılık yönünden iki hükümün farkı yoktur³⁷³. Netice olarak farz, tüm ekollere göre bağlayıcı olan ve yapılmaması müeyyideye tabi tutulan fiildir³⁷⁴. Kanun koyucunun yapılmasını

³⁶⁷ Muhammed Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, Çev. Abdulkadir Şener (Ankara: Fecr Yayınları, 1986), 153; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, C.3, 129.

³⁶⁸ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, C.3, 129.

³⁶⁹ Nedb, yapılmaması bir yaptırım gerektirmemekle birlikte kanun koyucunun yapılmasını istediği davranışlardır. Kerahet ise nedbin zıttını ifade eder. Yani kanun koyucunun yapılmamasını istediği fakat yapılması halinde bir yaptırımın gerekmediği fiillerdir. İbaha ise serbestlik anlamına gelir. Nedb, kerahet ve ibaha bağlayıcılık taşımaması sebebiyle emredici hüküm olarak kabul edilmez. Bkz. Pala, "Emredici-Yedek", 38. Emir kipinin kullanıldığı fiiller, çoğunluğun görüşüne göre yaklaşık on beş farklı anlama gelir. Bu anlamlar için bkz. Gazzâlî, *Mustasfâ*, 550-551; Apaydın, *Hukuk Usulü*, 254.

³⁷⁰ Salim Ögüt, "Emir", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/emir> (23.02.2022).

³⁷¹ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 62; Pala, "Emredici-Yedek", 38; Apaydın, *Hukuk Usulü*, 255; İbrahim Kâfi Dönmez, "Vâcip", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/vacip--fikih> (29.05.2022).

³⁷² Dönmez, "Vâcip", TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.05.2022). Hanefî usulündeki teknik tanıma göre ise; yapılması kesin bir delille emredilmiş fiiller farz olarak adlandırılırken, yapılması zannî bir delille emredilmiş fiiller ise vacip olarak adlandırılır. Kesin delille kastedilen kitap, mütevatir sünnet ve icma; zannî delille kastedilen ise kıyas ve haber-i vahiddir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, *Hukuk Usulü*, 139 vd.; Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 32-33.

³⁷³ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 32.

³⁷⁴ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 155; Apaydın, *Hukuk Usulü*, 139; Pala, *Emir ve Yasakların Yorumu*, 373. Bağlayıcılık yönünden bir fark söz konusu olmadığı için çalışmanın bundan sonraki kısmında, vücup/vacip kavramlarını farzı da içine alacak şekilde kullanmayı tercih ettik.

yasakladığı fiiller ise haramdır³⁷⁵. Vücup ve haram bağlayıcılık içerdiğinden emredici hükümler bu kategoriye girer.

Yasaklayıcı hükümler, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğünün asıl dayanağını oluşturur³⁷⁶. Butlan ve fesad teorileri esasen yasaklanan işlemlerin yapılmasına bağlanan sonuçlardır. Nehyin yorumu ve bu yorumun sonucunda hukuki işlemin ne derece hükümsüz olacağı ise Hanefi hukukçular ile diğer hukukçular arasındaki görüş ayrılığının temelini oluşturur. Üçüncü bölümde fesad başlığında da yer verildiği üzere, Hanefiler hukuki işlemlerdeki aykırılıklarda asıl-vasıf ayrımı yaparak iki dereceli bir hükümsüzlük sistemi benimserler³⁷⁷. Buna göre aykırılığın hukuki işlemin aslına ilişkin olması halinde hukuki işlemin yaptırımı butlan; vasfına ilişkin olması durumunda ise fesad olur³⁷⁸. Örneğin; faizli satış sözleşmesinin yaptırımı, aykırılık sözleşmenin vasfına ilişkin olduğundan fesad; ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun yaptığı sözleşme, aykırılık sözleşmenin aslına ilişkin olduğundan batıldır³⁷⁹. Vasfa ilişkin aykırılık mücavir/talî bir sebepten kaynaklanıyor ise bu durum sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Bu görüş de Hanefi ekolüne göredir³⁸⁰. Çoğunluğu oluşturan diğer hukuk ekollerinde ise bu tarz bir ayırım yapılmaksızın tek dereceli hükümsüzlük sistemi söz konusudur. Bu sebeple Hanefiler dışındaki çoğunluk hukukçular butlan ve fesadı aynı anlamda kullanırlar.

Emredici hükümler sözleşme özgürlüğünün de sınırlarını oluşturur. Sözleşmenin amacı emredici hükümlere aykırı olabilir. Hülle³⁸¹ ve mut'a³⁸² nikahı böyledir³⁸³. Kullanma amacıyla uyuşturucu satışının yasak olması, adam öldürme amacıyla silah

³⁷⁵ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 157; Apaydın, *Hukuk Usulü*, 259.

³⁷⁶ Apaydın, "Hükümsüzlük", 51. Hanefi hukukçulara göre bu durum, nehyin fesada delalet etmesinin sonucudur. Gazzali'ye göre ise hukuki işlemlerdeki nehiy fesada delalet etmez. Bu yönde bkz., Gazzâlî, *Mustasfâ*, 590.

³⁷⁷ Apaydın, "Hükümsüzlük", 99.

³⁷⁸ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 60; Pala, *Emir ve Yasakların Yorumu*, 296.

³⁷⁹ Apaydın, "Hükümsüzlük", 100.

³⁸⁰ Apaydın, *Hukuk Usulü*, 263.

³⁸¹ Hülle, kocanın karısını üç talak hakkını kullanarak boşaması neticesinde, karının kocayla tekrar evlenebilmesi için başka bir erkekle şekli anlamda yaptığı evliliğidir. Hüllenin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bazı hukukçular tarafından geçersiz kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saffet Köse, "Hülle", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hulle> (11.10.2022).

³⁸² Müt'a nikahı, bir erkeğin bir kadınla, bedel karşılığında ve belirli bir süre için yaptığı evliliğidir. Müt'a nikahı yalnızca Caferiyye ekolü tarafından meşru kabul edilmesine karşın çoğunluğu oluşturan diğer hukuk ekollerince yapılması yasaklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, "Müt'a", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muta> (11.10.2022).

³⁸³ Apaydın, "Hükümsüzlük", 42.

kiralanmasının yasak olması da örnek verilebilir³⁸⁴. Bu sözleşmelerin hükümsüz olabilmesi için amacın her iki tarafça bilinmesi ve arzu edilmesi gerekir³⁸⁵.

Sözleşmenin bizzat kendisi hukuk düzenince yasaklanmış olabilir. Mülamese, münabeze ve taş atma yoluyla yapılan satışların yasaklanması böyledir³⁸⁶.

Sözleşmenin konusu emredici hükümlere aykırı olabilir. Bu durum sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar³⁸⁷. Emredici hükümlere örnek olarak Mecelle’de yer alan “*Mebi’in mevcud olması lazımdır*” hükmü verilebilir³⁸⁸. İslam hukukunda sözleşmenin konusunda olması gereken şartlar esasen emredicidir. Bu şartların; konunun hukuken yararlanılmaya uygun, belirli veya bilinebilir, mevcut ve mümkün olması olduğundan söz etmiştik. Emredici olmakla birlikte bu şartlar aynı zamanda ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık yahut imkansızlık oluşturabilir. Örneğin; konunun hukuken yararlanılabilir olması emredici bir hükümdür. Fakat aynı zamanda kamu düzeni ile de yakından ilgilidir. Din, akıl, mal, nesil ve canın korunmasına ilişkin kamu düzeninden olan hükümler genellikle emredicidir³⁸⁹. Hanefi hukukçulara göre aykırılık, emredilen veya yasaklanan şeyin aslına ilişkinse yaptırımını butlan, vasfına ilişkinse yaptırımını fesattır³⁹⁰.

2. Sözleşmenin Konusunun Hukuken Yararlanılabilir Olması

Klasik İslam hukukunda bir şeyin sözleşmenin konusunu oluşturabilmesi için hukuk düzeninin o şeyden yararlanılmasını yasaklamamış olması gerekir³⁹¹. Kendisinden faydalanılması hukuken yasaklanmamış olan, dolayısıyla hukuken değer taşıyan ve bu sebeple hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilen mallara mütekavvim mallar denir³⁹².

³⁸⁴ Zerka, *İslam Hukuku*, 297.

³⁸⁵ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 42.

³⁸⁶ Halebî, *Mültekâ Tercümesi*, C: 3, 121; Zerka, *İslam Hukuku*, 297; Merginani, *El-Hidâye*, 3/73; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 42.

³⁸⁷ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 41. Kanımızca hukuki işlemlerde hükmün bağlayıcılık ve kesinlik anlamı taşınması, o şeyin aksini yapmanın yasaklanması anlamına gelir. Burada emredici hükümlerle kastedilen, hukuki işlemlere ilişkin yapılması zorunlu ve bağlayıcı olan hükümlerdir. İbadetlere ilişkin emredici hükümlerin ne anlama geldiği, aksini yapmanın yasaklanıp yasaklanmadığı meselesi İslam hukuk usulünün konusu olup ayrıntıya girilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gazzâlî, *Mustasfâ*, 179; Dönmez, “Vâcip”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.05.2022).

³⁸⁸ Mecelle m. 197.

³⁸⁹ Pala, “Emredici-Yedek”, 39.

³⁹⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 299; Apaydın, *Hukuk Usulü*, 263.

³⁹¹ Zerka, *İslam Hukuku*, 296.

³⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 333; Mustafa Ahmed ez-Zerka, *İslam Hukuku II*, Çeviren: Servet Armağan, (İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006), 933; Çeker, *Akidler*, 70; Ansay, *İslam Hukuku*,

Hukuk düzeni tarafında hukuka aykırılığı açıkça belirtilmedikçe tüm mallar kural olarak mütekavvimdir³⁹³.

Bir şeyin mütekavvim olup olmadığından söz edebilmek için öncelikle hukuken o şeyin mal hükmünde olması gerekir. Hanefî ekolüne göre bir şeyin mal kabul edilmesi için o şeyin ekonomik bir değerinin bulunması ve üzerinde fiilen hakimiyet kurulabilmesi mümkün olmalıdır³⁹⁴. Mecelle’de de bu şekilde ifade edilir³⁹⁵. Buradan bahisle kan ve ölü hayvan İslam hukukunda mal kabul edilmez ve hiçbir şekilde sözleşmenin konusunu oluşturamaz³⁹⁶. Bir buğday tanesi, ekmek kırıkları, bir tutam toprak gibi miktarının azlığı sebebiyle kendisinden faydalanılamayan şeyler ve menfaatler de Hanefî ekolünde mal olarak kabul edilmez³⁹⁷. Çoğunluğa göre ise mal; ekonomik değeri olan ve kendisinden faydalanılması hukuken serbest olan şeylerdir³⁹⁸. Bu tanıma göre menfaatler de mal

89, dpn. 181; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 254; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 65; Hasan Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mal> (28.02.2022); Apaydın, "Hükümsüzlük", 40; Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 352.

³⁹³ Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 352.

³⁹⁴ Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022).

³⁹⁵ Mecelle m. 126: “*Mal tab`-ı insânî mâ`il olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir ki, menkule ve gayr-ı menkule şâmil olur*”. Maddeye göre malın taşınması gereken ilk unsuru, insan tabiatının ona karşı istek duyduğu bir şey olmasıdır. Bu, onun ekonomik bir değer taşınması anlamına gelir. İkinci unsuru ise kendisine ihtiyaç duyulduğunda kullanılmak üzere biriktirilmesi, bir araya getirilmesi imkan dahilinde olmasıdır. Bununla kastedilen ise şey üzerinde fiili hakimiyet kurabilmesinin mümkün olmasıdır. Hanefî ekolüne ait olan bu mal tanımına göre menfaatler mal kabul edilmez. Bu yönde bkz. Mustafa Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi* (İstanbul: Semerkand Yayınları, 2015), 36-37; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022). Fakat Mecelle’den daha sonra yürürlüğe giren Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu’nun 64. Maddesine Muaddil Kanun-u Muvakkât’in birinci maddesinin ikinci fıkrasında, örfen ekonomik değer atfedilen her şeyin mal kavramına dahil olacağı kabul edilmiş ve böylece menfaatler de mal sınıfına dahil edilmiştir. UMHK m. 64’e Muadil Kanun-u Muvakkat m. 1/2: “*Mal-ı mütekavvim olan her şey mâkudun aleyh olabilir. Alehtlak tedavülü mütearef olan âyan ve menâfi ve hukuk, mal-ı mütekavvim hükmündedir*”. Düstur, 2. Tertip, 6. Cilt (İstanbul: Matba-i Amire, 1334): 654. Bu yönde bkz. Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 350.

³⁹⁶ Mecelle m. 210: “*Beyne`n-nâs mal olmayan şeyi satmak yahut onunla bir mal satın almak bâtıldır. Meselâ lâşeyi ve hür olan benî âdemi satmak veyahut onların mukabilinde mal iştirâ etmek bâtıldır*”. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayınları, 2002), 93; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerü`l Hükkâm Şerhu Mecelleti`l Ahkâm C. I*, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016), 212; Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 37; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 254; Zerka, *İslam Hukuku II*, 969.

³⁹⁷ Zerka, *İslam Hukuku II*, 969; Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 37; Ali Haydar Efendi, *Dürerü`l Hükkâm*, 212; Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 350; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 254. Bir pirinç tanesine ayet yazmak veya bir buğday tanesi üzerine şiir yazmak gibi hallerde, pirinç ve buğday taneleri dinî ya da sanatsal bakımdan kıymetli hale gelebilir. Bu durumda o şeyin mal kabul edilmesi söz konusu olabilir. Yine tek başına faydalanması mümkün olmayıp anı değeri taşıyan şeyler de mal sayılabilir. Bu yönde bkz. Zerka, *İslam Hukuku II*, 963-964.

³⁹⁸ Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 350.

kapsamında olup sözleşmenin konusunu oluşturabilir³⁹⁹. Hanefî ekolünde mallar, mütekavvim mallar ve mütekavvim olmayan mallar olmak üzere ikiye ayrılır.

Mütekavvim mallar, esasen hukukî bir kıymeti haiz olan ve hukukun kendisinden yararlanmayı mübah kıldığı malları⁴⁰⁰ ifade etse de Mecelle’de mütekavvim mal tanımı daha da genişletilerek; “*Mâl-i mütekavvim, iki ma’naya istimâl olunur. Biri intifa’ı mübah olan şeydir. Diğeri mâl-i muhrez demektir*” şeklinde yapılmıştır⁴⁰¹. Bu tanıma göre mütekavvim malların, faydalanılması serbest olan mallar olmasının yanı sıra bir türü daha olduğu kabul edilir. Maddede yer alan mâl-i muhrez kavramı ele geçirilmiş ve üzerinde hakimiyet kurulmuş malları ifade eder⁴⁰². Bu mallar mütekavvim olup, hukukun açıkça yasakladığı mallar ve ihraz edilmemiş mallar ise mütekavvim olmayan mal olarak adlandırılır⁴⁰³. O nedenle bunlar Müslümanlar tarafından hukuki işleme konu edilemez ve hukuken korunmaz⁴⁰⁴. Şarap ve domuz İslam hukukunda açıkça yasaklanan ve Müslümanlar açısından mütekavvim olmayan mallardır⁴⁰⁵. Hür insanın satışı ve insanın sütü gibi insana ait parçaların satılması da yasak olduğundan mütekavvim olmayan maldır⁴⁰⁶.

Kamuya ait yollar ve köprüler, kamuya tahsis edilmesine rağmen üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olmadığından mütekavvim değildir. Aynı şekilde sahipsiz bir eşya, yakalanmamış kuşlar, balıklar, kaçak köle gibi üzerinde fiili hakimiyet kurulmamış şeyler de sözleşmenin konusu olamaz⁴⁰⁷. Buna karşın bir şey, üzerinde fiili

³⁹⁹ Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 37.

⁴⁰⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 333; Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 39; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 260.

⁴⁰¹ Mecelle m. 127.

⁴⁰² Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 39.

⁴⁰³ Zeydan, *İslam Hukuku*, 336; Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 352; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 133; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 65.

⁴⁰⁴ Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 352. Mecelle m. 211: “*Mütekavvim olmayan malı satmak bâtildir*”. Zeydan, *İslam Hukuku*, 449. Şarap ve domuz, müslümanlar açısından mütekavvim değilken gayri müslimler açısından mütekavvim sayılır. Bunun gerekçesi ise onların dinlerinde şarap ve domuzun yasak olmayışdır. Bu sebeple gayri müslümlerin şarap ve domuzu hukuki işlemlere konu etmeleri onlar açısından hukuka uygundur ve hukuken korunur. Örneğin; müslüman biri gayri müslümün şarabını zarar verse bunu tazmin etmesi gerekir, fakat bir müslümanın şarabına zarar verse tazmini gerekmez. Bu görüş Hanefî ve Mâlikî hukukçulara göredir. Bkz. Hafif, *Hukuki İşlemler*, 66; Zeydan, *İslam Hukuku*, 336-337; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022).

⁴⁰⁵ Halebî, *Mültekâ Tercümesi*, 120; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 254; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 66; Zeydan, *İslam Hukuku*, 449; Zerka, *İslam Hukuku II*, 969.

⁴⁰⁶ Merginani, *El-Hidâye*, 3/75; Karaman, *Mukayeseli*, 177.

⁴⁰⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 133; Zeydan, *İslam Hukuku*, 336; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 65; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi (28.02.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 177.

hakimiyet kurulabilir hale geldiğinde, örneğin; balık avlandığında, kuş yakalandığında veya kaçan köle bulunduğunda mütekavvim mal haline gelir⁴⁰⁸. İhraz edilebilen mallar örfî nitelikte olup zamandan zamana ve toplumdan topluma değişkenlik gösterebilir⁴⁰⁹.

Sözleşmenin konusunun mütekavvim olması emredici bir hükümdür⁴¹⁰. Bu mallar her türlü hukuki işleme konu edilebilir⁴¹¹. Mütekavvim olmayan malların sözleşmeye konu edilmesi ise sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar⁴¹². Domuz kılının satışı, özü itibariyle açıkça yasaklanan bir şeye ait olduğundan mütekavvim mallardan değildir. Ancak ihtiyaç halinde, örneğin ayakkabı gibi sert cisimlerin dikilmesinde domuz kılının kullanılmasına izin verildiği görülür⁴¹³.

Mâlîkî ve Şâfiî hukukçular, bir şeyin sözleşmenin konusunu oluşturabilmesi için temiz olmasını ve kendisinden faydalanılabilir olmasını; Hanbelî hukukçular ise hukuken kendisinden faydalanılabilir olmasını ve yasaklanmamış olmasını gerekli görürler⁴¹⁴. Örneğin; Şâfiî hukukçulara göre temiz olduğu için insan sütünün satışı hukuka uygundur⁴¹⁵. Fakat köpek, şarap gibi şeyler Şâfiîlere göre pis kabul edilir⁴¹⁶. Yine Şâfiî hukukçular kendisinden faydalanılamayan haşereleri, yırtıcı hayvanları, eğlence aletlerini, put vb. şeyleri mütekavvim mallara dahil etmemiştir⁴¹⁷. Bu sebeple bunların satışı hukuka uygun değildir. Zarar verilmesi halinde tazmin edilmesi dahi gerekmez⁴¹⁸.

3. Sözleşmenin Konusunun Belirli veya Bilinebilir Olması

Konunun belirli veya bilinebilir olması sözleşme özgürlüğüne getirilen bir diğer sınırlamadır. İslam hukukunda sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması, sözleşmenin ihtilafa ve aldanmaya yol açmaması açısından önemlidir. Bu sebeple geçerli

⁴⁰⁸ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkamı Adliyye)* (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1990): 32.

⁴⁰⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 333; Kismet, *Kabz ve Teslim*, 39.

⁴¹⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 132; Apaydın, "Hükümsüzlük", 41.

⁴¹¹ Zeydan, *İslam Hukuku*, 337; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 333; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022).

⁴¹² Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 133; Zeydan, *İslam Hukuku*, 335; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 67; Apaydın, "Hükümsüzlük", 41.

⁴¹³ Merginani, *El-Hidâye*, 3/75.

⁴¹⁴ Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022); Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 260-262; Özdirek, *Akân Sınırları*, 157; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 316.

⁴¹⁵ Merginani, *El-Hidâye*, 3/75.

⁴¹⁶ Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022); Apaydın, "Hükümsüzlük", 41.

⁴¹⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 260; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022).

⁴¹⁸ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 65; Hacak, "Mal", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.02.2022).

bir sözleşme kurulabilmesi için sözleşmeye konu şeyin cins, miktar, tür ve vasıf bakımından bilinmesi ya da belirlenmiş olması gerekir⁴¹⁹. Mecelle'ye göre de satış sözleşmesinin konusunun, benzerlerinden ayıracak vasıf ve durumlarının açıklanması gerekir⁴²⁰.

Sözleşmenin konusuna ilişkin belirsizlik ve bilinmezlik, garar ve cehalet kavramları ile ifade edilir⁴²¹. Sözleşmenin konusundaki garar; konusunun risk, belirsizlik, kapalılık içermesi anlamına gelir. Cehalet ise konunun belli olması, fakat vasıflarına ilişkin bilgisizlik içermesi demektir⁴²². Garar ve cehalet kavramlarının Klasik İslam hukukunda birbirlerinin yerine kullanıldığı görülse de belli farklılıkları vardır. Örneğin; kaçmış ve kaybolmuş bir atın satış sözleşmesine konu edilmesi, atın bulunup bulunamayacağına ilişkin akıbetinin belirsiz olması sebebiyle garar içerir. Fakat belirli bir yerde bulunan atın alıcı tarafından görülmeden sözleşmeye konu edilmesinde ise atın vasıflarına ilişkin bir bilinmezlik söz konusu olduğundan sözleşmenin konusuna ilişkin cehaletten söz edilir⁴²³. Belirsizlik ve bilinmezlik aynı anda da söz konusu olabilir.

Sözleşmenin konusundaki belirsizlik ve bilinmezlik derecesine göre sözleşmenin butlanına ya da fesadına sebep olur⁴²⁴. Belirsizliğin ve bilinmezliğin butlan ve fesada yol açması için söz konusu hususların anlaşmazlığa ve aldanmaya yol açacak ölçüde önemli olması gerekir⁴²⁵. Hanefilere göre sözleşmenin konusundaki belirsizlik sözleşmeye konu olan şeyin aslına ilişkinse bu durum sözleşmenin butlanına yol açar. Belirsizlik sözleşmeye konu şeyin vasfına başka bir ifadeyle fer'i bir unsuruna ilişkinse sözleşmenin fesadına yol açar⁴²⁶. Bilinmezlik ise aşırı, orta ve az olmak üzere üç dereceye ayrılır⁴²⁷.

⁴¹⁹ Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 46; Zeydan, *İslam Hukuku*, 453; Bardakoğlu, "Bey'", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.01.2022); Çeker, *Akidler*, 72-73; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 309.

⁴²⁰ Mecelle m. 201: "Meb'uin malûmiyyeti, sairinden temyiz edecek hal ve vasfını beyan ile hasıl olur".

⁴²¹ İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/garar>, (03.06.2022); Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 294.

⁴²² Hayreddin Karaman, "Akid", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/akid> (03.06.2022).

⁴²³ Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022).

⁴²⁴ İbrahim Kâfi Dönmez, "Cehâlet", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cehalet-fikih> (22.05.2022).

⁴²⁵ Zeydan, *İslam Hukuku*, 453; Ali Bardakoğlu, "Bey'", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bey--fikih>, (27.01.2022); Karaman, "Akit", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022); Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310.

⁴²⁶ H. Yunus Apaydın, "Fesad", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fesad--fikih>, (03.06.2022); Bardakoğlu, "Bey'", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.01.2022); Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310.

⁴²⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 314

Anlaşmazlığa sebep olacak ölçüdeki bilinmezlik, aşırı bilinmezlik olup sözleşmenin fesadına yol açar⁴²⁸. Konudaki bilinmezliğin derecesi azsa bu durumun sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilir⁴²⁹. Bilinmezliğin az mı yoksa aşırı mı olduğu hususunun belirlenemediği durumlarda ise orta derecede bilinmezlikten söz edilir. Belirsizliğin ve bilinmezliğin tespitinde örf ve adete bakılır⁴³⁰. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek derecedeki belirsizlik ve bilinmezlik; zamana, dönemin teknolojik şartlarına, örf ve adete göre değişebilir⁴³¹.

Belirsizlik ve bilinmezliğin sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi, iki tarafı bağlayıcı sözleşmelerde söz konusu olur⁴³². Bu hususta İslam hukukçuları arasında ihtilaf yoktur. Yine Hanefilere ve Mâlikîlere göre; iki taraf için de bağlayıcı olmayan karşılıksız kazandırma sözleşmelerinde söz konusu olan bazı belirsizlik türlerinin de sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilir⁴³³. Zira bu sözleşmeler bağış ve yardım amaçlı olduğundan konunun vasfındaki belirsizlik anlaşmazlığa sebep olmaz⁴³⁴. Misli malların ölçülmeksizin göz kararı veya tahmini satışı ise toplum tarafından teamül haline gelmişse ve sözleşmenin konusundaki belirsizlik veya bilinmezlik önemsizse sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁴³⁵.

Sözleşmenin konusunun akit meclisinde bulunması halinde, işaret yoluyla belirlenmesi mümkündür⁴³⁶. Mecelle'ye göre de satım konusu şey akit meclisinde hazırsa işaret edilerek satılabilir⁴³⁷. Hanefî ve Hanbelîlere göre kapalı bir kutu veya çuval içinde bulunan şeylerin işaret edilerek satışı da hukuka uygundur⁴³⁸. Mâlikîlere göre ise akit meclisinde bulunan bir şeyin görülmesinde güçlük olmadığı sürece görülmeksizin belirlenmesi yasaktır. Şâfîiler ise akit meclisinde hazır bulunan konunun görülmeden,

⁴²⁸ Çeker, *Akidler*, 72; Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 293; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.01.2022); Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 316; Apaydın, "Hükümsüzlük", 134.

⁴²⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 314; Dönmez, "Cehâlet", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022).

⁴³⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 314; Çeker, *Akidler*, 74.

⁴³¹ Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022); Apaydın, "Fesad", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022).

⁴³² Zeydan, *İslam Hukuku*, 453; Çeker, *Akidler*, 72; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310.

⁴³³ Çeker, *Akidler*, 72; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310.

⁴³⁴ Zeydan, *İslam Hukuku*, 453; Çeker, *Akidler*, 72.

⁴³⁵ Zeydan, *İslam Hukuku*, 453; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.01.2022).

⁴³⁶ Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 47; Karaman, *Mukayeseli*, 169; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310.

⁴³⁷ Mecelle m. 202; "Meb'i meclis-i bey'de hazır ise işaret-i hissiyye kâfidir".

⁴³⁸ Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 47; Karaman, *Mukayeseli*, 169.

işaret yoluyla belirlenmesini hukuka uygun görmez⁴³⁹. Akit meclisinde bulunmayan şeylerin sözleşmenin konusunu oluşturması için vasıflarının bilinmesi gerekir⁴⁴⁰. Bunun yanı sıra görülmeyen bir şey üzerinde kurulan sözleşmelerde kişinin görme muhayyerliği vardır⁴⁴¹. Örneğin; kişi görmeden satın aldığı bir malı teslim alırken, sözleşme esnasında belirlenmiş olan vasıfları taşımadığını görürse sözleşmeyi feshedebilir. Yine bir çuvalın içindeki buğdayı veya bir tulum içindeki zeytinyağını görmeden satın alan kişinin, sözleşmenin konusunu gördüğünde sözleşmeyi fesih hakkı vardır⁴⁴².

Sözleşmenin belirli veya bilinebilir olması emredici bir hüküm olmasının yanında kamu düzeninin korunması amacına da hizmet eder. Çünkü sözleşmedeki belirsizlik ve bilinmezlik haksız kazanca, aşırı yararlanmaya, taraflar arasında çekişmeye ve anlaşmazlığa sebep olabilir⁴⁴³.

C. Değerlendirme

Emredici hükümler, kişilere yönelik yapma veya yapmama yönünde emir içeren, tarafları bağlayıcı, uyulması zorunlu hukuk kurallarıdır. Bu zorunluluk, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün de sınırını oluşturur. Taraflar sözleşmenin içeriğini emredici hükümlere aykırı olacak şekilde düzenleyemez. Türk hukukunda emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı kural olarak kesin hükümsüzlüktür. Klasik İslam hukukunda ise hukuki yaptırımlar konusunda ekoller arasında birlik yoktur. Hanefî ekolü asıl-vasıf ayrımı yaparak sözleşmenin doğrudan aslına ilişkin olan aykırılıkları sözleşmenin tamamına tesir ettirerek butlan yaptırımını uygular. Ancak sözleşmedeki aykırılık sözleşmenin vasfına ilişkin ise sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla farklı bir yaptırım öngörür. Buna göre vasfa ilişkin aykırılık sözleşmenin fesadına sebep olur. Hanefî ekolü dışındaki çoğunluğu oluşturan görüşe göre aykırılığın derecesi fark etmeksizin emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını butlandır.

Türk hukukunda ve İslam hukukunda emredici hükümlere hükmün yorumu yoluyla ulaşılır. Her iki hukukta da bir emredici hüküm aynı zamanda ahlakı, kamu

⁴³⁹ Karaman, *Mukayeseli*, 169; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 106; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 310

⁴⁴⁰ Serahsî, *Mebcut*, 13/97; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 106.

⁴⁴¹ Serahsî, *Mebcut*, 13/100; Kisbet, *Kabz ve Teslim*, 47; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 169; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 107.

⁴⁴² Serahsî, *Mebcut*, 13/96.

⁴⁴³ Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, (03.06.2022); Yaman/Çalış, *İslam Hukuku*, 292.

düzenini veya kişilik haklarını koruma amacı taşıyabilir. İslam hukukunda sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması ile mütekavvim olması sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarını oluşturan emredici hükümlerdir.

Türk hukukunda konunun TBK 27/1'de yer alan şartların yanında, hukuken korunan bir menfaat olması ve belirli veya bilinebilir olması gerekir⁴⁴⁴. Edimin hukuken korunan bir menfaat olması, hukukun değer atfettiği bir şey olması anlamına gelir. Bu sebeple örneğin; birisine gönderilen bir taziye mesajı edim olamaz⁴⁴⁵. Türk hukukunda bir edimin hukuken korunması; dürüstlük kuralına uygun olması ve alacaklısına makul bir menfaat sağlaması ile mümkün olur⁴⁴⁶. Uygulandığı dönemlerin şartları gereği farklılıklar söz konusu olmakla birlikte kanımızca Türk hukukunda edimin hukuken korunan bir menfaat olması ile İslam hukukunda sözleşmenin konusunun mütekavvim olması mahiyet ve amaçları bakımından büyük ölçüde benzerdir.

Türk hukukunda edimin borcun doğumu sırasında belirli ya da en azından borç ifa edilirken zaman, yer ve konu bakımından bilinebilir nitelikte olması aranır⁴⁴⁷. Edimin taşınması gereken bu şart da aynı şekilde İslam hukukunda sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması ile oldukça paraleldir. Bu benzerlikler her iki hukuk sisteminin de dinamik olması ve hukuk kurallarının kişilerin ihtiyaçları üzerine bina edilmesi sebebiyledir.

III. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN AHLAKA AYKIRI OLMASI

Ahlak, Arapça kökenli bir kelime olup huy, karakter, seciye gibi anlamlara gelen “*hûlk*” kelimesinin çoğuludur⁴⁴⁸. Hukukta ve felsefede önemli bir yere sahip olan ahlak kavramına ilişkin pek çok tanım yapılmıştır⁴⁴⁹. Ahlak, esasen insanın vicdanına göre

⁴⁴⁴ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 155-158.

⁴⁴⁵ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 155.

⁴⁴⁶ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 155.

⁴⁴⁷ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 156.

⁴⁴⁸ <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/أَهْلَاق/?c=Tüm> (26.10.2022); Mustafa Çağrı, "Ahlâk", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ahlak#1> (27.10.2022); Ateş, *Genel Ahlakta Aykırılık*, 80.

⁴⁴⁹ “*Ahlâk, iyiliğe varılması için insanın uymaya kendini mecbur hissettiği manevî ve ruhî görevler ve bunlara ilişkin kurallardır*”, Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 18. Öğretideki çeşitli ahlak tanımları için bkz. Ateş, *Genel Ahlakta Aykırılık*, 80-82.

yapılmasını iyi ve kötü olarak nitelendirdiği davranış kurallarıdır⁴⁵⁰. İhtimai hayatta ise ahlak, insanın sadece kendi vicdanına göre değil, aynı zamanda içinde yaşadığı toplumun değer yargılarına ve karşılıklı ilişkilerine göre de yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen kurallar bütünüdür⁴⁵¹.

Hukuk ve ahlak birbirlerinden farklı iki kurum olsa da kişilerin davranışlarını konu edindikleri ve olması gerekeni düzenledikleri için, birçok hukuk kuralının teşekkülünde ahlak disiplininin büyük bir etkisi vardır⁴⁵². Kişilerin kusurlu davranışlarından sorumlu tutulması, ahde vefa, dürüstlük kuralı gibi ilkeler bu duruma örnektir⁴⁵³.

Sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olamaması da bu etkinin bir sonucudur. Ancak burada kastedilen ahlak, kişilerin veya hakimin öznel ahlak anlayışı değil, genel ahlaktır⁴⁵⁴. Nitekim hukuk düzenleri, hukuk kuralı tesis ederken subjektif ahlak anlayışı ile ilgilenmez⁴⁵⁵. Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer kanunlarda ahlak kavramına ilişkin bir tanım yer almaz. Modern öğretilerde hakim olan görüşe göre ise genel ahlak, belirli bir toplumda ve belirli bir dönemde dürüst, makul ve orta zekalı bireylerin düşünce ve zihniyetlerine uygun düşen kurallar olarak tanımlanır⁴⁵⁶. Bu düşünce ve zihniyete aykırı fiiller ise ahlaka aykırılık oluşturur.

⁴⁵⁰ Şener Akyol, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 8; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 18; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958), 48; Çağrı, "Ahlâk", TDV İslâm Ansiklopedisi, (27.10.2022); Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 82.

⁴⁵¹ Akyol, *Hukuka Giriş*, 10; Abdulkadir Şener, *İslam Hukuku Dersleri I* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992), 4; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 82;

⁴⁵² Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019), 16; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 19; Ansay, *Hukuk Bilimi*, 48-49; Ali Bardakoğlu, "Ahlâkın Fıkıh Kuralları Arasında Buharlaşması", *Eskiye* 35 (2017): 59; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 143; Ahmet Yaman, "Fıkıh-Ahlak İlişkisi: İslâm Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş", *Usûl: İslam Araştırmaları* 9 (2008): 101. Bardakoğlu'na göre, "Ahlak, hukuk normlarının temel dayanaklarından biridir". Bu yönde bkz. Bardakoğlu, "Ahlâkın Buharlaşması", 59. Bir başka görüşe göre hukuk kurallarının meşruiyeti, onların ahlaka uygun olmasına bağlıdır. Bu yönde bkz. Ahmet Ünsal, *İslâm Hukukunda Fayda İlkesi*, (İstanbul: Nüans Yayıncılık, 2006), 33.

⁴⁵³ İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 19; Ansay, *Hukuk Bilimi*, 49; Akyol, *Hukuka Giriş*, 89.

⁴⁵⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 86; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 86; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 756; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 136; Erman, "Akit Serbestisi", 610.

⁴⁵⁵ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 82.

⁴⁵⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 14; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 83; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 35; Eren, *Borçlar Genel*, 363; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 248; Antalya, *Borçlar*, 279; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 136; Erman, "Akit Serbestisi", 610; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 229; Ünal, *Kelepçeleme*, 93; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 172; Abdülaziz Bayındır, "Âdâb", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/adab> (27.10.2022). Genel ahlak kavramı hakkında bir tanım da şöyledir: "Belli bir yerde ve zamanda o topluma (ya da topluluğa) ait sosyolojik kurallar ile ahlâk

Genel ahlak kuralları, yazılı olmayan kurallardır⁴⁵⁷. Ahlak kurallarına aykırılığın yaptırıma bağlanması ise onu yazılı olmayan bir hukuk kuralı haline getirir⁴⁵⁸. Tanımdan da anlaşılacağı üzere genel ahlak, toplumdan topluma ve zamandan zamana değişkenlik gösteren nisbi bir kavramdır⁴⁵⁹.

A. Türk Hukukunda

TBK m. 27/1’de sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre bir sözleşmenin içeriği dürüst, makul ve orta zekalı bir bireyin düşünce ve zihniyetine göre vicdan duygusunu zedeleyecek hükümler içeriyorsa bu sözleşmenin ahlaka aykırılığından söz edilir⁴⁶⁰. Bununla beraber ahlaka aykırılık Türk hukukunda sadece TBK m. 27’de değil, diğer kanunlarda da ele alınmıştır. Örneğin; TMK m. 23/2’de, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onu hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmiştir. Ahlaka aykırılık sözleşmenin yapıldığı döneme göre hakim tarafından tespit edilir ve re’sen dikkate alınır⁴⁶¹.

Ahlaka aykırılık farklı şekillerde söz konusu olabilir:

Sözleşmede kararlaştırılan edim ahlaka aykırı olabilir⁴⁶². Bu durum, borçlunun ahlaka aykırı bir edimi yapmayı üstlenmesi şeklinde söz konusu olabilir. Örneğin; bir memurla rüşvet içeren bir sözleşme yapılması halinde ahlaka aykırı bir edim söz konusu olur⁴⁶³. Öğretide ahlaka aykırı edimlere örnek olarak, para karşılığında boşanmak veya evlilik dışı ilişki kurmak için yapılan sözleşmeler, kaçakçılık sözleşmesi, kızın başlık parası karşılığı evlendirilmesine ilişkin sözleşmeler, izinsiz genelev işletilmesi için

kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait asgari, sosyal ve hukuki ahlâk kurallarıdır”, Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, 87. Genel ahlak kavramına ilişkin öğretide yer alan tanımlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel I, 550 vd.; Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, 83-84; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 727.

⁴⁵⁷ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 30; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 88.

⁴⁵⁸ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 30; Bardakoğlu, “Ahlâkın Buharlaşması”, 60; Akyol, *Hukuka Giriş*, 93.

⁴⁵⁹ İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 399; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 88; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 756; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 142; Eren, *Borçlar Genel*, 363; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 136; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 229; Ünal, *Kelepçeleme*, 91; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 172; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 726.

⁴⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 398.

⁴⁶¹ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 110; Eren, *Borçlar Genel*, 363; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 137; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 229; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 173; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 98.

⁴⁶² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 554; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 204 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, 365; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 248; Antalya, *Borçlar*, 279; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 142; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 229; Ünal, *Kelepçeleme*, 94.

⁴⁶³ Eren, *Borçlar Genel*, 365; Antalya, *Borçlar*, 279.

yapılan sözleşmeler sayılmaktadır⁴⁶⁴. Edimin ifa modalitelerine uygun bir şekilde ifa edilmemesi de ahlaka aykırılık oluşturabilir⁴⁶⁵. Örneğin; uygunsuz bir yerde ifası kararlaştırılan sözleşmeler ifa yeri bakımından ahlaka aykırılığa yol açabilir⁴⁶⁶.

Doğrudan sözleşmenin kendisi ahlaka aykırı olabilir⁴⁶⁷. Örneğin; kişinin bir menfaat karşılığında inanç, çalışma, sendika vb. özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan bir sözleşme yapması ahlaka aykırıdır⁴⁶⁸. Bu gibi sözleşmeler, içeriğine bakılmaksızın ahlaka aykırı bir sözleşme olarak kesin hükümsüzdür. Çünkü bunlar kişinin özgür iradesine bırakılması gereken kişisel haklardır⁴⁶⁹. TMK m. 23/2'ye göre de özgürlükleri ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlayan sözleşmelerin yapılması hukuka aykırıdır. Bu sebeple bu özgürlüğü sınırlandırıcı taahhütler geçersizdir.

Son olarak sözleşmenin amacı ahlaka aykırı olabilir⁴⁷⁰. Burada esasında sözleşmenin içeriği ahlaka aykırı değildir⁴⁷¹. Bununla birlikte sözleşmenin yapılması, hukuka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁴⁷². Bu duruma yasa dışı kürtaj işlemi için ekipman satın alınması, birini kaçırmak amacıyla araç kiralanması örnek verilebilir⁴⁷³.

Türk hukukunda sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması halinde mutlak bir şekilde hükümsüzlükten bahsedilemez. Taraflardan birinin, diğerinin ahlaka aykırı bir amaç güttüğünden haberi olmadığı takdirde sözleşme geçerliliğini korur⁴⁷⁴. Bu sebeple sözleşmenin arkasında yatan ahlaka aykırı bir amaç neticesinde sözleşmenin kesin

⁴⁶⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 365; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 248; Antalya, *Borçlar*, 279; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 143; Ünal, *Kelepçeleme*, 94. Evlilik dışı yaşamın topluma göre artık ahlaka aykırı olarak değerlendirilmediği yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar*, 142.

⁴⁶⁵ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 143; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 206.

⁴⁶⁶ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 208.

⁴⁶⁷ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 238; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 554; Eren, *Borçlar Genel*, 364; Antalya, *Borçlar*, 279; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 138.

⁴⁶⁸ Erman, "Akit Serbestisi", 611; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 138; Ünal, *Kelepçeleme*, 96.

⁴⁶⁹ von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 250; Ünal, *Kelepçeleme*, 96.

⁴⁷⁰ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 399; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 87; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 554; Erman, "Akit Serbestisi", 610; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 145; Eren, *Borçlar Genel*, 366; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 249; Antalya, *Borçlar*, 279; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 230; Ünal, *Kelepçeleme*, 94 vd.; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 727.

⁴⁷¹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 145.

⁴⁷² Başpınar, *Kısmi Butlan*, 145; Eren, *Borçlar Genel*, 366; Ünal, *Kelepçeleme*, 95.

⁴⁷³ Eren, *Borçlar Genel*, 366; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 145.

⁴⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 400-401; Eren, *Borçlar Genel*, 366; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 146; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 249; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 230; Ünal, *Kelepçeleme*, 95.

hükümsüz olabilmesi için bu amacın, tarafların ortak amacı olması gerekir⁴⁷⁵. Buradaki maksat, işlem güvenliğini korumaktır⁴⁷⁶. Türk hukukunda sözleşmenin taraflarından birinin ahlaka aykırı bir amaç gütmemesinin, fakat diğer tarafın böyle bir amaç gütmemesine rağmen bu amacı biliyor olmasının da sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmeyeceği kabul edilmektedir⁴⁷⁷. Ancak söz konusu amacı gütmeyen taraf bu amacı teşvik ediyor, amacın gerçekleşmesini kolaylaştırıyor veya amacın gerçekleşmesi sonucu menfaat elde ediyorsa sözleşme yine kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur⁴⁷⁸.

Bir sözleşmede edimler arası açık bir orantısızlığın söz konusu olması halinde de ahlaka aykırılıktan söz edilir⁴⁷⁹. Fakat bu husus TBK m. 28'de aşırı yararlanma başlığı altında hükme bağlanmış olduğundan TBK m. 27/1'in kapsamına girmemektedir⁴⁸⁰. Yine de aşırı yararlanma halinin, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁸¹.

B. İslam Hukukunda

Gerek ahlak gerekse hukuk kurallarının amacı, toplumsal düzenin sağlanması olduğundan İslam hukukunda da ahlak ve hukuk arasında organik ve sıkı bir bağ vardır⁴⁸².

⁴⁷⁵ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 224; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 400-401; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 88; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 556; Eren, *Borçlar Genel*, 366; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 146; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 104-105; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 174; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 727.

⁴⁷⁶ Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 727.

⁴⁷⁷ Ünal, *Kelepçeleme*, 95; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 727.

⁴⁷⁸ von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 249, 250; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 88; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 557; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 146; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 230; Ünal, *Kelepçeleme*, 95; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 727.

⁴⁷⁹ Y. 13. HD, T. 16.01.1996, E. 1995/10823, K. 1996/91; "...Sözleşme ile bir taraf için sağlanan hak ve menfaati denk düşmeyen fahiş M.K. 2'deki hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanmış olması iyi niyet kurallarına hak ve nesafete, ahlak kurallarına aykırı düşer. ...Öngörülen ücret ile aralarında fahiş nispetsizlik olup olmadığı, dolayısıyla sözleşmenin kanuna, ahlaka aykırı bulunup bulunmadığı tesbit edilmeli, fahiş nispetsizlik halinde bunun kanuna ve ahlaka aykırı olduğu kabul edilerek geçersiz sayılmalı..." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1996-10.htm> E.T. 02.06.2022.

⁴⁸⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 366; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 100; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 728.

⁴⁸¹ Eren, *Borçlar Genel*, 366.

⁴⁸² Şener, *İslam Hukuku*, 4; Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 68; Saffet Köse, "Hukuk mu Ahlak mı? -İslam Nokta-i Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 17 (2011): 19
Bardakoğlu, "Ahlâkın Buharlaşması", 60, yazara göre her ne kadar hukuk kurallarının kaynağı yöneticilerin iradesi gibi görünse de asıl kaynağı hukuki vicdan, başka bir deyişle ahlâki akıldır. Bu yönde bkz. Bardakoğlu, "Ahlâkın Buharlaşması", 60.

Bu sebeple hukuk kuralları ve ahlak kuralları çoğunlukla iç içedir⁴⁸³. Nitekim toplumda hakim olan genel ahlak kurallarına aykırı olan hukuk kuralları o toplumda devamlılık sağlayamaz⁴⁸⁴. Nasslarda insanlardan, doğru olan davranışların yapılmasının istenmesi de hukuk kurallarının ahlak kurallarıyla ilişkisini ortaya koyar⁴⁸⁵. Bu sebeple birçok emredici hukuk kuralı genel ahlakın korunması amacına hizmet eder⁴⁸⁶.

Klasik İslam hukukunda hem bu sıkı ilişki nedeniyle hem de mevcut tasnifin 19. yy'dan itibaren yapılması nedeniyle özel bir sınıflandırma söz konusu değildir. Mecelle'de de durum bu şekildedir. Fakat Tanzimat Döneminden sonra Batı hukukunun da etkisiyle ilk kez Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu'nda "*adab ve intizam-ı umumi*" demek suretiyle ahlaka ve kamu düzeni kavramına yer verildiği görülür⁴⁸⁷.

İslam hukukunda kişinin nefsanî duygularının eğitilmesini, tabiattaki tüm varlıklarla olan ilişkilerin düzenlenmesini amaçlayan ve toplum içinde yaşamının gerektirdiği kurallar ahlak kuralları arasında yer alır⁴⁸⁸. Yardımlaşma, dayanışma, fedakarlık, cömertlik, dürüstlük gibi toplumsal düzenin korumasını hedefleyen ilkeler de ahlak kuralları içerisinde yer alır⁴⁸⁹. Aynı şekilde İslam hukuku; fuhuşu, ahde vefasızlığı, haksızlığı, ölçüde ve tartıda hile yapmayı, yeryüzünde fitne çıkarmayı da ahlaka aykırı olması sebebiyle yasaklar⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Hâtemi, *Hukuka ve Ahkaka Aykırılık*, 68; Necmeddin Güney, "Toplumsal Hayatı Düzenleyen Kurallar ve Fıkıh İlmî", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 33 (2010): 171; Yaman, "Fıkıh-Ahlâk İlişkisi", 102.

⁴⁸⁴ Şener, *İslam Hukuku*, 4; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 34.

⁴⁸⁵ A. Kevin Reinhart, "İslam Ahlakı Olarak İslam Hukuku", Çev. Abdurrahman Candan, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 2 (2011): 240. Yazara göre, "*İslam hukuku sadece bir hukuk değil aynı zamanda büyük incelikle ve çok yönlülükle kurulmuş etik ve epistemolojik bir sistem*" olma özelliği taşır. Bu yönde bkz. Reinhart, "İslam Ahlakı", 242. Yaman'a göre hukuk, asgarî ahlaktır. Bkz. Yaman, "Fıkıh-Ahlâk İlişkisi", 102 Aynı yönde bkz. Ünsal, *Fayda İlkesi*, 33.

⁴⁸⁶ Pala, "Emredici-Yedek", 39.

⁴⁸⁷ Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu m. 64'e Muaddil Kanun-u Muvakkat m. 1/1: "*Kavânin ve nizâmât-ı mahsûsa ile memnu ve âdâb ve intizam-ı umumiyyi muhil olmayan ve ehliyet-i akıdeyn gibi ahval-i şahsiyeye ve irs-ü intikale ve nukud ve akârât-ı mevkûfenin ve emvâl-i gayr-i menkûlenin tasarrufuna müteallik kavâid ve ahkâma muhalif bulunmayan bilcümle mukavelât ve taahhüdât ahkâmı, âkitler haklarında mer'î ve muteberdir; şu kadar ki ma' kud-un aleyh mümkin-ül husûl değilse butlan iddiası mesmu'dur*", *Düstur*, 2. Tertip, 6. Cilt, 653-654. Ayrıca bkz. Hâtemi, *Hukuka ve Ahkaka Aykırılık*, 70, dñn. 13.

⁴⁸⁸ İlyas Üzümlü, "Hüküm", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukum#1> (28.05.2022).

⁴⁸⁹ Köse, "Hukuk mu Ahlak mı?", 21; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (08.03.2022); Üzümlü, "Hüküm", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.05.2022).

⁴⁹⁰ Yaman, "Fıkıh-Ahlâk İlişkisi", 103.

İslam hukukunda ahlakın korunması önemli bir ilke olmakla birlikte bir davranışın hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı, ekol hukukçuları arasında farklı yorumlanabilmekte ya da toplumun ve zamanın şartlarına göre değişebilmektedir⁴⁹¹.

İslam hukukunda bir davranış ahlaki gerekçelerle yasaklanarak bir hukuk kuralı haline gelmiş olabilir. Örneğin; yerlilerin şehir dışından gelen satıcıları şehre girmeden karşılamaları ve mal henüz pazara girmeden alışveriş yapmaları veya faiz içeren satışların yasaklanması bu hukuki işlemlerin ahlaki gerekçelerle yasaklanmasına örnektir⁴⁹². Nitekim aldatma, haksızlık, bencillik, açgözlülük ve çıkarıcılık amacı içeren işlemler ahlaka aykırıdır. Taraflardan yalnızca birine fayda sağlayan sözleşmeler de ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir⁴⁹³.

Ahlaka aykırılık farklı şekillerde söz konusu olabilir:

Sözleşmede kararlaştırılan edim ahlaka aykırı olabilir. Klasik İslam hukukunda hür insanın satışı, faizli satış, rüşvet karşılığı bir işin yapılması gibi ahlaka aykırı edimler içeren sözleşmeler hükümsüz kabul edilmiştir⁴⁹⁴.

Sözleşmenin amacı ahlaka aykırı olabilir. Klasik İslam hukukunda ölümcül hastalığa yakalanan kocanın, karısını mirasından mahrum etmek için bâin talakla boşaması⁴⁹⁵, bir hukuki işlemin amacının ahlaka aykırılık taşımasına örnektir⁴⁹⁶. Yine kişinin, zekat vermemek amacıyla bir senenin dolmasına yakın mallarını bağışlaması, satıcının haksız kazanç sağlamak amacıyla ölçü ve tartı aletlerinde hile yaparak yaptığı satışlar da ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir⁴⁹⁷.

⁴⁹¹ Hâtemi, *Hukuka ve Ahkala Aykırılık*, 69, dpn, 12. Mut'a nikahının (sürelî nikah), Şia doktrininde zinayı önlediği gerekçesiyle hukuka uygun kabul edilirken; Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî doktrininde hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmesine dair bkz. Dönmez, "Müt'a", TDV İslâm Ansiklopedisi, (12.03.2022); Hâtemi, *Hukuka ve Ahkala Aykırılık*, 69, dpn, 12.

⁴⁹² Bardakoğlu, "Bey'", TDV İslâm Ansiklopedisi, (08.03.2022); Ünsal, *Fayda İkesi*, 66.

⁴⁹³ Ünsal, *Fayda İkesi*, 70.

⁴⁹⁴ Karaman, *Mukayeseli*, 180; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 319.

⁴⁹⁵ Bâin talakla boşama, tarafların birbirlerine dönebilmeleri için yeni bir evlenme sözleşmesinin gerektiği boşamadır. H. İbrahim Acar, "Talâk", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/talak> (29.12.2022).

⁴⁹⁶ İbrahim Kâfi Dönmez, "Sedd-i Zerâi'", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sedd-i-zerai> (08.03.2022).

⁴⁹⁷ Köse, "Hukuk mu Ahlak mı?", 27; Bardakoğlu, "Bey'", TDV İslâm Ansiklopedisi, (08.03.2022).

C. Değerlendirme

Ahlak göreceli bir kavram olduğundan, ahlaka verilen anlam toplumun ve zamanın yapısına göre değişiklik gösterir. Sözleşmenin içeriğinin genel ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti bu değişen zamanın ve toplumun şartlarına göre hakimnin takdirine bırakılmıştır.

Türk hukukunda ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarından birisidir. Dolayısıyla sözleşmenin içeriğini oluşturan unsurlar ahlaka aykırı olacak şekilde düzenlenemez.

İslam hukukunda ise ahlakın korunması temel ilkelerden birisi olmakla birlikte klasik dönemde kavram olarak sözleşmelerin içeriğine ilişkin doğrudan bir düzenleme söz konusu değildir. Fakat uygulamada ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılan hukuki işlemler, ahlaka aykırı sözleşmelerin İslam hukukunda da yasaklandığını ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarını oluşturduğunu gösterir niteliktedir. Dolayısıyla her iki hukuk sisteminde de ahlaka aykırılık, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarından birisidir.

IV. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI

Kamu düzeni kavramı; sınırları hiçbir zaman tam olarak çizilemeyen, zamandan zamana ve toplumdaki topluma değişkenlik gösteren nisbi bir kavramdır⁴⁹⁸. Modern öğretilerde kamu düzeninin ne olduğuna ilişkin tek ve genel geçer bir tanım söz konusu değildir. Bu sebeple kamu düzenine ilişkin öğretilerde pek çok tanım bulunur⁴⁹⁹. Atamer'e

⁴⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 546; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 29; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 157; Ünal, *Kelepçeleme*, 68-69; Eren, *Borçlar Genel*, 367; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 85; Antalya, *Borçlar*, 280.

⁴⁹⁹ Kamu düzeni, karakteri itibarıyla muğlak bir kavram olduğundan ve sınırlarının değişken ve göreceli olmasının da bir sonucu olarak öğretilerde kabul gören tek bir tanım olduğunu söylemek mümkün değildir. Öğretilerde yer alan bir tanım şöyledir: “*Kamu düzeni, güvenliğin ve genel ahlakın korunması için gerekli olan kamu hizmetlerinin işleyebilmesi adına başat nitelikte görülen sosyal, politik vb. temel ihtiyaçların bütününe oluşturan, kanunda yazılı olsun ya da olmasın kişilerin sözleşmeyle veya davranışlarla ihlal edemeyeceği, emredici, yönlendirici kurallardır*” şeklindedir, bkz. Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 26’ dan naklen. Kamu düzenine ilişkin farklı tanımlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 24 vd. YHGK, E. 2017/11-52, K. 2021/671, T. 03.06.2021: “*Bilindiği gibi kamu düzeni kavramı zamana ve yere göre değişen, içeriği ve sınırları kesin olarak çizilemeyen bir kavramdır. Kamu düzenini bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukukî açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kurallar teşkil etmektedir. Devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkeler, kamu düzenini ilgilendiren kurallar olup, genel olarak, kamu menfaat ve düzenini koruma amacını güden emredici kanun hükümlerine aykırılık, ahlaka ve temel hak ve*

göre kamu ile kastedilen toplumdur ve düzen ise hukuk düzenini ifade eder. Kamu düzeni kuralları ise toplumun menfaatlerinin ve hukuk düzeninin korunması amacına hizmet eden kurallar bütünüdür⁵⁰⁰. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bir tanıma göre ise, toplumun huzur ve sükununun sağlanması ile devletin korunması amacına hizmet eden tüm kurallar kamu düzenine ilişkindir⁵⁰¹. Dolayısıyla kamu düzeni; hukuk düzeninin temelinde yatan, toplumun ve hukuk düzeninin yararını gözeten ve bunların korunması amacıyla konulan tüm kuralları kapsar⁵⁰². Fakat kamu düzeni kuralları zamanın kültürel, sosyolojik, ekonomik durumu gibi birçok sebebe göre değişkenlik gösterir⁵⁰³.

Öğretideki bir görüşe göre kamu düzeninden olan kurallar, kamu düzenini sağlamak maksadıyla konulan yasaklayıcı nitelikteki kamu hukuku hükümlerinden ibarettir⁵⁰⁴. Bu sebeple kamu hukuku karakterli olan idare, vergi, ceza hukuku gibi alanlarda düzenlenen hükümlerin kamu düzeninden olduğu ve bunların ihlalinin kamu düzenini bozduğu savunulur.

özgürlüklere aykırılık, kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlardır. Bu esaslara göre Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk adap ve ahlak anlayışı ile Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir", <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-11-52.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm> E.T. 31.10.2022; YHGK, E. 2013/11-1135, K. 2014/973, T. 26.11.2014: "Kanunda kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre değişebilen niteliği gereği bir tanımlama yapılmaktan kaçınılmış ve konunun hakimine bırakılması tercih edilmiş, ancak kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olmasının aranmasıyla bu konuda takdir hakkı bulunan hakime bir sınırlama getirilmek istenmiştir", <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-11-1135.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm> (E.T. 31.10.2022).

⁵⁰⁰ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 185.

⁵⁰¹ AYM T. 28.01.1964, E. 1964/128, K. 1964/8, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf> E. T. 28.05.2022.

⁵⁰² Bulut, *Kişilik Hakkı*, 38; Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 42-43; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar Genel*, 402; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 85; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 544; Antalya, *Borçlar*, 280; Eren, *Borçlar Genel*, 367; Ünal, *Kelepçeleme*, 69. YHGK, E. 2009/1-560, K. 2009/621, T. 30.12.2009: "Kamu düzeni; kamunun (toplumun) her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanında ki düzenin temelini oluşturan bütün kuralları ifade eder" <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2009-1-560.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm> E. T. 31.10.2022.

⁵⁰³ Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 43; Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 157.

⁵⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 544'te anılan yazarlar.

Türk hukukunda da hakim olan ikinci görüşe göre ise, kamu düzenini korumak için konulan kurallar kamu hukukunda düzenlenebileceği gibi özel hukukta da düzenlenebilir⁵⁰⁵.

A. Türk Hukukunda

TBK m. 27/1'e göre sözleşmenin içeriğinin kamu düzenine aykırı olmasının yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Türk hukukunda kamu düzenine ilişkin hükümler esasen emredici hükümlerdir⁵⁰⁶. Fakat her emredici hükmün amacı, kamu düzenini korumak değildir. Emredici hükümler; kişilik hakkını veya ahlaki koruma amacıyla da konulabilir.

Kamu düzenine ilişkin kurallar özel hukuk ve kamu hukuku kaynaklı olabilir⁵⁰⁷. Kamu hukukundaki kamu düzeninden olan düzenlemelere örnek olarak imar hukuku verilebilir⁵⁰⁸. Kanımızca ceza hukukunda şikayete tabi olmayan suçlar da kamu düzeninin korunmasına ilişkindir. Özel hukukta ise zamanaşımı sürelerinin değiştirilmemesi amacıyla düzenlenen TBK m. 148, tüketicinin ve kiracının korunmasına ilişkin hükümler kamu düzenindedir. Bunun yanında ahde vefa, sözleşme özgürlüğü, kişiliğin korunması, güven ilkesi gibi ilkeler de kamu düzenini sağlamayı amaçlayan ilkelere⁵⁰⁹.

Öğretide kamu düzenine ait kuralların yazılı nitelikte olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle, soyut bir kamu düzeni kuralına aykırılık halinde de TBK m. 27/1 gereği kesin hükümsüzlükten söz edilebilir mi? Bu hususta iki görüş öne çıkar:

İlk görüşe göre kamu düzenine ait kuralların mutlaka yazılı olması gerekir⁵¹⁰. Buna göre bir hukuki işlem, yazılı hukuk dışında bir kamu düzeni kurallarına aykırılık sebebine dayanılarak geçersiz sayılamaz. Gereğesi ise bu durumun, hukuki güvenliğe

⁵⁰⁵ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 139. Yargıtay'ın 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da yer alan süre hükümlerinin kamu düzeninden olduğu yönündeki kararı için bkz. YHGK, E. 1992/6-107, K. 1992/232, T. 01.04.1992 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1992-6-107.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm> E. T. 31.10.2022.

⁵⁰⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 85; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 138.

⁵⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 403; Eren, *Borçlar Genel*, 367; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 49; Ünal, *Kelepçeleme*, 69. von Tuhr'a göre, kamu düzeninden, korunmasında büyük bir toplumsal menfaat olan özel hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Bu yüzden, sırf tarafların menfaatine ilişkin hükümler içermesi sebebiyle borçlar hukuku hükümleri kamu düzenine ilişkin kurallar içermez. Bkz. von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 244.

⁵⁰⁸ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 547; Antalya, *Borçlar*, 280.

⁵⁰⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 367; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 186; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 51.

⁵¹⁰ Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 39; Antalya, *Borçlar*, 280; Eren, *Borçlar Genel*, 367; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 45; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 113.

aykırılık oluşturmaktadır⁵¹¹. Bu sebeple bu görüşü savunan yazarlara göre kamu düzeni kavramı, emredici hükümlere aykırılığın tespitinde yalnızca bir yorum metodudur⁵¹². Bu görüşü savunan yazarlar, mülga Borçlar Kanunu'nun 19/2. maddesinde yer alan kamu düzenine aykırılık kavramının, 20. maddede kesin hükümsüzlük sebepleri arasında sayılmamasından yola çıkarlar⁵¹³.

İkinci görüşe göre ise kamu düzenine ait kurallar yazılı olmak zorunda değildir⁵¹⁴. Bu bağlamda yazılı olmayan, fakat kamu düzenini ihlal eden hukuki işlemler de geçersiz sayılır. Nitekim bir kamu düzeni kuralı kanunun emredici hükümlerinden kaynaklanabileceği gibi, yazılı olmayan temel hukuk kaideleri ve toplumun etik anlayışından da kaynaklanabilir⁵¹⁵. Aksi halde, kanunda yazılı olan kamu düzenini korumayı amaçlayan hükümler aynı zamanda emredici hükümlerden olduğundan, kamu düzeni kavramı işlevsiz kalır⁵¹⁶. Bu sebeple kamu düzeni kurallarının yazılı olmayan kurallar da olabileceğini kabul etmek gerekir⁵¹⁷. Nitekim TBK m. 27/1'de ayrıca zikredilmiş olması da kamu düzenine aykırılığın emredici hükümlere aykırılıktan bağımsız bir geçersizlik sebebi olmasını gerektirir. Anılan görüş, yazılı hukuk kuralları dışındaki kamu düzeni hükümlerinin hukuk güvenliğine ters düşeceği düşüncesine de şu gerekçeyle karşı çıkar: Türk hukukunda dürüstlük kuralı, haklı sebep, ahlak gibi kavramlar kanunda yalnızca çerçevesi çizilen, bununla beraber içinin doldurulması hakim takdir yetkisine bırakılan hükümlerdir⁵¹⁸. Kamu düzeni de bu hükümlerden birisidir ve somutlaştırılması hakime bırakılmıştır. Anılan kavramlar hukuki güvenliği tehlikeye atmazken yazılı hukuk kuralları dışındaki kamu düzeni kurallarının hukuk güvenliğine aykırılık oluşturduğunu iddia etmek isabetli değildir⁵¹⁹. Kanımızca da bu görüş daha isabetlidir.

⁵¹¹ Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 39-40; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 40; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 113.

⁵¹² Bulut, *Kişilik Hakkı*, 39.

⁵¹³ Bu yönde bkz. Hâtemi, *Hukuka ve Ahkale Aykırılık*, 39-40; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 39 vd..

⁵¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 548; Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 159; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 85; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 184; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 96-97.

⁵¹⁵ Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 159.

⁵¹⁶ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 184.

⁵¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 548; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 85, dpn. 130.

⁵¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 549.

⁵¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 549.

B. İslam Hukukunda

1. Genel Olarak

İslam hukukunun pek çok gayesi olmakla birlikte (*makâsüdü-ş şerîa*), bu gayelerden birisi kişilerin dünyevi faydalarını gözetmek ve toplumsal düzeni sağlamaktır⁵²⁰. Hakların Allah hakkı ve kul hakkı şeklindeki ayrımının temelinde de bu gaye yatar. Allah hakkı, kamu düzeninin ve yararının sağlanmasına ilişkin hakları temsil eder ve bu hakların korunmasını amaçlar⁵²¹. Kul hakkı ise kişisel hakların korunması amacını ihtiva eder⁵²². Bu yönüyle Allah hakları kanımızca kamu düzenindedir⁵²³. Aynı şekilde İslam hukukunda birçok emredici hukuk kuralının temelinde de kamu düzeninin korunması amacı yatar⁵²⁴. Hz. Peygamber'in mal getiren kervanların şehrin pazarına girmeden karşılanıp alışveriş yapılmasını ve piyasa hakkında bilgisi olmayan bir bedevinin bilgisizliğinden yararlanarak haksız kazanç sağlamasını yasaklaması da gerek ahlaka aykırı gerekse kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet verecek bir davranış olması ile açıklanabilir⁵²⁵.

Sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması da kanun koyucunun kamu düzenini gözettiği emredici bir hükümdür⁵²⁶. Çünkü sözleşmenin konusundaki belirsizlik taraflar arasında anlaşmazlığa ve çekişmeye sebep olabilir. Dolayısıyla sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması kamu düzenindedir. Sözleşmelere getirilen şekil şartları da kamu düzeninin korunmasına hizmet eden, bu amaçla konulmuş

⁵²⁰ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 76. "Allah bozgunculuğu sevmez", Bakara, 2/205; "Muhakkak ki Allah adaleti, ihsanı, akrabaya karşı cömert olmayı emreder; hayâsızlığı, kötülüğü ve zorbalığı yasaklar. İşte Allah, aklınızı başınıza almanız diye size böyle öğüt veriyor", Nahl, 16/90; "Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin", Nisa, 4/29; "İyilik ve takvâ hususunda yardımlaşın, günah ve haksızlık yolunda yardımlaşmayın" Maide, 5/2 ayetleri, toplumun huzur ve refahını amaçlayan kamu düzeni hükümlerindedir. Bkz. Ertuğrul Boynukalın, "Makâsüdü-ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seriia> (24.05.2022). İyiliğin emredilip kötülükten kaçınılması ilkesi de kanımızca kamu düzeninin sağlanması ile yakından ilgilidir.

⁵²¹ Ali Bardakoğlu, "Hak", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hak#2-fikih> (26.05.2022; Pala, "Emredici-Yedek", 39.

⁵²² Pala, "Emredici-Yedek", 39.

⁵²³ Bardakoğlu, "Hak", TDV İslâm Ansiklopedisi, (26.05.2022).

⁵²⁴ Pala, "Emredici-Yedek", 39.

⁵²⁵ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 66.

⁵²⁶ Dönmez, "Cehâlet", TDV İslâm Ansiklopedisi, (22.05.2022); Necmeddin Güney, "İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* (2010): 493.

kurallardır⁵²⁷. Bu sebeple evlenme sözleşmesi yapılırken iki şahidin bulunması gerekliliği kamu düzenindedir.

Kamu düzeninin korunmasına hizmet eden bu hükümlerin dayandığı temel ilke maslahattır⁵²⁸. Maslahat ilkesiyle yakından ilgili olan ve kamu düzeniyle ilişkili olan bir diğer ilke ise sedd-i zerâidir. Kamu düzeni ile bağlantılarını kurabilmek için öncelikle bu kavramların ne olduğu üzerinde durmak gerekir.

2. Maslahat

Kamu düzeni kavramı, İslam hukukunda insanın dünyevi ve uhrevi faydasını amaçlayan maslahat ilkesi ile irtibatlandırılabilir⁵²⁹. Maslahat sözlükte iyi bir şeye vesile olan şey, fayda, menfaat, dirlik ve düzen anlamlarına gelir⁵³⁰. Maslahat; toplumun ve kişilerin dünya ve ahiret için faydasına olan şeylerin sağlanması, zararına olan şeylerin ise giderilmesi esasına bağlı olan bir üst ilkedir⁵³¹. Toplumun ve kişilerin faydasına veya zararına olan şeyler, toplumun ve zamanın şartlarına göre değişkenlik gösterebilir⁵³². İslam hukukunda bütün hükümlerin temelinde bu ilke yer alır⁵³³.

Literatürde temel maslahatlar yaygın olarak; dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması olmak üzere beşe ayrılır⁵³⁴. Bu beş esas, insanın dünyevi ve uhrevi faydasının gözetilmesi amacına hizmet ettiğinden, dünyevi boyuttaki faydanın kapsamına “*kamu düzeninin korunması*”nın da dahil edilebileceğini söylemek kanımızca yanlış olmaz. Nitekim dünyevi maslahatlar, bir tanıma göre de “*Dünya işlerinin bir düzen ve tertip içerisinde yürümesini sağlayan, zararlı şeylerin meydana gelmesini engelleyen,*

⁵²⁷ Pala, “Emredici-Yedek”, 38.

⁵²⁸ Pala, “Emredici-Yedek”, 39; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 79.

⁵²⁹ Kaşif, Hamdi Okur, “İslam Hukuku Açısından Toplum Hukuk İlişkisi”, *Kocaeli İlahiyat Dergisi* 2/4 (2020): 32-33. Maslahatı doğrudan “*kamu yararı*” şeklinde çeviren yazarlar olmakla birlikte (bkz. Joseph Schacht (Çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), “*İslâm Hukukuna Giriş*”, (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 71), kanımızca maslahat terimini yalnızca kamu yararına indirgemek eksik bir tanım olur. Zira maslahat hem kamunun hem de kişilerin dünyevi ve uhrevi faydalarını gözeten tüm kurallardan oluştuğundan kamu yararı kavramından daha geniş bir çerçeveye sahiptir.

⁵³⁰ <https://www.luggat.com/index.php#ceviri> (25.05.2022).

⁵³¹ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 470; Zekiyyüddîn Şa'bân, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, (Ankara: TDV Yayınları, 2011), 177; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 9-10; İbrahim Kâfi Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat> (14.03.2022); Ferhat Koca, “İslam Hukukunda Maslahat-ı Mürsele ve Necmeddin et-Tûfi'nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, *İlam Araştırma Dergisi*, 1 (1996): 93.

⁵³² Okur, “Toplum Hukuk İlişkisi”, 33.

⁵³³ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 239.

⁵³⁴ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 470; Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 239; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 80 vd..

toplumsal hayatın refah ve saadetine vesile olan şeylerdir”⁵³⁵. Söz konusu tanım kamu düzeninin sağlanması ve korunması ile yakından ilgilidir. Örneğin, sarhoşluk verici içeceklerin yasak oluşu, aklın korunmasına ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasına hizmet eder. Zira sarhoşluk, bireyin ayırt etme gücünün ortadan kalkması sebebiyle kendisine ve bireyler arası ilişkilerine zarar vermesine yol açabilir⁵³⁶. Zararlı bir davranışın yasaklanması kamu düzenine ilişkin olabileceği gibi, karşılaşılan iki olumsuz durumdan daha büyük zarar doğuracak olanı gidermeyi tercih etmek de kamu düzeninden olabilir⁵³⁷. Örneğin; belli bir bölgeyi korumakla yükümlü olan orduya yetecek miktarda mal varsa ek vergi konulması caiz değildir. Fakat ordunun malları, ihtiyaçlarını karşılamaya yetmiyorsa, askerlerin para kazanmak amacıyla bölgeyi bırakıp gitmeleri bölgeyi tehditlere açık hale getireceğinden ve bu durumda kamu düzeninin ve asayişin tehlikeye girmesi söz konusu olacağından, varlıklı kimselerden ek vergi alınmasının hukuka uygun görülmesi bu sebeptir⁵³⁸.

Maslahat kavramı, muhafaza ettiği bireysel ve toplumsal değerlerin önem derecesine göre üçe ayrılır. Bunlar; zaruriyat, hacciyat ve tahsiniyattır⁵³⁹. Zaruriyat, kişinin ve toplumun esenlik ve düzen içerisinde yaşayabilmesi, dini ve dünyevi yaşantının en iyi şekilde devam etmesi için zorunlu olan maslahatları ifade eder⁵⁴⁰. Yukarıda anılan beş temel esas zaruriyat içerisinde değerlendirilir⁵⁴¹. Bu bakımdan kamu düzeninin sağlanmasına ve korunmasına hizmet eden temel esasların zaruriyat kapsamına girdiğini söyleyebiliriz.

⁵³⁵ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü* (İstanbul: MÜİF Vakfı Yayınları, 1988), 295.

⁵³⁶ Nasi Aslan ve Fatıma Ünsal, “İslam ve Batı Dünyasında Kamu Yararı Bağlamında İçkinin Yasaklanması: Mukayeseli Bir Araştırma”, *Bilimname* 1/44 (2021): 11; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (14.03.2022). Kur'an'da bu yönde Maide 5/90-91: “*Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar, fal okları şeytan işi iğrenç şeylerden ibarettir. Bunlardan kaçın ki kurtuluşa eresiniz. Şüphesiz şeytan içki ve kumar yoluyla aranızda düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?*”.

⁵³⁷ Mecelle m. 29: “*Ehvenü 'ş-şerreyn ihtiyar olunur*”.

⁵³⁸ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 478.

⁵³⁹ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 470; Atar, *Fıkıh Usulü*, 295; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022). Bu ayrımın temelini Cüveynî tarafından yapıldığı bilinmektedir. Bu yönde bkz. Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi (15.03.2022); Boynukalın, "Makāsıdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

⁵⁴⁰ Atar, *Fıkıh Usulü*, 295; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022); Koca, “Maslahat-ı, Mürsele”, 94; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 79.

⁵⁴¹ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 80; Atar, *Fıkıh Usulü*, 295; Boynukalın, "Makāsıdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

Hâciyat ise kişinin hayatını kolaylaştırmak ve ihtiyaçlarını gidermek için gerekli olan maslahatları ifade eder⁵⁴². İslam hukukunda sözleşmenin konusunun sözleşme esnasında mevcut olması gerekirken, selem sözleşmesinin ticari hayatın kolaylaşması amacıyla hukuka uygun görülmesi bu dereceden bir maslahattır. İnsanların barınma ihtiyacını gidererek hayatları kolaylaştırma amacıyla hukuka uygun kabul edilen bir diğer sözleşme ise kira sözleşmesidir⁵⁴³. Hukuki işlemler çoğunlukla insanların ihtiyaçlarını gidermek ve hayatlarını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilen hâciyat derecesindeki maslahatların gözetilmesi esasına dayanır⁵⁴⁴.

Tahsîniyyat ise bir zorunluluk veya ihtiyaçtan kaynaklanmamakla birlikte, kişiler arası ilişkileri kolaylaştırma ve güzelleştirme amacı taşıyan maslahatları içerir⁵⁴⁵. Örneğin; adab-ı muaşeret kurallarına uymak, israf etmemek, temizliğe özen göstermek, çevreye rahatsızlık vermemek gibi davranışlar tahsînî maslahatlardandır⁵⁴⁶. Tahsînî maslahatlar, içerisinde güven ve huzur içinde yaşanabilecek bir toplum inşa etmeye hizmet eden, kamu düzeninin gözetildiği kuralları içine alır⁵⁴⁷.

Maslahat, kamu düzeninin sağlanması amacıyla yönelik düzenlemeler içerebileceği gibi, ahlakın korunmasına da hizmet edebilir. Nitekim ahlak kuralları da bireyin ve toplumun genel faydasına hizmet eden maslahatlardır.

Tüm hukuk ekollerinin öğretilerinde kişilerin ve toplumun faydasını temel alan maslahat kavramına yer verildiği görülür⁵⁴⁸. Hanefî ekolünde yer alan istihsan ve Mâlikî ekolünde yer alan istislâh gibi içtihat metotlarının temelinde maslahat düşüncesi yer

⁵⁴² Gazzâlî, *Mustasfâ*, 471; Atar, *Fıkıh Usulü*, 296; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022); Koca, "Maslahat-ı, Mürsele", 94; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 85; Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

⁵⁴³ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 86; Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

⁵⁴⁴ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 86.

⁵⁴⁵ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 472; Atar, *Fıkıh Usulü*, 296; Koca, "Maslahat-ı, Mürsele", 94; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 87; Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

⁵⁴⁶ Atar, *Fıkıh Usulü*, 297; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 87; Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022).

⁵⁴⁷ Ünsal, *Fayda İlkesi*, 87.

⁵⁴⁸ Dört büyük hukuk ekolünün kurucuları maslahatın hüküm bina etmede temel bir ilke ve delil olduğu hususunda görüş birliği içerisindedirler. Bununla beraber Zahirî ekolü ile bazı Şâfiî ve Mâlikî hukukçular maslahatın bir delil olamayacağı görüşündedirler. Bu yönde bkz. Şa'bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 171; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi (15.03.2022); Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022); Özen, "İstislâh", TDV İslâm Ansiklopedisi, (04.11.2022).

alır⁵⁴⁹. Mecelle’de de maslahatın gözetilmesi esasına dayanan pek çok hüküm vardır. Mecelle m. 26’da yer alan “*Zarar-ı âmmu def’ için zarar-ı hâss ihtiyâr olunur*” düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup buna göre, kamuya ilişkin bir zararı önlemek için şahsa yönelik veya nispeten daha özel olan zarara katlanılır⁵⁵⁰. Gazzâlî’ye göre de “*Cüz’i olan, küllî olana nispetle değersizdir*”⁵⁵¹. Bu doğrultuda çıkardığımız sonuç ise bireysel zararının kamu zararına tercih edilmesinin, genelin yararına hizmet etmesi sebebiyle kamu düzeninden olduğudur. Mecelle’de maslahatın gözetildiği diğer bir düzenleme, “*Ra’iyye yâni, tebe’a üzerine tasarruf maslahata menûttur*” şeklindedir⁵⁵². Maddeye göre devlet başkanı ve diğer yöneticilerin halk üzerinde tasarrufta bulunması o tasarruf ve fiilin halk için faydalı olmasına bağlıdır⁵⁵³. Bu hüküm de kamu düzenindedir.

3. Sedd-i Zerâi

İslam hukukunda kamu düzeni ile ilişkilendirilebilecek bir diğer ilke sedd-i zerâidir. Zerâi; sözlükte vesile, vasıta anlamlarına gelmekle birlikte literatürde, “*bir fiilin meşru olmayan bir sonuca vasıta olması*” anlamına gelir⁵⁵⁴. Sedd-i zerâi ise; hukuken yapılması yasak olmayan bir davranışın, hukukun onaylamadığı bir sonuca yol açmasının kesin olması sebebiyle yasaklanmasıdır⁵⁵⁵. Başka bir deyişle sedd-i zeraî, yapılması

⁵⁴⁹ Boynukalın, "Makâsıdü’ş-Şerîa", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.05.2022); Şa’bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 191 vd.; Şener, *İslam Hukuku*, 87,89. İstihsan ve istislâhın benzerlikleri hakkında bkz. Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 227, 228.

⁵⁵⁰ Maddenin devamı şöyledir: “*Tabîb-i cahili men’ etmek bu asıldan teferru’ eder*”. Cahil doktorun, hile yapan müftünün ve dolandırıcılık yapan müflisin kamuya verecekleri büyük zararı önlemek için mesleklerinden men edilmesi, yani hususi zararlarının tercih edilmesi, bu maddeden kaynaklanır. Fahiş fiyat ve düşük kalitede gıda ürünü satarak halkı zarara uğratan satıcılar nedeniyle, hakim, işin ehli olan kimselerin görüşünü alarak söz konusu gıda ürünlerinin satışı için bir piyasa fiyatı belirlemesi de fahiş fiyatla satış yapan satıcının kazancına müdahale etmek olsa da kamu yararına hizmet ettiğinden, bu hüküm de kamu düzenindedir. Yine kamuya ait yola yıkılmak üzere olan bir duvarın, kendiliğinden yıkılıp cana veya mala zarar vermesini önlemek için sahibine cebren yıktırılmak suretiyle zarar tehlikesinin giderilmesi de bu düzenleme sebebiyledir. Ayrıntılı gerekçe için bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 86. Ayrıca bu madde ile bağlantılı diğer düzenlemeler için bkz. Mecelle m. 20, 27, 28, 29, 30, Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 79 vd..

⁵⁵¹ Gazzâlî, *Mustasfâ*, 482.

⁵⁵² Mecelle m. 58.

⁵⁵³ “*Ra’iyye yâni, tebe’a üzerine râ’î ve âmirin tasarruf etmesi maslahata yâni, tasarruf ve fi’ilinde fâidenin vücuduna menûttur*”, bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 125.

⁵⁵⁴ Şevket Topal, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi (Kötülüğe Götüren Yolların Kapatılması)*, (Van: Ahenk Yayınları, 2007), 21-22; Şa’bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 202; Atar, *Fıkıh Usulü*, 99; Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022).

⁵⁵⁵ Şâtibî, *el-Muvâfakât*, C.3, 240; Şa’bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 202; Topal, *Sedd-i Zerâi*, 11-12; Atar, *Fıkıh Usulü*, 99; Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022); Şener, *İslam Hukuku*, 92; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 101. Sedd-i zerâi kuralının esasen ihtiyat ilkesine dayandığı yönünde bkz. H. Yunus Apaydın, "İhtiyat", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ihtiyat> (04.11.2022); Topal, *Sedd-i Zerâi*, 50; İhtiyat; hataya ve günaha düşme ihtimali olan şüpheli

mübah olan fiillerin, meşru olmayan bir sonuca yol açacağı durumlarda bu sonucun engellenmesi amacıyla yasaklanmasını ifade eder. Örneğin; tanıklık yapmak hukuken serbest olmasına rağmen, bir kimsenin kin güttüğü birisi hakkında tanıklık yapmasının adaletsiz bir karara yol açabileceği; hakimin kendisine verilen hediyeyi kabul etmesinin, tarafsızlığını etkileyeceği sebebiyle yasaklanması kamu düzenini koruma amacına ilişkindir⁵⁵⁶. Zina fiilinin kamu düzenini bozan bir davranış olması sebebiyle, zina fiiline yaklaştıracak eylemlerden ve ilişkilerden kaçınılması da kötülüğe giden yolların kapatılması anlamına gelip kamu düzenindedir. Evlenmenin meşru ve teşvik edilen bir eylem olmasına rağmen, boşanmış ya da kocası ölmüş bir kadının iddet süresi bitmeden evlenmesinin yasak oluşu da soybağı karışıklığını önleme ve dolayısıyla kamu düzenini koruma amacına ilişkindir. Sedd-i zerâi Mâlikî ve Hanbelî ekolünde delil olarak kabul edilir⁵⁵⁷. Diğer ekoller doğrudan delil olarak kabul etmese de içtihatlarında seddi zeraî düşüncesine yer verdikleri görülür⁵⁵⁸.

C. Değerlendirme

Kamu düzeni, sınırları tam olarak çizilemeyen, fakat genel anlamıyla kamu yararının ve toplumsal düzenin sağlanmasına hizmet eden kuralları içeren bir kavramdır. Bu sebeple, toplumların menfaatini ve refahını ilgilendiren pek çok düzenlemeyi kamu düzeni kurallarına dahil etmek mümkündür. Toplumdan topluma ve zamandan zamana

konularda bunlara düşmemek için en güvenli çözümün tercih edilmesi esasına dayanan bir fıkıh terimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, "İhtiyat", TDV İslâm Ansiklopedisi (04.11.2022); Topal, *Sedd-i Zerâi*, 50 vd.. Şa'bân'a göre ise sedd-i zerâi, temelini maslahat ilkesinden alır. Zira yazara kötülüğe giden yolların kapatılması anlamına gelen sedd-i zerâi, kişilerin faydasına olan şeylerin sağlanması, zararına olan şeylerin ise giderilmesi anlamına gelen maslahat ilkesinin bir türüdür. Bu yönde bkz. Şa'bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 206.

⁵⁵⁶ Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022).

⁵⁵⁷ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 247; Topal, *Sedd-i Zerâi*, 154; Ünsal, *Fayda İlkesi*, 101; Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022).

⁵⁵⁸ Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 247; Şa'bân, *Hukuk İlminin Esasları*, 204-205; Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.03.2022); Topal, *Sedd-i Zerâi*, 154. Hanefî hukukçular sedd-i zerâiyi müstakil bir delil olarak görmemekle birlikte, istihsan ve ihtiyat ilkelerini esas alarak, hukuki durumlar karşısında benzer hükümlere ulaşmışlardır. Bu yönde bkz. Topal, *Sedd-i Zerâi*, 174-175. Bu durum kanımızca ihtiyat, maslahat ve sedd-i zerâi ilkelerinin birbirleriyle benzerliklerini ortaya koyar niteliktedir. İhtiyat ilkesinin uygulandığı durumlardan birisi şöyledir: Ölüm hastası, bu hastalık içerisinde bazı kişilere borçlu olduğunu dile getirirse, ikrar etmiş olduğu bu borçlar ödeme sırasında en sona bırakılır. Zira kişinin belirli kişilere borçlu olduğu yönündeki ikrarı önceki alacaklılarını zarara uğratma kastı ile yapılmış olabilir. Böyle bir sonuca yol açmamak için ölüm hastalığı içerisinde ikrar edilen borçların ihtiyaten en son ödeneceği kabul edilir. Bkz. Topal, *Sedd-i Zerâi*, 179.

devamlı bir değişim içerisinde olan kamu düzeni kavramının; her iki hukuk sisteminde de toplumsal menfaati gözeten kurallar bütünü olduğunu söylemek mümkündür.

Klasik İslam hukukunda kamu düzeninin korunmasına ilişkin doğrudan ve sistematik bir düzenleme yer almasa da hukukçuların içtihat metotları ve esas aldıkları maslahat, sedd-i zerâi, ihtiyat gibi ilkeler; hüküm verilirken kamu düzeninin gözetildiğini gösterir niteliktedir. Nitekim İslam hukukunda hüküm verilirken, anılan ilkeler doğrultusunda kişilerin ve toplumun faydası gözetilmiş ve kamu düzenini bozacak durumların önü kapatılmıştır.

Gerek Türk gerekse İslam hukukunda kamu düzeninin korunması hedeflendiğinden her iki hukuk sisteminde kamu düzenine aykırılık oluşturacak şekilde bir sözleşme yapılamaz. Dolayısıyla taraflar her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin içeriğini kamu düzenine aykırılık oluşturacak şekilde düzenleyemez ve kamu düzeninin bozulmasına yol açacak bir edimi sözleşmenin konusu haline getiremezler.

V. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMASI

Kişilik hakkı, bir kimsenin kişi olması sebebiyle sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, manevi varlık, sağlık, özgürlük, şeref, haysiyet, isim, resim, ses, sır, özel yaşam alanı gibi kişiliği oluşturan, kişiliğe özgü değerleri üzerindeki hakka denir⁵⁵⁹. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin önceden sınırlı bir biçimde sayılması mümkün değildir. Kişilik hakkını koruyucu düzenlemeler soyut norm niteliğinde olup içeriğinin doldurulması her somut olayda hakimin takdirine bırakılmıştır⁵⁶⁰. Bu sebeple bu düzenlemeler nitelikleri gereği her zaman emredici hükümlerdir⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 454; Eren, *Borçlar Genel*, 368; Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2019), 95 vd.; Ünal, *Kelepçeleme*, 74; Kişilik hakkının kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 157 vd.; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 50 vd.; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 57.

⁵⁶⁰ Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)* C. 2, (İstanbul: Filiz Yayınevi, 2018): 101; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 388; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 61; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 158; Ünal, *Kelepçeleme*, 73; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 731. Bulut’a göre, kişilik hakkı kavramı somutlaştırılması gereken genel bir kavram olması sebebiyle TBK m. 27’de ayrıca kişilik haklarına yer verilmesi anlamsızdır. Zira içeriği somut olayda hakim tarafından somutlaştırılacağından, kişilik hakkını ihlal eden bir sözleşme, her halükarda emredici bir hukuk kuralına aykırılık oluşturacaktır. Bkz. Bulut, *Kişilik Hakkı*, 60.

⁵⁶¹ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 11; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 730.

A. Türk Hukukunda

TBK m. 27/1’de göre kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple sözleşmenin içeriği kişilik haklarına aykırı bir şekilde düzenlenemez. Türk Medeni Kanunu’nda kişilik haklarının korunmasına ilişkin doğrudan düzenlemeler söz konusudur. Bunlar, TMK’nın 23 ve 24 ve 25’inci maddeleridir.

TMK m. 23’te kişilik haklarının hukuki işlemler yoluyla ihlaline karşı korunması, “*Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı koruma*” kenar başlığı altında şu şekilde kaleme alınmıştır; “(1) Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. (2) Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. (3) Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz”. Anılan maddenin, sözleşmenin içeriğinin kişilik haklarına aykırı bir şekilde düzenlenememesi konusunda önemli bir işlevi vardır⁵⁶². Bu işleviyle TMK m. 23 ile TBK 27/1 hükmü bir madalyonun iki yüzü niteliğindedir⁵⁶³.

İlk fıkra göre örneğin; bir kimsenin başka biri hakkında hiçbir sebebe dayanarak dava açmayacağına, kimseyle sözleşme yapmayacağına, hiçbir zaman mülk edinmeyeceğine veya ömür boyu hiçbir derneğe üye olmayacağına ilişkin taahhütleri hak ve fiil ehliyetinden vazgeçme niteliğinde olup kişilik haklarına aykırıdır⁵⁶⁴. Öğretide ilk fıkranın uygulama alanının darlığı sebebiyle üzerinde fazla durulmamıştır⁵⁶⁵. Maddenin 2. fıkrası ise uygulamada büyük önem arz etmektedir. TMK m. 23/2’de yer alan “*hukuka aykırılık*” kavramı, konu açısından bir özellik arz etmeyip bu konuda düzenlenen özel hükümlere bir yollamadan ibarettir⁵⁶⁶. Bunun yanında “*özgürlükten vazgeçme*” ve “*özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanması*” kişilik haklarının korunması

⁵⁶² Bulut, *Kişilik Hakkı*, 88; Ünal, *Kelepçeleme*, 71-72.

⁵⁶³ Serozan, *Medeni Hukuk*, 462; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 393; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 114.

⁵⁶⁴ Dural /Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 147; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 390. Benzer örnekler için bkz. Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 20; Serozan, *Medeni Hukuk*, 460; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 103; Ünal, *Kelepçeleme*, 75.

⁵⁶⁵ TMK m. 23/1 hükmünün uygulama alanı ve koruduğu değerlere yönelik öğretideki görüşler için bkz. Bulut, *Kişilik Hakkı*, 95 vd..

⁵⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 565; Dural /Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 148; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 391.

bakımından asıl öneme sahip olan kavramlardır. Hükümde yer alan özgürlükten vazgeçilemeyeceği ifadesi, mutlak bir bağlanma yasağı anlamına gelirken; özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanamaması ise bağlılığın ahlaka aykırılık oluşturacak kadar aşırı olmasının yasak olması anlamına gelir⁵⁶⁷. Kişinin sahip olduğu bu özgürlükler, doğuştan itibaren sahip olunan ve kişinin benliğini oluşturan temel kişilik değerlerine ilişkindir⁵⁶⁸. Bunlar; yaşam, sağlık, inanç, maddi ve manevi vücut bütünlüğü, onur, şeref, haysiyet, aile hayatı gibi değerlerdir⁵⁶⁹. Aynı zamanda Anayasa'nın kişilere tanıdığı haberleşme, seyahat, düşünce, sözleşme vb. özgürlükleri de kişilik haklarının konusunu oluşturur⁵⁷⁰. Bu kapsamda örneğin; bir kişinin, hayatı boyunca elde edeceği tüm kazancını karşı tarafa bağışladığını içeren bir sözleşme yapması, kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersizdir. Kişinin ömür boyu evlenmeyeceğine ilişkin veya başka bir dine geçeceğine ilişkin yaptığı sözleşmeler de böyledir⁵⁷¹. Yine kişinin gelecekte herhangi bir konuda sahip olacağı bir haktan önceden vazgeçmesi de kişilik haklarına aykırılık oluşturur⁵⁷².

Kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin önemli bir kısmını ise adına kelepçeleme sözleşmesi denilen ve kişinin ekonomik özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayarak kişiyi karşı tarafa bağımlı hale getiren sözleşmeler oluşturmaktadır⁵⁷³. Kelepçeleme

⁵⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 566; Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 21; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 184; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 391; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 767-768; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 178; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 117, 124. İsviçre'de hakim olan, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu kabul etmekle birlikte, TMK m. 23'ün kişilik hakları ihlal edilen kişinin menfaatini gözetme amacının göz önüne alınması ve bu sebeple hükümsüzlüğün sınırlandırılarak kullanılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 571 ve Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 178. Bu görüşü savunan yazarlara göre "Sadece kişilik haklarını zedeleyen bir bağlılık altına giren taraf hükümsüzlüğe dayanabilmeli, o geçersizlik iddiasında bulunmadıkça, diğer tarafın sözleşmenin hükümsüz olduğunu ileri sürmesine izin verilmemelidir. Bunun gibi, hâkim de, kesin hükümsüzlüğü sadece kişilik hakları korunan taraf lehine re'sen (görevinden ötürü) gözönünde tutabilmelidir". Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 571, dpn. 141'de adı geçen yazarlar. Öğretide tartışmalı olan bir diğer konu ise maddenin lafzı sebebiyledir. Fıkra da özgürlüklerin korunmasından söz edildiğinden korumanın kapsamının sadece özgürlüklere yönelik olup olmadığı yönünde farklı görüşler söz konusudur. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut, *Kişilik Hakkı*, 113-117.

⁵⁶⁸ Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 768; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 115.

⁵⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 389; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 768.

⁵⁷⁰ Serozan, *Medeni Hukuk*, 28; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 389.

⁵⁷¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 86; Serozan, *Medeni Hukuk*, 460; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 768.

⁵⁷² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 184.

⁵⁷³ Ünal, *Kelepçeleme*, 97-98; Serozan, *Medeni Hukuk*, 461; Antalya, *Borçlar*, 281; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 186; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 769; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 574; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 181; Ercoşkun Şenol, "İçeriği Belirleme", 730. Kelepçeleme sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, *Kelepçeleme*, 101 vd.. Bu sözleşmeler için öğretide "boğazlama sözleşmesi" de denilmektedir. Bu yönde bkz. Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 21.

sözleşmeleri aynı zamanda ahlaka da aykırıdır⁵⁷⁴. İsviçre Federal Mahkemesi, 22 yaşındaki bir gencin 5 yıl süreyle borçlu kılınarak karşı tarafa ekonomik yönden tam bağımlı hale gelmesine yol açacak menajerlik sözleşmesinin kişilik hakkını önemli ölçüde sınırlayarak kişilik hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁷⁵. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır⁵⁷⁶.

Kişiler, beden bütünlüğünü ihlal edecek nitelikte sözleşme yapamazlar⁵⁷⁷. Bu kapsamda kişinin organlarını para karşılığında bir hukuki işleme konu etmesi⁵⁷⁸ ya da çocuk düşürülmesine veya öldürülmeye ilişkin yapılan sözleşmeler hukuka aykırı olup geçersizdir⁵⁷⁹. Bununla beraber kişinin sağlığını tehlikeye atmayacak ölçüde kan bağışında bulunması veya bir oyuncunun, iş süresi boyunca saçlarını kesmeyeceğine, tırnaklarını uzatacağına ilişkin taahhütleri kişilik haklarına aykırılık oluşturmaz. Fakat bu taahhütler karşı tarafa borçluyu ifaya zorlama yetkisi de vermez⁵⁸⁰. Aksi halde kişilik haklarının ihlali söz konusu olur⁵⁸¹.

TMK m. 24'te ise kişinin hukuki işlem dışı saldırılara karşı korunması yer alır. Buna göre, “(1) Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. (2) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Kişilik hakkının dışardan gelecek saldırılar; yaralama, cinsel dokunulmazlığın ihlali, virüs bulaştırma, işkence etme şeklinde fiziksel kişiliği hedef alabileceği gibi, psikolojik şiddet, cinsel taciz, korkutma şeklinde duygusal/ruhsal kişiliği

⁵⁷⁴ Ünal, *Kelepçeleme*, 97; Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 21; Ercoşkun Şenol, “İçeriği Belirleme”, 730.

⁵⁷⁵ BGE 104 II 108 (Karar için bkz. Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 769, dpn. 58).

⁵⁷⁶ Y. 11. HD., E. 2014/6520, K. 2914/12577, T. 01.07.2014, “*Dava, cezai şart bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyumsuzluğa uygulanması gereken 818 Sayılı Kanununun 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür. Dolayısıyla buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir*”, <http://kazanci.com.tr/gunluk/11hd-2014-6520.htm> E.T. 06.11.2022.

⁵⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 185; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 104; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 393; Serozan, *Medeni Hukuk*, 459.

⁵⁷⁸ Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 54; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 104; Serozan, *Medeni Hukuk*, 459.

⁵⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 393; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 104.

⁵⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 394; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 104.

⁵⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 394.

de hedef alabilir⁵⁸². Bunların yanı sıra kişilik haklarına saldırılar, ekonomik ve sosyal kişiliğe yönelik de olabilir⁵⁸³. Kişi, bu saldırılara karşı TMK m. 25'te öngörülen dava yoluyla korumadan yararlanabilir. Bunlar; saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve tespit davalarıdır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, kişilik haklarına saldırıyı hukuka uygun kılan haklı sebepler söz konusu olabilir. Bunlar tıbbi zorunluluk sebebiyle yapılan müdahaleler, sportif faaliyetler, usulüne uygun bir şekilde yapılan organ nakli sözleşmeleri vs. gibi hallerdir⁵⁸⁴. Bu durumlarda kişiliğe yapılan müdahaleler haklı bir sebepten kaynaklandığından hukuka aykırılıktan söz edilemez. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK m. 23 vd. hükümlerinden yalnızca gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de yararlanabilir⁵⁸⁵. Ancak tüzel kişilerin niteliği gereği yararlanabileceği haklar gerçek kişilerininkine kadar geniş değildir⁵⁸⁶.

B. İslam Hukukunda

Modern hukuk sistemlerinde kişiliği haklarını oluşturan ve koruma altına alınan değerler, klasik İslam hukukunda nasslar aracılığı ile muhafaza altına alınmıştır⁵⁸⁷. Nitekim İslam hukukunda insanın yaratılmışların en onurlusu kabul edilmesi, onun kendisinden veya dışarıdan gelecek; beden bütünlüğü, manevi varlığı, şeref ve haysiyeti gibi kişilik haklarına ve özgürlüklerine yönelik tehdit ve saldırılara karşı korunmasını da beraberinde getirir⁵⁸⁸. Zaruri maslahatların önem sıralamasında da can, dinden sonra gelir.

Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da kişilerin temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmıştır⁵⁸⁹. Müslüman-gayrimüslim ayırımı

⁵⁸² Serozan, *Medeni Hukuk*, 463-464.

⁵⁸³ Serozan, *Medeni Hukuk*, 464.

⁵⁸⁴ Dural /Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 151 vd.; Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 770-771.

⁵⁸⁵ Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 16, 23; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 89; Serozan, *Medeni Hukuk*, 456; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 155.

⁵⁸⁶ Helvacı, *Koruyucu Davalar*, 23; Bulut, *Kişilik Hakkı*, 90; Serozan, *Medeni Hukuk*, 456; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 155.

⁵⁸⁷ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslam'da Şahsiyet Hakları* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 64; Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 95 vd..

⁵⁸⁸ Abdulkerim Zeydan, *İslam'da Fert ve Devlet*, Çeviren: Cemal Arzu (İstanbul: Düşünce yayınları, 1980), 66; Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 70, 110; Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 81; Dönmez, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (21.03.2022).

⁵⁸⁹ Zeydan, *Fert ve Devlet*, 70-71. İslam hukukunun muhafaza ettiği temel hak ve özgürlükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 93 vd..

yapılmaksızın herkesin bu hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkı vardır⁵⁹⁰. Aynı şekilde İslam hukukunda kişilik haklarının kısıtlanmasına yönelik işlemler ve bu hakka yapılan tecavüzler hukuka aykırıdır⁵⁹¹. Bu sebeple bunların kısıtlanmasına ilişkin hukuki işlemler de geçersizdir.

İslam hukukunda herkesin yaşama hakkı vardır. Kişinin intihar ederek yaşamına son vermesi⁵⁹² ve taraflardan birinin ölümü ile sonuçlanan düellolar yasaklanmıştır⁵⁹³. Hz. Peygamber, Veda Hutbesi'nde kişilerin yaşama hakkına ilişkin "*Biliniz ki bu şehriniz Mekke, bugününüz arefe ve bu ayınız zilhicce nasıl mukaddes ve dokunulmaz ise mallarınız ve canlarınız da aynı şekilde dokunulmazdır*"⁵⁹⁴ diyerek kişilerin yaşama haklarına vurgu yapmıştır.

Kişilerin beden bütünlüğüne ve yaşama hakkına yönelik müdahaleler İslam hukukunda hukuka aykırı olup bu hakların ihlali halinde ise cezai müeyyideler söz konusudur⁵⁹⁵. Buna karşın tıbbi açıdan zorunluluk varsa beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler hukuka aykırılık oluşturmayabilir⁵⁹⁶. Organ ve doku naklinin hukukiliği konusunda nasslarda açık bir hüküm yoktur ve klasik dönemde de söz konusu olmamıştır. Buna karşın modern dönem İslam hukukçularının maslahat ilkesini göz önünde bulundurarak organ ve doku naklinin hukuka uygun olduğu yönünde içtihatları bulunmaktadır⁵⁹⁷. Nitekim Din İşleri Yüksek Kurulu da 03.03.1980 tarih ve 13 sayılı kararında organ nakli ve bağışının belirli şartlar altında caiz olduğu yönünde görüş bildirmiştir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁰ Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 85. Gayrimüslimlerin inanç ve ibadet özgürlüklerine ilişkin: "*Necran ve civarı, malları, sakinleri, kiliseleri ve elleri altında bulunan her şeyleri Allah'ın ve Peygamberinin teminatı altındadır*", Ebu Yusuf, El Harac, 91 (naklen Zeydan, *Fert ve Devlet*, 71). Kimse İslam'ı kabule zorlanamaz. Zira dinde zorlama yoktur. Zeydan, *Fert ve Devlet*, 71; Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 128.

⁵⁹¹ Zeydan, *Fert ve Devlet*, 76; Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 138.

⁵⁹² Nisa 4/29: "...ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir". Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 78.

⁵⁹³ Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 78.

⁵⁹⁴ Bünyamin Erul, "Vedâ Hutbesi", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/veda-hutbesi> (06.11.2022).

⁵⁹⁵ Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 77, 93.

⁵⁹⁶ Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 99.

⁵⁹⁷ Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 101.

⁵⁹⁸ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...O halde, bazı şartlara uyulmak kaydıyla, hayatı veya hayati bir uzvu kurtarmak için başka çare olmadığında, bazı şartlara uyularak kan, doku ve organ nakli yolu ile de tedavinin caiz olması gerekir..."

Kanaatimizce kişilik haklarının korunmasının İslam hukukundaki en önemli işlevini; kölelik kurumunu azaltmayı teşvike ve kölelere karşı muamelelerin insanileştirilmesine yönelik tedbirler oluşturur⁵⁹⁹. Cahiliye döneminden beri devam eden kölelik kurumunda İslam hukukunun ilk yıllarından itibaren ciddi iyileştirmeler yapılmış ve bu kurumun yavaş yavaş ortadan kalkmasına yönelik tedbirler alınmıştır⁶⁰⁰. Köleliğin azalmasını ve kölelerin azat edilmesini teşvik edici pek çok düzenleme yapılmıştır. Köle yapma yolları daraltılmış ve sadece savaş esirlerinin köleleştirilebileceği kabul edilmiştir⁶⁰¹. Aynı zamanda bazı günahlara kefaret olarak köle azadı koşulu getirilerek köleleri hürriyete kavuşturma yolları genişletilmiştir⁶⁰².

Kurulumuzca da aşağıdaki şartlara uyularak yapılacak organ ve doku naklinin caiz olacağı sonucuna varılmıştır.

1. Zaruret halinin bulunması, yani hastanın hayatını veya hayatı bir uzvunu kurtarmak için, bundan başka çaresi olmadığı, meslekî ehliyet ve dürüstlüğüne güvenilen bir tabip tarafından tespit edilmesi,

2. Hastalığın bu yoldan tedavi edilebileceğine tabibin zann-ı galibinin bulunması,

3. Organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması,

4. Toplumun huzur ve düzeninin bozulmaması bakımından organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında (ölmeden önce) buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartıyla, yakınlarının rızasının sağlanması,

5. Alınacak organ veya doku karşılığında hiçbir şekilde ücret alınmaması,

6. Tedavisi yapılacak hastanın da kendisine yapılacak bu nakle razı olması gerekir”

<https://kurul.diyaret.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/9669/organ-naklinin-dini-hukmu> (E.T. 07.11.2022). Maide 5/32: “...Kim bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur” hükmü de bu kararı destekler mahiyettedir. İslam teşkilatları tarafından organ naklinin hukuka uygunluğu yönünde verilen diğer kararlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan İnce, "Organ Nakli", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/organ-nakli> (07.11.2022); Gökmenoğlu, *Şahsiyet Hakları*, 102 vd..

⁵⁹⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, "Şahıs", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sahis> (22.03.2022).

⁶⁰⁰ Mehmet Âkif Aydın, Muhammed Hamîdullah, "Köle", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kole#1> (22.03.2022); Karaman, *Muhayeseli*, 180.

⁶⁰¹ Mustafa Uzunpostacı, "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 7 (2006), 60; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 317.

⁶⁰² Aydın ve Hamîdullah, "Köle", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kole#1> (22.03.2022); Uzunpostacı, "Şahsiyet", 60. İslam hukukunda köleliğin azalması amacıyla kişilere gönüllü köle azat etmenin tavsiye edildiği, devletin ise devlet gelirlerinin bir kısmını köle azadına ayırdığı bilinmektedir. Köleliğin azalmasına ilişkin bu sistematik iyileştirmeler, dönemin hukuk sistemlerinde yalnızca İslam hukukunda görülür. Bu durum İslam hukukunda bireylerarası eşitliğe ve özgürlüğe verilen değer en önemli görünümüdür. Bkz. Aydın ve Hamîdullah, "Köle", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kole#1> (22.03.2022); Karaman, *Muhayeseli*, 180. Köleleri özgürleştirme yollarına yönelik diğer iyileştirmelere örnek olarak ise mükâtebe, ümmü'l-veled, müdebber gibi durumlar verilebilir. Bkz. Dönmez, "Şahıs", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sahis> (22.03.2022). Mükâtebe, kölenin özgürlüğüne kavuşmak amacıyla efendisiyle sözleşme yapma işlemine denir. Ümmü'l-veled; efendisinin çocuğunu doğuran cariyeye denir. Ümmü'l-velede ilişkin özel düzenlemeler söz konusudur. Buna göre efendisi, ümmü'l-veledi satma, hibe etme gibi işlemlerde bulunamaz. Efendisi öldüğünde ise ümmü'l-veled kendiliğinden hür olur. Müdebber ise efendisinin kendisi öldüğünde kölelisinin azat olacağına yönelik yaptığı hukuki işlemidir.

İslam hukukunda kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin yapılması yasaklanmıştır. Bu sebeple Klasik İslam hukukunda da sözleşmenin içeriğinin kişilik haklarına aykırılık oluşturması sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar⁶⁰³. Hür insanın satışı⁶⁰⁴, tarafların, artık ticaretle meşgul olmayacağına ilişkin yaptığı sözleşme⁶⁰⁵, kişisel özgürlüklerden veya hak ve fiil ehliyetinden vazgeçmeye yönelik sözleşmeler, akrabalık bağlarının devrini içeren sözleşmeler⁶⁰⁶ kişilik haklarına aykırılık nedeniyle batıldır. Hanefi hukukçulara göre; saç, kemik, anne sütü gibi insandan bir parça teşkil eden şeylerin satışı da insanın ve dolayısıyla insandan bir parçanın değerli kabul edilmesi sebebiyle kişilik haklarına ve hukuka aykırıdır⁶⁰⁷.

C. Değerlendirme

Kişi, hukukun ve toplumun temelini oluşturur. Bu sebeple kişiliğin korunması tüm hukuk sistemlerinde zaruridir. Gerek Türk gerekse İslam hukukunda kişiliği koruyucu çeşitli önlemler alındığı görülür. Türk hukukunda kişilik haklarının korunması pozitif hukuk kuralları ile sağlanırken İslam hukukunda kişilik haklarını koruyucu uygulamalar insanın tüm yaratılmış varlıklar içerisinde en üstün oluşu ile temellendirilir.

Türk hukukunda TBK m. 27/1 ve TMK m. 23 hükümleri kişileri, kişilik haklarına hukuki işlemle gelecek saldırılara karşı koruyucu niteliktedir. Bu tarz bir koruma İslam hukukunda doğrudan bulunmamaktadır. Fakat kişiliğe özgü değerler ve kişilik hakları İslam hukukunda da korunur. Bu koruma ise kişilik haklarına aykırılık oluşturan sözleşmelerin hukuka aykırı olduğu sonucunu beraberinde getirir. Dolayısıyla her iki hukuk sisteminde de kişilik haklarına aykırılık sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün bir sınırını oluşturur.

VI. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİN İMKANSIZ OLMASI

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir diğer sınırını imkansızlık oluşturur. Kanunda imkansızlığa ilişkin bir tanım olmamakla beraber, öğretilerdeki bir

⁶⁰³ Karaman, *Mukayeseli*, 180.

⁶⁰⁴ Hüseyin Baysa, “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Konusunu Seçme Özgürlüğünün Temel Dinamikleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 23 (2014): 168; Karaman, *Mukayeseli*, 180; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 319.

⁶⁰⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 299.

⁶⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli*, 181.

⁶⁰⁷ Baysa, “Akdin Konusu”, 168; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 317.

tanıma göre imkansızlık, “*ifa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen edimdir*”⁶⁰⁸. Bir başka tanıma göre ise imkansızlık, “*edimin, içeriği değişmeksizin (bir aliud’a dönüşmeksizin yani “başka”laşmaksızın) borçlunun etkinliğiyle aynen gerçekleştirilmesinin (aynen ifasının) olanak dışı bulunması demektir*”⁶⁰⁹. Dolayısıyla, öğretide borçlunun sözleşmenin konusunu oluşturan edimi yerine getirememesi durumuna imkansızlık denilir⁶¹⁰.

İmkansızlık, Türk Borçlar Kanunu’nda birden fazla maddede düzenlenmiştir⁶¹¹. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen ve dolayısıyla içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırını oluşturan imkansızlık ise başlangıçtaki imkansızlıktır⁶¹². Başlangıçtaki imkansızlık, edimin ifasının sözleşmenin kurulmasından itibaren objektif ve sürekli olarak imkansız olmasıdır⁶¹³. İmkansızlığın objektif olması; sözleşmenin içerdiği edimin, borçlu dahil herkes açısından imkansız olmasıdır⁶¹⁴. Fakat edimin ifası yalnızca borçlu açısından imkansızsa buna sübjektif imkansızlık denir⁶¹⁵. İmkansızlık bir veya birden fazla edim için söz konusu olabilir⁶¹⁶.

⁶⁰⁸ Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 10.

⁶⁰⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3.*, Rona Serozan İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 163.

⁶¹⁰ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 111; Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005), 89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 403; H. Kübra Ercoşkun Şenol, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 11.

⁶¹¹ TBK 27, 112, 136, 137 maddelerinde imkansızlığın farklı türlerine bağlanan sonuçlar hükme bağlanmıştır. Biz çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmaması sebebiyle TBK m. 27 dışındaki imkansızlık türlerine yer vermemeyi uygun gördük.

⁶¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 404; Antalya, *Borçlar*, 282; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 231; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 115; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 154; Ünal, *Kelepçeleme*, 78.

⁶¹³ Serozan, *İfa Engelleri*, 168; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 78; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 89; Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 75; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 111; Ünal, *Kelepçeleme*, 78.

⁶¹⁴ Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 89; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 91; Antalya, *Borçlar*, 282; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 231; Eren, *Borçlar Genel*, 371; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 119; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 156. İslam hukukundaki benzer tanımlar için bkz. Apaydın, “Hükümsüzlük”, 39; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 166; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 307.

⁶¹⁵ Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 89; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 91; Eren, *Borçlar Genel*, 372; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 112; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 39; Karaman, *Mukayeseli*, 166.

⁶¹⁶ Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 89; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 16.

Objektif imkansızlık fiili veya hukuki bir sebepten kaynaklanabilir⁶¹⁷. Fiili imkansızlık, edimin fiilen hiç kimse tarafından yerine getirilememesi halidir⁶¹⁸. Örneğin; edimin ifası bir doğal afet sebebiyle imkansız hale gelmişse fiili imkansızlık söz konusudur. Hukuki imkansızlık ise, edimin ifasının fiilen mümkün olmasına rağmen bir emredici hukuk kuralı sebebiyle kimse tarafından ifa edilememesi durumunda söz konusu olur⁶¹⁹. İmkansızlık Türk ve Klasik İslam hukukunda aynı anlama gelmekle birlikte farklılık arz eden hususlar da vardır.

A. Türk Hukukunda

TBK m. 27/1'e göre konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. İmkansızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açması için başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olması gerekir⁶²⁰. Objektif imkansızlık genellikle parça borçlarında ve sınırlı cins borçlarında gündeme gelir⁶²¹. Bu durumlarda edimin ifası herkes tarafından imkansızdır. Bunların yanı sıra, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir edimin imkansızlaşması da objektif imkansızlık olarak değerlendirilir⁶²². Belli bir resmi, heykeli vs. yapmayı üstlenen sanatçının geri dönülemez bir biçimde felç olması bu duruma örnek verilebilir⁶²³. Çünkü belli bir sanat eseri yalnızca onu taahhüt eden sanatçı tarafından ifa edilebilir.

Sübjektif imkansızlık ise edimin yalnızca borçlu tarafından ifa edilemez olması durumudur⁶²⁴. Bu durumda edimin başkaları tarafından ifa edilmesi mümkündür. Kişinin

⁶¹⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 89; Antalya, *Borçlar*, 283; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 112; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 156; Apaydın, "Hükümsüzlük", 37.

⁶¹⁸ Antalya, *Borçlar*, 283; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 156.

⁶¹⁹ Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 10; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkansızlık*, 44; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 95; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 157; Apaydın, "Hükümsüzlük", 38.

⁶²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 903; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 89; Antalya, *Borçlar*, 282; Eren, *Borçlar Genel*, 371; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 231; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 111; Ünal, *Kelepçeleme*, 78.

⁶²¹ Serozan, *İfa Engelleri*, 163; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 90.

⁶²² Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 88; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkansızlık*, 87; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 90; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 119; Ünal, *Kelepçeleme*, 80. Tekinay'a göre kişiye kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir edimin imkansızlaşması halinde kişinin kusuru varsa sübjektif imkansızlıktan söz edilir. Bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 908.

⁶²³ Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 88; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 119; Ünal, *Kelepçeleme*, 80.

⁶²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 907; Serozan, *İfa Engelleri*, 168; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 115. Dural'a göre sübjektif imkansızlık olarak adlandırılan haller gerçek anlamda bir imkansızlık değildir. Çünkü edim üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilir niteliktedir ve borçlu bu durumda edimi üçüncü kişilere ifa ettirebilir. Ancak borçlu böyle bir durumda dürüstlük kuralına aykırı olacak bir şekilde ifaya zorlanamaz. Bu halde de yine imkansızlık değil, aşırı güçlük söz konusu olur. Bu yönde bkz. Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 89.

başkasına ait olan bir şeyi satmayı taahhüt etmesi böyledir. Sübjektif imkansızlık, sözleşmenin geçersizliğine yol açmayıp kural olarak borçlunun temerrüdüne sebep olur⁶²⁵.

Edimin sürekli bir şekilde imkansız olması ise, imkansızlığın geçici olmamasını ifade eder⁶²⁶. Nitekim geçici bir süre için imkansızlaşan edim TBK m. 27/1 kapsamında kesin hükümsüz olmaz. Geçici imkansızlığa ilişkin kanunda bir düzenleme yer almamakla birlikte Yargıtay'a göre imkansızlığın geçici olup olmadığının tespitinde, tarafların akde tahammül süresi belirleyici olur⁶²⁷.

Geçici imkansızlık halinde edim yalnızca belli bir süre için imkansız olur ve bu imkansızlık ortadan kalktığında edimin ifası mümkün hale gelir⁶²⁸. Bu durumda borç ortadan kalkmaz ve her iki taraf da sözleşmeyle bağlıdır⁶²⁹. Geçici imkansızlık kural olarak borçlunun temerrüdüne yol açar⁶³⁰. Ancak kesin vadeli borçlarda imkansızlığın kalkması anlamsız hale gelmişse bu durum sürekli imkansızlık olarak değerlendirilir⁶³¹.

Sözleşmenin kurulması anında mevcut olan imkansızlığın daha sonra öğrenilmesi halinde de sonuç değişmez⁶³². Buna mukabil, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple ortaya çıkan imkansızlık bir ifa imkansızlığıdır ve sözleşmenin geçersizliğine değil, borcun sona ermesine yol açar⁶³³. Bu

⁶²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 907; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 87; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 117; Başıpınar, *Kısmi Butlan*, 121.

⁶²⁶ Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 100; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 94; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 909; Antalya, *Borçlar*, 283; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 118; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 94.

⁶²⁷ YHGK E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010: “Geçici imkansızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural "ahde vefa=söze sadakat" ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine "akde tahammül süresi" denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir”, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2010-15-193.htm&kw=geçici+imkansızlık&cr=yargitay#fn> (E.T. 13.01.2023).

⁶²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 909; Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 100; Altunkaya, *İmkânsızlık*, 120.

⁶²⁹ Altunkaya, *İmkânsızlık*, 120.

⁶³⁰ Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 115; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 120-121.

⁶³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 909; Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 104; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 120-121. Aksi yönde bkz. Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 101-102.

⁶³² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 90; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 161.

⁶³³ Serozan, *İfa Engelleri*, 164; Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 125; İnan ve Yücel, *Borçlar Genel*, 231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 404; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 107;

imkansızlık türüne sonraki kusursuz imkansızlık denilmekte olup TBK m. 136'da düzenlenmiştir.

Konunun başlangıçtaki imkansızlığı, fiili veya hukuki imkansızlık şeklinde söz konusu olur⁶³⁴. Fiili imkansızlık, dürüstlük ve güven kurallarına göre edimin, fiilen hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir⁶³⁵. Konusu, ünlü bir tablonun teslimini içeren bir sözleşmede tablonun yanması; özel bir yarış atının satışını içeren bir sözleşmede atın ölmesi gibi durumlarda fiili imkansızlıktan söz edilir⁶³⁶. Bununla beraber mantık kurallarına göre yerine getirilmesi mümkün olan, ancak yerine getirmek için gösterilecek çabayla elde edilecek menfaat arasında aşırılık olan durumlarda da fiili imkansızlıktan söz edilir⁶³⁷. Örneğin; bir gökdelenin altındaki bileziğin çıkarılmasına yönelik taahhüt böyledir⁶³⁸. Okyanusun dibindeki bir eşyanın çıkarılmasının taahhüt edilmesi de fiili imkansızlığa örnektir. Çünkü mantıken mümkün olsa bile fiilen böyle bir taahhütün yerine getirilmesi için harcanacak efor, vakit, para gibi hususlar göz önüne alındığından fiili olarak imkansızlık söz konusudur⁶³⁹. Zirai ürünlerin yetişmeden satılması veya henüz doğmamış bir hayvanın satılması Türk hukukunda imkansızlık olarak görülmez. Bu halde sözleşme geçerli olarak kurulur. Çünkü sözleşmeye konu olan şey çeşit borcudur ve çeşit borçlarında imkansızlık gündeme gelmez⁶⁴⁰.

Sözleşmenin konusu olan edim, emredici bir hukuk kuralı sebebiyle yerine getirilemiyorsa hukuki imkansızlık söz konusu olur⁶⁴¹. Bu imkansızlık türünde edimin ifası mantık kurallarına göre mümkündür. Fakat bir hukuk normu edimin sözleşmeye konu yapılmasını engellemektedir⁶⁴². Örneğin; imar mevzuatına göre 200 metrekarelik

Eren, *Borçlar Genel*, 371; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 91; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 115; Ünal, *Kelepçeleme*, 80.

⁶³⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 89; Antalya, *Borçlar*, 283; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 112; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 156.

⁶³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 905; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 49; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 93; Antalya, *Borçlar*, 283; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 156.

⁶³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 406.

⁶³⁷ Serozan, *İfa Engelleri*, 167; Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 9; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 93; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113.

⁶³⁸ Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 49; Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 9; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 94.

⁶³⁹ Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 9; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113.

⁶⁴⁰ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 122; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 909.

⁶⁴¹ Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, 10; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 44; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 95; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113

⁶⁴² Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkânsızlık*, 95.

parselden daha az parsel satımının yasak olduğu bir yerde, 100 metrekarelik bir parselin satışını ya da kamu mallarının özel mülkiyete konu olmasını içeren bir sözleşme hukuki imkansızlık sebebiyle geçersizdir⁶⁴³. Aynı şekilde kanunda sınırlı sayıda belirtilen aynı haklar dışında yeni bir aynı hak tesis edilmesi halinde de hukuki imkansızlık söz konusudur⁶⁴⁴. Buna karşın sözleşmenin, ihracat veya ithalat yasağı olan bir malın satışını içermesi durumunda hukuki imkansızlığın söz konusu olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır⁶⁴⁵. Bir görüş, yasaklayıcı bir hukuk kuralının imkansızlığa yol açmayacağı ve bu sebeple bir hukuki imkansızlıktan söz edilemeyeceği yönündedir⁶⁴⁶. Zira ithalat ve ihracat fiilleri emredici hukuk kuralı ile yasaklansa da kaçakçılık yapmak imkansız değildir. Başka bir görüşe göre ise yasaklayıcı hukuk kuralına aykırı bir sözleşmede bir hukuki imkansızlıktan değil, hukuka aykırılıktan söz edilir⁶⁴⁷. Dolayısıyla böyle bir sözleşme imkansızlık sebebiyle değil, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür. Kanımızca da bu görüş daha isabetlidir.

B. İslam Hukukunda

İmkansızlık, klasik İslam hukukunda sözleşmenin konusunun aldanmaya ve ihtilafa neden olmaması için belirsizlik içermemesi esasına dayanır⁶⁴⁸. Bu sebeple sözleşmenin konusunun mümkün ve mevcut olması gerekir.

⁶⁴³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 88; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 45; Eren, *Borçlar Genel*, 370; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113.

⁶⁴⁴ Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 45; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 96.

⁶⁴⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 89; Eren, *Borçlar Genel*, 370. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 113-114; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 157.

⁶⁴⁶ Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 221, dñn. 312 ve Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 15'te anılan yazarlar. Bir fiilin hukuk kuralı ile yasaklanmasının hukuki imkansızlık oluşturduğu yönünde bkz. Dural, *Sonraki İmkansızlık*, 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, 906.

⁶⁴⁷ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 114; Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkânsızlık*, 48-49; Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 222.

⁶⁴⁸ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 292.

1. Konunun Mümkün Olmaması/ İmkansızlık

İslam hukukunda da imkansızlık; başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulur⁶⁴⁹ ve yaptırımları farklı sonuçlar doğurur. Çalışmanın konusu bakımından ele alınan imkansızlık başlangıçtaki imkansızlıktır⁶⁵⁰.

Klasik İslam hukukunda imkansızlık, sözleşmenin konusu bir mal veya menfaat ise bunların tesliminin imkan dahilinde olmamasını, bir iş ise bu işin görülmesinin insan gücünün üstünde olmasını ifade eder⁶⁵¹. Mecelle'ye göre de sözleşmenin konusunun teslim edilebilir ve kudret dahilinde olması gerekir⁶⁵². İmkansızlık Türk hukukunda olduğu gibi klasik İslam hukukunda da fiili ve hukuki imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Evli bir kadının yeniden evlenmesi hukuki imkansızlığa örnektir⁶⁵³. Hayvanın sırtındaki yünün satışı ise fiili imkansızlık sebebiyle hukuka aykırıdır⁶⁵⁴. Çünkü hayvanın sırtındayken satılan yün uzamaya devam ettiğinden satılan yün ile ardından uzayan yünü birbirinden ayırmak objektif olarak imkansızdır. Aynı zamanda satıcı ile alıcı arasında anlaşmazlığa neden olabilir.

Başlangıçtaki imkansızlığın sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açması için imkansızlık kural olarak objektif olmalıdır. Bununla beraber imkansıza yakın durumlar için de sözleşmenin hükümsüzlüğü söz konusu olabilir⁶⁵⁵. Bu durumlar, müteazzir olarak adlandırılır ve objektif imkansızlık gibi değerlendirilir⁶⁵⁶. Gerçekten de klasik İslam hukukunda, “yanında olmayan şeyi satma” ilkesinden hareketle subjektif imkansızlığın sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açtığı durumlar vardır⁶⁵⁷. Örneğin; kişinin çalınmış veya gasbedilmiş bir malını satması halinde imkânsızlık, subjektiftir. Çalınan veya

⁶⁴⁹ Nuri Kahveci, “İslam Borçlar Hukuku Açısından “Kusursuz İmkansızlık Hali”nin Edimin İfasına Etkisi”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 3 (2011): 119.

⁶⁵⁰ Klasik İslam hukukunda başlangıçtaki imkansızlık sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açarken, sonraki imkansızlık sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaz. Edim sonradan imkansız hale gelirse gelmesi ise borcu sona erdiren sebeplerdendir. Bkz. Bilal Aybakan, “İnfisâh”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/infisah> (11.11.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 167; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022); Kahveci, “İmkansızlık”, 120.

⁶⁵¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 133; Özdirek, “Akit Hürriyeti”, 93; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 307; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 166.

⁶⁵² Mecelle m. 198: “*Mebi'in teslimi mümkün ve makdûr olmak lâzımdır*”.

⁶⁵³ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 39.

⁶⁵⁴ es-Serahsî, Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed. *Mebûsât*. C. 12. Çeviren: Hüseyin Kayapınar ve M. Talha Odabaşı. Editör: Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008, 330; Karaman, *Mukayeseli*, 166.

⁶⁵⁵ Karaman, *Mukayeseli*, 166; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022).

⁶⁵⁶ Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022); Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 307.

⁶⁵⁷ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 39; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022).

gasbedilen malın herhangi bir kimse tarafından geri alınabilmesi mümkünse sözleşme geçerli kabul edilir⁶⁵⁸. Buna karşın malın yeri bilinmiyorsa ve geri alınması mümkün değilse sübjektif imkansızlık objektif imkansızlığa dönüşür⁶⁵⁹. Kişinin, başkasına ait bir malı kendisine aitmiş gibi satması da sübjektif imkansızlığa örnektir ve bu durumda da hükümsüzlük söz konusu olur⁶⁶⁰. Aynı şekilde denizdeki balık, havadaki kuş, kaybolmuş mal da imkansıza yakın hallere örnektir⁶⁶¹.

İslam hukukunda imkansızlık kapsamında değerlendirilen bir diğer husus zararsız teslimdir. Sözleşmenin konusunun borçlu zarara uğramadan yerine getirilmesi mümkünse zararsız teslimden söz edilir⁶⁶². Buradaki maksat; sözleşmenin konusunu oluşturan bir parçanın, aslından ayrılırken bütününe zarar vermesini önlemektir. Bu sebeple borçlu sözleşmeyi ifa ederken zarara uğrayacaksa, başka bir ifadeyle parçanın ifası şeyin bütününe zarar verecekse sözleşme fasittir⁶⁶³. Örneğin; kilimin bir parçasının, duvardaki tuğlalardan birinin satışı böyledir⁶⁶⁴. Bu durum Türk hukukunda mantıken ifası mümkün olmasına rağmen dürüstlük kuralına göre ifası istenemeyecek olan edimin fiili imkansızlığına benzemektedir.

Hz. Peygamber'in, kişinin yanında olmayan şeyi satmasını yasaklaması, çoğunluğa göre sözleşmeye konu olan şeyin mevcut olmaması değil, teslimdeki imkansızlık şeklinde değerlendirilir⁶⁶⁵. Bu bağlantı sebebiyle konunun mevcut olmaması durumu, imkansızlık başlığı altında işlenmiştir.

2. Konunun Mevcut Olmaması

İslam hukukunda sözleşmenin kurulması esnasında konusunu oluşturan şeyin kural olarak mevcut olması gerekir. Bu sebeple sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan ve ileride de meydana gelmesi imkansız olan şeyler sözleşmenin konusunu

⁶⁵⁸ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 293, dpn. 1; Apaydın, "Hükümsüzlük", 39.

⁶⁵⁹ Apaydın, "Hükümsüzlük", 39. Modern öğretilerde de malın çalınması halinde sübjektif imkansızlığın söz konusu olacağını ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Altunkaya, *Başlangıçtaki İmkansızlık*, 189. Çalınan mala ulaşma imkanı yoksa objektif imkansızlığın söz konusu olacağı yönünde bkz. Ercoşkun Şenol, *Kısmi İmkansızlık*, 91

⁶⁶⁰ Apaydın, "Hükümsüzlük", 39; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022).

⁶⁶¹ Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022); Karakaya, "Akit Hürriyeti", 307.

⁶⁶² Karaman, *Mukayeseli*, 167; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 96.

⁶⁶³ Karaman, *Mukayeseli*, 167; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 309.

⁶⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli*, 167; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 96; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 309.

⁶⁶⁵ Zebîdî, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı*, 5/351, (Büyü, 55); Hafif, *Hukuki İşlemler*, 292; Zeydan, *İslam Hukuku*, 452; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.01.2022).

oluşturamaz⁶⁶⁶. Bu kuralın istisnasını icare, selem ve istisna akitleri gibi ihtiyaç gereği hukuka uygun kabul edilen sözleşmeler oluşturur⁶⁶⁷. İslam hukukunda sözleşmenin konusunun mevcut olmamasının sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmasının sebebi, belirsizliğin yol açacağı ihtilafların ve aldanmaların önüne geçmektir⁶⁶⁸.

Mecelle m. 197’de satış sözleşmesine konu olan şey hakkında “*Mebî’n mevcud olması lâzımdır*” denilmiştir. Mebî’, satış akdinin konusunu oluşturan şeye denir. Mebî’in yokluğu durumunda yapılan satış ise ma’dumun satışı olarak adlandırılır⁶⁶⁹. Satış sözleşmesinin model niteliği göz önüne alındığında sözleşmelerin konusunun sözleşme esnasında var olması gerektiği sonucuna ulaşılır.

Sözleşmenin konusunun, sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmaması ve gelecekte de mevcut olmayacağını bilmesinin sözleşmenin butlanına yol açacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır⁶⁷⁰. Örneğin; taraflar bir malın devri hususunda anlaşılır ancak daha sonra o malın sözleşmenin kurulmasından önce yok olduğunu öğrenirlerse o sözleşme batıldır. Mecelle m. 205’te de var olmayan şeyin satışının batıl olduğuna hükmedilmiştir⁶⁷¹. Fakat aşağıda sayılan üç durumda sözleşmenin akıbeti İslam hukukçuları arasında tartışma konusudur:

a. Sözleşmenin konusunun mevcut olmakla birlikte henüz olgunluğa ulaşmamış olması

Bu durum çoğunlukla gelişimini tamamlamamış, diğer bir ifadeyle olgunlaşmamış meyve, sebze ve zirai mahsullerde söz konusu olur⁶⁷². Bu ürünlerin akıbeti şüpheli olduğundan hukukçular arasında ihtilafa yol açmıştır. Hanefi hukukçu Serahsî’ye göre kendisinden faydalanılabilecek hale gelmeyen meyve-sebzenin satışı hukuka aykırıdır. Çünkü kendisinden fayda temin edilmeyen şeyler mal sayılmazlar. Olgunlaşmamış meyve ve sebzeler ise kendisinden ne hayvan yemi olarak ne de insanın yiyeceği bir ürün olarak istifade edilmeye uygundur⁶⁷³. Fakat meyve; kendisinden

⁶⁶⁶ Zeydan, *İslam Hukuku*, 450; Karaman, *Mukayeseli*, 156.

⁶⁶⁷ Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 299.

⁶⁶⁸ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 292; Karaman, *Mukayeseli*, 156; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 299.

⁶⁶⁹ Bardakoğlu, “Bey’”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.01.2022).

⁶⁷⁰ Zeydan, *İslam Hukuku*, 450; Karaman, *Mukayeseli*, 156; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 300.

⁶⁷¹ Mecelle m. 205; “*Madûmun bey’i batıldır*”.

⁶⁷² Bardakoğlu, “Bey’”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 157; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 300.

⁶⁷³ Serahsî, *Mebisut*, 12/331; Zeydan, *İslam Hukuku*, 451.

faydalanılabilecek bir durumda olmasına rağmen bozulma, hastalanma gibi afetlere karşı dayanabilecek kadar olgunlaşmamışsa bunların satışı, hemen kesilip toplanması şartıyla hukuka uygundur⁶⁷⁴. Nitekim Hanefilere göre satış sözleşmesinde kural olarak malın derhal teslimi gerekir⁶⁷⁵. Meyvenin, olgunlaşana kadar ağaçta bırakılması şartıyla satılması ise uygun görülmemiştir⁶⁷⁶. Bu görüş Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a aittir. İmam Muhammed ise büyümesi tamamlanmış, fakat olgunlaşmamış meyvenin ağaçta bırakılması şartı ile satışını istihsana göre hukuka uygun görmüştür. Çünkü İmam Muhammed'e göre bu durum örf haline gelmiştir⁶⁷⁷.

Mâlikîlerin tutumu ise bu konuda Hanefilere benzer şekildedir. Şayet meyve, sebze ve zirai mahsuller, olgunlaşmamış olsalar dahi kendilerinden faydalanılması mümkünse, derhal toplanması şartı ile uygun görülmüştür. Bunların, olgunlaşmak üzere dalında bırakılması şartıyla satışı ise hukuka uygun değildir⁶⁷⁸.

İmam Şâfiî ise salâhı (*iyiliği*) görülmemiş meyvenin satışını hukuka uygun görmez⁶⁷⁹. İyiliği belli olmuş meyvelerin satışı ise hem Şâfiî hem de Hanbelî ekollerine göre, hemen kesilip toplanması kaydıyla mümkündür⁶⁸⁰. Fakat meyvenin iyiliği belli olduktan sonra, olgunlaşana kadar dalında bırakılması şartı ile yapılan satış, Şâfiî'ye göre, örf haline geldiğinden geçerlidir⁶⁸¹.

İslam hukukçuları arasında ihtilafli olan bir diğer husus ise kısım kısım olgunlaşan mahsullerin satışına ilişkindir. Çoğunluğun görüşüne göre patlıcan, kavun, karpuz, kabak gibi aynı anda olgunluğa erişmeyip kısım kısım olgunlaşan sebze ve meyvelerin satışında,

⁶⁷⁴ Serahsî, *Mebcut*, 12/331; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁷⁵ Bilal Aybakan, "Mebî", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mebi> (10.01.2022); Serahsî, *Mebcut*, 12/331; Karaman, *Mukayeseli*, 157; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁷⁶ Serahsî, *Mebcut*, 12/332; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bey--fikih> (23.01.2022); Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁷⁷ İmam Muhammed bu meyveler hakkında, "*Henüz büyümesi tamamlanmamış olanın aksine, tamamlanmış olanın satışını istihsana göre caiz görüyorum*" şeklinde görüş bildirmiştir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi ve gerekçe için bkz. Serahsî, *Mebcut*, 12/332.

⁶⁷⁸ Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁷⁹ Meyvenin salâhı; Hanefilere göre meyvenin bozulma, hastalanma gibi afetlere dayanabilecek hale gelmesi, Şâfiîlere göre ise meyvenin iyiliğinin belli olması anlamına gelir. Örneğin; hurmanın sararması, üzümün kararması gibi, Serahsî, *Mebcut*, 12/331, dpn. 248. Hanefilere göre ise hadiste yasaklanan husus, meyvenin olgunlaşması için ağaçta bırakılması şartıyla satılmasıdır, Serahsî, *Mebcut*, 12/331; Karaman, *Mukayeseli*, 157.

⁶⁸⁰ Karaman, *Mukayeseli*, 158; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁸¹ Serahsî, *Mebcut*, 12/332.

sadece olgunlaşmış olanlar sözleşmenin konusunu oluşturabilir⁶⁸². Şâfîî, Hanbelî ve bazı Hanefî hukukçuların görüşlerine göre olgunlaşmamış olanların satılması hukuka aykırıdır. İmam Muhammed ise peş peşe yetişen güllerin tek bir sözleşmeye konu olması halinde sözleşmenin geçerli olduğu yönünde görüş belirtmiştir⁶⁸³. Kısım kısım olgunluğa erişen sebze ve meyveler için olgunlaşmamış olanların olgunluğa erişenlerle birlikte sözleşmenin konusunu oluşturmalarını örfen hukuka uygun kabul eden hukukçular da vardır⁶⁸⁴. İmam Malik de örf gereği olgunlaşmamış meyve ve sebzeyi olgunlaşmış olanlara tâbî kabul etmiş ve birlikte satışına izin vermiştir⁶⁸⁵. Mecelle'de de olgunlaşmamış meyve ve sebzelerin olgunlaşmışlara tâbî kılınarak birlikte satışı geçerli bir işlem olarak kabul edilmiştir⁶⁸⁶. Tüm bu görüşler ışığında, sözleşmenin konusunun belirlenmesine ilişkin özgürlüğün sınırını, kendisinden yararlanılamayacak şeyler ile sözleşmenin konusunun belirsizlik içerdiği hallerin oluşturduğu görülmektedir.

b. Konunun sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayıp gelecekte mevcut olacağı kesin olması

Sözleşmenin kurulduğu esnada konunun bulunmaması, gelecekte ortaya çıkacağı kesin olsa dahi çoğunluğu oluşturan İslam hukukçuları tarafından kural olarak hukuka uygun görülmez⁶⁸⁷. Fakat uygulamada ihtiyaç gereği bazı sözleşmelerin yapılmasına izin verildiği görülmektedir. Dolayısıyla bazı sözleşmeler, sözleşmenin konusu sözleşmenin

⁶⁸² Zeydan, *İslam Hukuku*, 451; Serahsî, *Mebcut*, 12/333; Karaman, *Mukayeseli*, 159; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁸³ Serahsî, *Mebcut*, 12/334; Karaman, *Mukayeseli*, 159.

⁶⁸⁴ Ebû Bekir Muhammed b. Fadl'ın bu tür satışlar için "Ağaçta var olan meyveleri asıl, sonradan meydana gelecek olanları da tâbî sayar ve insanların örfünden dolayı bu akdi caiz kabul ederim" şeklinde fetva verdiği nakledilmektedir. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, 12/334'ten naklen.

⁶⁸⁵ Zeydan, *İslam Hukuku*, 451; Serahsî, *Mebcut*, 12/333; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 301.

⁶⁸⁶ Mecelle m. 207: "Efradı mütelâhık olan yani birden zuhur etmeyip de refte refte zuhur edegelen meyve ve şüküfe ve yaprak ve sebzenin bir mikdarı belirmiş olduğu halde onlara tebe'an onlarla beraber henüz belirmemiş olanları toptan satmak sahih olur".

⁶⁸⁷ Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bey--fiki> (23.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 159; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 302. Mâlikî hukukçular ise sözleşme sırasında var olmasa bile gelecekte meydana geleceği belli olan şeyin, sözleşmenin konusunu oluşturabileceği görüşündedirler. Hanbelîler de ileride teslimi mümkün olduğu sürece, sözleşmenin konusunun sözleşmenin kurulması anında mevcut olmayışında bir sakınca görmezler. Bkz. Zeydan, *İslam Hukuku*, 451, 452. Türk hukukunda, sözleşmenin konusunu oluşturan edim sözleşme sırasında mevcut olmayıp ileri bir tarihte meydana gelecekse bu durumun imkansızlığa yol açmayacağı kabul edilir. Bu halde sözleşmede, edimin yerine getirilmesinin mümkün olduğu zaman ifa edileceği hususunda anlaşıldığı varsayılır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar Genel*, 405.

kurulduğu anda mevcut değilse bile gelecekte ortaya çıkacağı kesinse veya kuvvetle muhtemelse geçerlidir⁶⁸⁸. Bu sözleşmeler; icare, selem ve istisna sözleşmeleridir⁶⁸⁹.

İcare sözleşmesi; emeğin veya menfaatin belirli bir süreyle sınırlı olmak kaydıyla ücret mukabilinde karşı tarafa devredilmesini içeren sözleşmedir⁶⁹⁰. Mecelle m. 405'te icare sözleşmesi şöyle kaleme alınmıştır: “*İcâre, lügat-ı Arabda ücret manasınadır. Fakat icar manasında dahi istimal olunmuştur. İstilah-ı fukahada menfaat-ı malûmeyi ivaz-ı malum mukabelesinde bey' etmek demektir*”⁶⁹¹. İcare sözleşmesi, Türk hukukunda iş ve kira sözleşmelerini karşılamaktadır. Sözleşmenin konusu bir taşınır veya taşınmaz malın menfaatinin ücret karşılığı devrini içeriyorsa kira; emeğin ücret karşılığı karşı tarafa tahsisini içeriyorsa iş sözleşmesi niteliğindedir⁶⁹². Sözleşmenin yapıldığı esnada ortada bir fayda olmamasına rağmen bu sözleşmeler zorunluluk, örf ve sünnete dayanılarak hukuka uygun kabul edilir⁶⁹³.

Selem sözleşmesi; sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayan fakat nitelik bakımından belirli bir malın peşin bedelle vadeli satışını içeren sözleşme türüdür⁶⁹⁴. Mecelle m. 123'te de “*Selem, müecceli muacele satmak yani peşin para ile veresiye mal almaktır*” şeklinde tanımlanmıştır. Selem sözleşmesi, İslam hukukunda klasik satış sözleşmesine benzetmekle birlikte, selem sözleşmesini satış sözleşmesinden ayıran önemli farklılıklar söz konusudur. İlk fark; satış sözleşmesinde satışa konu edilen malın ferden belirli olması gerekirken selem sözleşmesinde sözleşmenin konusunun çeşit bakımından belirli olması gerekmesidir⁶⁹⁵. Yani satış sözleşmesinin konusu parça borcu

⁶⁸⁸ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 35.

⁶⁸⁹ Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 302.

⁶⁹⁰ Ali Bardakoğlu, “İcâre”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icare> (14.01.2022); Çeker, *Akidler*, 188.

⁶⁹¹ “*İcare (kira), Arapçada ücret anlamına gelir. Ama kira anlamında da kullanılmıştır. İslam hukukçuları arasında bu terim; tanımlanmış bir menfaatin tanımlanmış bir bedel karşılığında satılması anlamına gelir*”, Cengiz İlhan, *Günümüz Türkçesiyle Mecelle*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 131.

⁶⁹² Bardakoğlu, “İcâre”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icare> (14.01.2022).

⁶⁹³ Bardakoğlu, “İcâre”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icare> (14.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 160; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 302.

⁶⁹⁴ Serahsî, *Mebcut*, 12/226; Bilal Aybakan, “Selem”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selem> (15.01.2022); Karaman, *Mukayeseli*, 160; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 303.

⁶⁹⁵ Aybakan, “Selem”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.01.2022).

iken selem sözleşmesinin konusu cins borcudur. İkinci fark ise; satış sözleşmesinde bedel vadeli olabilirken selem sözleşmesinde bedelin peşin olmasının zorunlu olmasıdır⁶⁹⁶.

Selem sözleşmesi, sözleşmenin konusu sözleşmenin kurulması anında mevcut olmamasına rağmen, geçerli kabul edilir⁶⁹⁷. Ebu Hanife'ye göre; selem sözleşmesinde sözleşmenin konusu olacak mal, piyasada mevcut olmalı; cins, tür, miktar, nitelik, ifa yeri ve ifa zamanı bakımından belirli olmalıdır⁶⁹⁸. Şâfiîler'e göre ifa zamanının belirlenmemiş olması halinde de sözleşme geçerlidir⁶⁹⁹.

İstisna sözleşmesi; bir sanatkara bir şeyin yapımının ısmarlanması üzerine akdedilen sözleşmedir⁷⁰⁰. Mecelle m. 124'te istisna sözleşmesinin tanımı, "*İstisna*", *bir şey yapmak üzere ehl-i sanat ile akd-i mukavele etmektir ki yapana sani ve yaptırana müstesnâ ve yapılan şeye masnu denilir*" şeklinde yer almaktadır. İstisna sözleşmesi Türk hukukunda eser sözleşmesine karşılık gelir. Hanefî hukukçuların çoğunluğu istisna sözleşmesinin konusunun tanımını; ısmarlama sonucu yapılan, nitelikleri belirtilmiş şey/ayn şeklinde yaparlar⁷⁰¹. Hanefilere göre istisna sözleşmesi selem sözleşmesinden bağımsız, müstakil bir sözleşmedir ve konusu sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmamasına rağmen teamül haline geldiği için hukuka uygun bir sözleşmedir⁷⁰². Nitekim Hz. Peygamber'in (s.a.v.) ısmarlama yoluyla yüzük ve minber yaptırdığı rivayet edilmektedir⁷⁰³. İstisna sözleşmesi vadenin belirli olmasının ve bedelin peşin olmasının şart olmaması yönünden selem sözleşmesinden ayrılır. Yine selem sözleşmesinde sözleşmenin konusu misli mal iken istisna sözleşmesinde sözleşmenin konusu genelde

⁶⁹⁶ Aybakan, "Selem", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.01.2022).

⁶⁹⁷ Serahsî, *Mebcut*, 12/227; Karaman, *Mukayeseli*, 160; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 303. Bu içtihatı "*Ey iman edenler! Belirlenmiş bir zamana kadar bir borç ilişkisi kurduğunuzda bunu yazın...*", (el-Bakara 2/282) ayeti ve "*Peygamber (s.a.v.), kişinin elinde olmayan şeyi satmasını yasak edip, seleme ruhsat verdi*" hadisi delil gösterilir.

⁶⁹⁸ Serahsî, *Mebcut*, 12/228; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 303. Anılan görüşün kaynağı, "*Her kim hurma (gibi bir şey almak satmak) da selem tarikiyle bey ederse (miktarı) keyli veya vezni mâlûm olarak - yine İbn Abbas'tan bir rivayette-muayyen bir vadeye (değın) akdetsin*" hadisidir. Zebîdî, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı*, 5/421-422, (Buhârî, Selem, 1,2); Serahsî, *Mebcut*, 12/228.

⁶⁹⁹ Karaman, *Mukayeseli*, 161; Aybakan, "Selem", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.01.2022).

⁷⁰⁰ Hamza Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istisna--akit> (17.01.2022).

⁷⁰¹ Serahsî, *Mebcut*, 12/247; Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022). Ebu Saîd el-Berdeî'ye göre istisna sözleşmesinin konusu sanatkarın emeğidir. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, 12/248.

⁷⁰² Serahsî, *Mebcut*, 12/248; Karaman, *Mukayeseli*, 162; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 304; Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022).

⁷⁰³ Serahsî, *Mebcut*, 12/248; Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022).

gayri misli maldır⁷⁰⁴. Mâlikî ve Şâfiî hukukçular ise istisna sözleşmesini selem sözleşmesi kapsamında değerlendirirler⁷⁰⁵.

İcare, selem ve istisna sözleşmelerinin icazeti konusundaki ihtilafların temel sebebi Hz. Peygamber (s.a.v)'in “*Yanında bulunmayan malı satma*” hadisidir. Fakat anılan sözleşmeler, insanların ihtiyacı ve toplumdaki genel uygulamanın bu yönde olması nedeniyle genel kuralın terkedilmesi yoluna gidilerek caiz kabul edilmiştir⁷⁰⁶.

c. Sözleşmenin Konusunun Gelecekteki Mevcudiyetinin Kesin Olmaması

Konunun, sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olsun olmasın, ileride varlığını sürdüreceğinin belirsiz olmasının hükmü hukukçular arasında tartışmalıdır⁷⁰⁷. Bahse konu durum, iki halde söz konusu olur:

Birinci halde sözleşmenin konusu, sözleşme esnasında mevcut olup gelecekte mevcudiyetinin devam edip etmeyeceği kesin değildir. Örneğin; hayvanın karnındaki yavrunun doğmadan satışı böyledir⁷⁰⁸. Çünkü yavrunun ölü veya sakat doğma ihtimali vardır.

İkinci halde ise sözleşmenin konusu sözleşme anında mevcut olmayıp gelecekte de mevcut olup olmayacağı kesin değildir. Buna ise bir meyve bahçesinden gelecek yıllarda elde edilecek meyvelerin satışı örnektir⁷⁰⁹. Bu gibi satışlar, çoğunluğa göre konunun meydana gelip gelmeyeceğine ilişkin belirsizlik nedeniyle hukuka aykırıdır⁷¹⁰. Zira bu satışlar, garar ve aldanmaya yol açabileceğinden hukuki güvenliğe aykırılık oluşturur ve tarafların zarar görmesine yol açabilir⁷¹¹.

C. Değerlendirme

Gerek Türk gerekse klasik İslam hukukunda sözleşmenin içeriğinin imkansız olmaması içerik özgürlüğünün sınırını oluşturur. Bu imkansızlık başlangıçtaki imkansızlıktır. Zira sonraki imkansızlık her iki hukuk sisteminde de kural olarak borcun sona ermesine sebep olur. Başlangıçtaki imkansızlık objektif ve sürekli olmalıdır.

⁷⁰⁴ Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022).

⁷⁰⁵ Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022).

⁷⁰⁶ Serahsî, *Mebcut*, 12/247; Aktan, "İstisnâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, (17.01.2022).

⁷⁰⁷ Karaman, *Mukayeseli*, 163; Apaydın, "Hükümsüzlük", 34; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 305.

⁷⁰⁸ Serahsî, *Mebcut*, 12/330; Zeydan, *İslam Hukuku*, 451; Özdirek, "Akit Hürriyeti", 87.

⁷⁰⁹ Özdirek, "Akit Hürriyeti", 87; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 305.

⁷¹⁰ Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.01.2022).

⁷¹¹ Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (23.01.2022); Karakaya, "Akit Hürriyeti", 306.

Bununla beraber İslam hukukunda bazı haller de objektif imkansızlığa yakın kabul edilmiştir. Buna göre çalınan veya gasp edilen malların tekrar ele geçirilmesi imkansız ise objektif imkansızlık gibi değerlendirilmiştir. Bu durumu Türk hukukunda da objektif imkansızlık olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Klasik İslam hukukunda konunun mevcut olmaması, bazı hukukçular tarafından teslimdeki imkansızlık olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple konunun mevcut olmaması imkansıza yakın bir derecede yer almıştır.

Sözleşmenin konusundaki imkansızlığın Türk hukukunda kavramsal çerçevesi daha belirgindir. Klasik İslam hukukunda ise imkansızlığa yol açan olaylar kazuistik bir metotla ele alınmıştır. Hukukçuların genel eğilimlerinden ve tutumlarından imkansızlığın, zarara sebebiyet vermesi ve belirsizlik içermesi sebebiyle yasaklandığını söylemek mümkündür. Gerçekten de İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları olmasına karşın, belirsizlik ve zarara uğratma ihtimali bulunmadıkça zirai ürünlerin satışının sözleşmeye konu edilmesinin hukuka uygun olması eğiliminde olduğu görülür.

Özellikle konusu menfaat içeren kira, istisna gibi sözleşmelerde konunun sözleşme esnasında mevcut olmasını aramak sosyal hayatın ihtiyaçlarına cevap verebilmekten uzak kalacağından söz konusu mevcut olmayan şeylere ilişkin sözleşmeler hukuka uygun görülmüştür.

Sonuç itibarıyla klasik İslam hukukunda sözleşmenin konusunun mevcut olması, olmazsa olmaz bir kriter olmayıp örf ve ihtiyaca göre şekillenmesi mümkündür⁷¹².

VII. İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE DAHİL OLAN ŞARTLARIN SINIRLARI

A. Genel Olarak

Tarafların anlaşarak sözleşmenin içeriğine dahil ettikleri şartlara takyidi şartlar denir. Takyidi şartlar ve bu şartların sınırları İslam hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Takyit; bir şeyi koşullara bağlama, sınırlama anlamına gelir. Bu tanımdan hareketle takyidi şartların da sözleşmenin içeriğine ilişkin koşullar getirmek suretiyle onun içeriğinin belirlenmesini

⁷¹² Apaydın, “Hükümsüzlük”, 36.

ifade ettiğini söylemek yanlış olmaz. Bir diğer deyişle takyidi şartlar; sözleşmenin asli veya yan edimleri gibi içeriği oluşturan unsurlara ilişkin olan, sözleşme yapılırken ileri sürülen ve onun içeriğini değiştiren, düzenleyen veya belirleyen şartlardır⁷¹³. Bu şartlar geniş anlamda sözleşmenin içeriğini oluşturur. Satıcının malı eve teslim etmesi şartıyla, demonte bir malın satıcı tarafından monte edilmesi şartıyla yapılan satışlar takyidi şart içeren sözleşmelere örnek verilebilir.

Takyidi şartlar, hakkında en çok ihtilaf bulunan konulardan birisidir. Hangi şartların sözleşmenin içeriğine dahil edilip edilemeyeceği sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını oluşturduğundan bu konuda İslam hukukçularının görüşleri önem arz eder. Taraflardan biri, sözleşme yaparken, sözleşmeden beklediği faydanın gerçekleşmesi amacıyla bazı şartlar ileri sürebilir. Sözleşmeye getirilen bu şartlar; belirsizliğe, ihtilafa, bir başkasının hakkını ihlale, hileye, haksız kazanca ve bunlar gibi maslahatla bağdaşmayan durumlara neden olursa bu şartlar hükümsüz sayılır⁷¹⁴. İşte akdî şart özgürlüğünün sınırlarını da sözleşmede yer alması hukuka aykırı olan bu durumlar oluşturur. Bu şartlar müfsit şartlar ve batıl şartlar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayırım Hanefî ekolüne göredir. Çalışmanın bu kısmında takyidî şartları ele alırken Hanefî ekolünün yapmış olduğu tasnif esas alınacak ve diğer ekollerin görüşlerine ise yeri geldikçe değinilecektir.

İslam hukukunda takyidi şartların sınırlarını “sözleşmenin muktezası (gerekleri)” teorisi oluşturur. Buna göre sözleşmede düzenlenen şartlar, onun gereklerine uygun olmak zorundadır. Ekollerin takyidi şartlara ilişkin birbirlerinden farklı görüşleri olmasına rağmen, hepsinin hareket noktası sözleşmenin gerekleri teorisi⁷¹⁵. Hukukçuların bu teoriye ilişkin yorumları, takyidi şart özgürlüğünün sınırlarını belirler. Bu

⁷¹³ İbrahim Kâfi Dönmez, *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, C. 4, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1997), 184; Samar, *Şart Hürriyeti*, 32.

⁷¹⁴ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 269.

⁷¹⁵ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 16; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 135. Ekollerin görüş ayrılıklarının sebebi ise Hz. Peygamber’den rivayet edilen hadislerden hangisinin kaynak olarak kabul edildiğiyle ilgilidir. Hz. Peygamber’den şartlarla ilgili temel olarak üç hadis rivayet edilir. Bunlar; 1. “Peygamber (sav) şartlı satışı yasaklamıştır”. Hanefî hukukçular, meşhur hadis niteliğinde olduğundan bu hadisi delil kabul eder.

2. “Bazı insanlara ne oluyor da Allah’ın kitabında olmayan birtakım koşulları ileri sürüyorlar. Allah’ın kitabında olmayan koşul hükümsüzdür...”

3. “Peygamber (sav) bir savaşta Cabir’den dışı bir deve satın almış, onun Medine’ye kadar deveye binme koşulunu kabul etmiştir” hadisleridir. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, 13/18.

hususla en daraltıcı yorum Zahirî hukukçulara, en geniş yorumu ise Hanbelî hukukçulara aittir. Zahirî hukukçulara göre Kur'an'da yer almayan şartlar dışında şarta bağı işlem yapılamaz⁷¹⁶. Hanbelî hukukçulara göre ise, Zahirî hukukçuların tam aksine, Kitap ve sünnette açıkça yasaklanmayan her şart hukuka uygundur⁷¹⁷.

Klasik öğretilde Hanbelî ekolü sözleşme ve şart özgürlüğü hakkında en geniş sınırı çizen ekol olduğu için genişlik taraftarları olarak nitelendirilir⁷¹⁸. Bu ekole göre naslarda açıkça yasaklanmış olmadıkça ve sözleşmenin gereğine aykırı olmadıkça tüm şartlar geçerlidir⁷¹⁹. Hanbelî hukukçular, özellikle İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim, tarafların iradelerine diğerkollerden daha fazla önem atfetmiş, tarafların kararlaştırdıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dahil olacağını savunmuşlardır⁷²⁰. İbn Teymiyye'ye göre "Akitlerde asıl, âkit tarafların rızası ve akitlerin neticeleri, onların akitleşme ile şahısları üzerine vâcib kıldıkları şeylerdir"⁷²¹. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünde karşılıklı rıza esas olduğundan sözleşmeye getirilen şartlar hakkında da karşılıklı rıza esastır. Tarafların karşılıklı rızaları ile sözleşmeye dahil ettikleri şartlar, aksine hüküm yoksa geçerlidir ve taraflar açısından bağlayıcıdır. Bu görüşlerinin temelinde "Müslümanlar, helali haram, haramı helal kılan şartlar müstesna, kendi aralarında belirledikleri şartlara uyarlar" hadisi yer almaktadır⁷²².

İbnü'l-Kayyim'a göre ise Kitap ve Sünnet'e aykırı olan tüm şartlar geçersizdir. Bunun dışındaki her şart tarafları bağlayıcı ve geçerlidir⁷²³. İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim, şart özgürlüğünün sınırlarını genişletme konusunda Hanbelî hukukçular arasında en fazla öne çıkan iki hukukçudur.

⁷¹⁶ Osman Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih> (01.04.2022); Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 150; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 267; Erkuş, "Şarta Bağlılık", 92.

⁷¹⁷ Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/184; Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih> (01.04.2022); Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 150; Erkuş, "Şarta Bağlılık", 94.

⁷¹⁸ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 275; Haçkalı, "Şartlar", 31.

⁷¹⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 154; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 23; Özdirek, *Akadin Sınırları*, 216; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 169.

⁷²⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Zerka, *İslam Hukuku*, 404; Çalış, "Akit Serbestisi", 288.

⁷²¹ Fetava İbn-i Teymiyye, 3/239 (Zerka, *İslam Hukuku*, 406'dan naklen).

⁷²² Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 24. Hanbelî hukukçuların şart özgürlüğü ile ilgili bir diğerkelilleri ise "Allah...haram kıldığı şeyleri size açıklamıştır (En'am 6/119)" ayetidir. Anılan ayetten hareketle, sözleşmelerde açıkça yasaklanmadığı müddetçe kural olan özgürlüktür, denilmektedir.

⁷²³ İbn-i Kayyim, *İlamul-Muvakkün*, 3/339, 340 (Zerka, *İslam Hukuku*, 419'dan naklen).

Yine çoğunluğun görüşünün aksine, Hanbelî hukukçulara göre tüm sözleşmeler şarta bağlanabilir. İki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin yanı sıra rehin, kefalet, bağış ve hatta evlenme sözleşmesi dahi şarta bağlı kurulabilir⁷²⁴.

Mâlikî hukukçuların bu husustaki görüşleri de Hanbelî hukukçulara daha yakındır⁷²⁵. Hanefî ve Şafi hukukçular ise Hanbelî ve Mâlikî hukukçulara göre daha yasaklayıcı olmakla birlikte tüm ekoller arasında orta yollu bir tutum benimserler⁷²⁶. Bunun yanında, özellikle Hanefî hukukçuların söz konusu yasaklayıcı tutumlarını uygulamada farklı içtihat yöntemleriyle genişlettikleri görülür.

Hanefî hukukçular, sözleşmeye getirilen takyidi şartları; sahih, müfsit ve batıl şart olmak üzere üçe ayırırlar⁷²⁷.

B. Sahih Şartlar

Sahih şartlar; sözleşmenin gereklerinden olan, onu kuvvetlendiren ve destekleyen, nasslarda izin verilen ve örfen kabul edilen şartlardır⁷²⁸. Zahirîler dışındaki hukukçular sahih şartların kapsamı hakkında ittifak halindedir⁷²⁹. Taraflarca kararlaştırılan sahih şartlar, sözleşmenin gereğinin bir parçası haline gelir⁷³⁰. Bu sebeple taraflar açısından bağlayıcı ve geçerlidir. Taraflar bu şartları yerine getirmek zorundadır⁷³¹. Hanefî ekolünde sahih şartlar dört başlıkta incelenir. Bunlar; sözleşmenin gereği olan şartlar, sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren şartlar, nasslarda izin verilen şartlar ve örf haline gelen şartlardır.

⁷²⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 158; Haçkalı, “Şartlar”, 83.

⁷²⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 404; Çeker, *Akidler*, 117.

⁷²⁶ Karaman, *Mukayeseli*, 190; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 150; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 267.

⁷²⁷ Bilmen, *Hukukî İslamiyye*, 23; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 271; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 17; Çeker, *Akidler*, 114 vd.

⁷²⁸ Bilmen, *Kamus*, 6/23 vd.; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151; Ebu İshak eş-Şâtîbî (Çev. Mehmet Erdoğan), *el-Muvâfakât*, C. 1 (İstanbul: İz Yayıncılık, 2010), 281; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/184; Karaman, *Mukayeseli*, 187; Zerka, *İslam Hukuku*, 402; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 272; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 19. Mecelle m. 186, “*Akd-i bey'in muktezasından olan şartla bey' sahih ve şart muteberdir*”, m. 187, “*Muktezay-ı akdi teyid eden şartla bey' sahih ve şart muteberdir*”, m. 188, “*Mütearifya'ni örf ve adet-i beldede cari olan şartla bey' dahi sahih ve şart muteberdir*”.

⁷²⁹ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 272; Samar, *Şart Hürriyeti*, 80.

⁷³⁰ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 20. Kanımızca sahih şartların sözleşmenin bir parçası haline gelmesi, Türk hukukunda sübjektif esaslı unsura benzemektedir.

⁷³¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151; Samar, *Şart Hürriyeti*, 35.

1. Sözleşmenin Gereği Olan Şartlar

Sözleşmenin gereği olan şartlar, o sözleşmenin kendiliğinden gerektirdiği, başka bir ifadeyle sözleşmenin doğası gereği kendisinde bulunması gereken asgari unsurlardır⁷³². İslam hukukunda sözleşmenin taraflara yüklediği edimler, haklar ve borçlar sözleşmenin gereği olan unsurlardır. Sözleşmenin tipine göre gerekleri de değişebilir. Örneğin; satışa konu şeyin alıcıya teslim borcu, alıcının bedel ödeme borcu ve satıcının ayıptan sorumluluğu satış sözleşmesinin gerekleridir⁷³³. Satıcının bedeli alana kadar satışa konu şeyi teslim etmeyeceğini şart koşması da bu sebepten sahih ve geçerlidir⁷³⁴. Yine kira sözleşmesinde kiraya verenin kiralananı teslim borcu, kiracının da ücret ödeme borcu sözleşmenin gerekleridir. Bu şartların ayrıca belirtilmesine gerek yoktur, fakat yine de zikredilmesi halinde sözleşmenin gereğini pekiştirdiği kabul edilir⁷³⁵. Taraflar sözleşmenin gereklerini ayrıca belirtmiş olmasalar dahi yerine getirmek zorundadır⁷³⁶.

Sözleşmenin gereği olan şartların sahih olduğu hususunda tüm ekoller aynı görüştedir⁷³⁷. Şâfiî hukukçular; ayıp muhayyerliği, meclis muhayyerliği, alıcının malı üzerindeki tasarruf hakkı gibi durumları satış sözleşmesinin gerekleri arasında sayarlar⁷³⁸.

Şâfiî ekolüne göre sözleşmenin gereği olan şartlar, hukuka uygunluğu şer'î bir delille sabit olan şartlardır⁷³⁹. Bu sebeple Kitap ve Sünnet'te izin verilmedikçe

⁷³² Serahsî, *Mebcut*, 13/20. Bir başka tanıma göre sözleşmenin gerektirdiği şart, sözleşmenin lafzından anlaşılan şartlardır. Malın teslimi ve karşılığında bedelini ödeme borcu gibi. Sözleşmenin gerektirmediği şartlar ise, bahsi geçmeden sözleşmenin lafzından çıkarılamayan şartlardır, Abdurrahman Cezîrî, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, Çeviren Mehmet Keskin, C. 3, (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1994), 1373, dpn. 151. Bu açıdan sözleşmenin gereği olan şartlar Türk hukukunda sözleşmenin tipini belirleyen aslî edim yükümlülüklerine benzemektedir. Aslî edim yükümlülüğü, borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu esas borcu oluşturur. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 32.

⁷³³ Samar, *Şart Hürriyeti*, 79.

⁷³⁴ Samar, *Şart Hürriyeti*, 79.

⁷³⁵ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/155; Samar, *Şart Hürriyeti*, 80.

⁷³⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151.

⁷³⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 150.

⁷³⁸ Nevevi, *Mecmu*, IX, 446 (Erkuş, “Şarta Bağlılık”, 38'den naklen).

⁷³⁹ Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1375, dpn. 151; Zerka, *İslam Hukuku*, 401. Şâfiî hukukçu İmam Nevevi takyidi şartları 5'e ayırmıştır: a. Sözleşmenin gereği olan şartlar, b. Sözleşmenin menfaatine olan şartlar, c. İyilik ve hayır amacı taşıyan şartlar, d. Sözleşmenin gereğini ortadan kaldıran şartlar, e. Hiç kimseye fayda temin etmeyen şartlar.

Nevevi'ye göre, bu şartlardan ilk ikisi sahihtir. Üçüncü şart ise tartışmalı olmakla birlikte çoğunluğa göre sahih kabul edilir. Son iki şart ise batıl şartlardır. Fakat dördüncü şart sözleşmenin de geçersiz olmasına yol açarken beşinci şart sözleşmeye etki etmez. Bkz. Nevevi, *Mecmu*, IX, 447-448 (Özdirek, *Akdin Sınırları*, 203'ten naklen).

sözleşmenin gereğine aykırı şartlar koymak, onun sınırlarını daraltmak ya da genişletmek hukuka aykırıdır⁷⁴⁰.

Mâlikî hukukçulara göre şart özgürlüğünün sınırları Hanefî ve Şâfiî hukukçulardan daha geniştir. Mâlikî ekolü, sözleşmenin gereğine aykırı olmayan ve taraflara makul bir menfaat sağlayan tüm şartları sahih kabul ederek Hanbelî hukukçulara yaklaşmıştır⁷⁴¹.

2. Sözleşmenin Gereğini Kuvvetlendiren Şartlar

Sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren şartlar, sözleşmenin gereğine uygun olan şartlar olarak da ifade edilir. Hanefî ekolüne göre rehin ve kefil şartı gibi, satış sözleşmesinde borcun ifasını kolaylaştıran ve garanti altına alan şartlar, sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren şartlardır⁷⁴². Satış sözleşmesinin şahit huzurunda yapılmasını şart koşmak da böyledir⁷⁴³. Bu şartlar taraflardan birine menfaat sağladığından genel kurala göre fasit olması gerekir. Fakat istihsan deliline göre sahihtir⁷⁴⁴.

Şâfiî ekolü bu şartları sözleşmenin menfaatine olan şartlar olarak adlandırır⁷⁴⁵. Buna göre sözleşmenin gereği olmamakla birlikte buna aykırı olmayan, sözleşmeden doğan hakların elde edilmesine yardımcı olan şartlar sözleşmenin menfaatine olan şartlardır⁷⁴⁶. Hanefî ekolündeki örf sebebiyle sahih kabul edilen şartlar da Şâfiîler tarafından büyük ölçüde sözleşmenin menfaatine olan şartlara karşılık gelir⁷⁴⁷. Mâlikî ekolüne göre de sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren veya tamamlayan nitelikteki şartlar sahih ve geçerlidir⁷⁴⁸.

⁷⁴⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 401.

⁷⁴¹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, C. 1, 281, 283; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 190; Haçkalı, “Şartlar”, 67.

⁷⁴² Serahsî, *Mebcut*, 13/26; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151; Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1373, dpn. 151; Hafif, *Hukukî İşlemler*, 272; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/184; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 19; Samar, *Şart Hürriyeti*, 81; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 151.

⁷⁴³ Bilmen, *Kamus*, 6/23.

⁷⁴⁴ Serahsî, *Mebcut*, 13/25.

⁷⁴⁵ Nevevi, *Mecmu*, IX, 447-448 (Özdirek, *Akîd Sınırları*, 203’ten naklen).

⁷⁴⁶ Abdurrahman Haçkalı, “İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE*, 1995), 74; Erkuş, “Şarta Bağlılık”, 154; Erkuş, “Şarta Bağlılık”, 154.

⁷⁴⁷ Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 190. Sözleşmenin menfaatine olan şartlar Hanefî ekolündeki sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren şartlarla paralellik arz etse de temel farkları Şâfiî ekolünde istihsan delilinin kabul edilmemesidir. Bu konuda bkz. Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 162.

⁷⁴⁸ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, C. 1, 281.

Hanbelî ekolünde aslolan serbestlik olduğundan, bu ekole göre de sözleşmenin amacını ortadan kaldırmadığı ve açıkça yasaklanmadığı müddetçe tüm şartlar sözleşmenin menfaatine ilişkin ve geçerli kabul edilir⁷⁴⁹. Buna göre insanların ihtiyaç sebebiyle rağbet ettiği şartlar da sözleşmenin menfaatine ilişkin olup geçerlidir⁷⁵⁰. Taraflardan biri şartı ifa etmezse karşı taraf sözleşmeyi feshedebilir⁷⁵¹. Bunun yanı sıra Hanbelîler'e göre, bir şart sözleşmenin gereğine ve sözleşmenin menfaatine ilişkin olmasa bile sözleşmenin gereğine aykırılık teşkil etmiyorsa geçerlidir⁷⁵². Bu şartlar genellikle taraflardan birine meşru bir menfaat sağlayan şartlardır⁷⁵³.

3. Nasslarda İzin Verilen Şartlar

Nasslarda izin verilen şartlar sahih şartlar arasında yer alır. Bu şartlar sözleşmenin gereğine aykırı olsa veya sözleşmenin gereğini desteklemese dahi nass ile hukuka uygun kabul edildiğinden sahihtir⁷⁵⁴. İslam hukukçuları bu şartların sahih olduğu hususunda aynı görüştedir. Şart muhayyerliği ve vade şartlı satış bu duruma örnektir⁷⁵⁵.

Zahiriler, yalnızca nasslarda yer alan şartları sahih kabul ederler. Onlara göre bu şartlar dışında sözleşme kurulurken sözleşmeye dahil edilen tüm şartlar sözleşme ile birlikte hükümsüzdür. Sahih olmayan bir şart, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra ileri sürülmüşse bu halde yalnızca şart hükümsüz, sözleşme geçerlidir⁷⁵⁶.

4. Örf Haline Gelmiş Şartlar

Sözleşmenin gereğine aykırı olan bir şart toplumda örf haline gelmişse sahihtir⁷⁵⁷. Örneğin teslim, garanti ya da montaj şartıyla yapılan satışlar Hanefî ekolüne göre

⁷⁴⁹ Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 23.

⁷⁵⁰ Özdirek, *Akin Sınırları*, 219.

⁷⁵¹ Haçkalı, "Şartlar", 78.

⁷⁵² Çeker, *Akidler*, 117; Haçkalı, "Şartlar", 78; Samar, *Şart Hürriyeti*, 81; Özdirek, *Akin Sınırları*, 219.

⁷⁵³ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 276; Haçkalı, "Şartlar", 32; Samar, *Şart Hürriyeti*, 82; Özdirek, *Akin Sınırları*, 220.

⁷⁵⁴ Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1374, dpn. 151; Samar, *Şart Hürriyeti*, 87.

⁷⁵⁵ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 272; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152; Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1374, dpn. 151; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 19; Samar, *Şart Hürriyeti*, 88.

⁷⁵⁶ Samar, *Şart Hürriyeti*, 91.

⁷⁵⁷ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/185; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 252.

sözleşmenin gereğine aykırı olan ve taraflardan birine menfaat sağlayan şartlardan olmasına rağmen toplumda örf haline gelmesi sebebiyle sahihtir⁷⁵⁸.

Hanefi hukukçuların takyidi şartlar hakkındaki temel prensipleri yasaklık olmasına rağmen bu prensibi istihsana dayanarak büyük ölçüde genişlettikleri görülür⁷⁵⁹. Bir konunun istihsanen hukuka uygun kabul edilmesinde en önemli delillerden birisi ise örfdür⁷⁶⁰. Hanefi hukukçulara göre “*Örf ile tayin nass ile tayin gibidir*”⁷⁶¹. Sözleşmenin gereğine uygun olmayan ve tek tarafa menfaat sağlayan bir şart, o konuda örf varsa sahih kabul edilebilir. Bir başka ifadeyle örf varsa o olaya uygulanan genel kural (kıyas) terkedilir⁷⁶². Örneğin; alıcının, elbiseyi boyanması şartıyla satın alması alıcıya menfaat sağladığından, genel kurala göre fasit bir satıştır. Fakat elbisenin boyanarak satışı örf haline gelmişse bu istihsana göre geçerli bir satıştır⁷⁶³. Yine bir satış sözleşmesinde yer alan, satıcının malın bir süre daha bakım ve tamirini üstlenmesi şartı örfen sahih kabul edilen bir şarttır⁷⁶⁴.

Bir şartın örf haline gelmesi için toplumun genelinde uygulanıyor olması gerekmez. Bir şartın sözleşmeye dahil edilmesi, belirli bir bölgede ya da belirli bir meslek grubunda teamül haline gelmişse burada da örften söz edilir⁷⁶⁵. Fakat bu durum her örf haline gelen şartın veya kuralın sırf bu sebeple hukuka uygun kabul edildiği anlamına gelmez. Örfün hukuken geçerli olabilmesi için bazı şartları taşıması gerekir⁷⁶⁶. İlk olarak

⁷⁵⁸ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152; Samar, *Şart Hürriyeti*, 92. Örf, Hanefi hukukçular tarafından istihsan delilin gerekçelerinden biri olarak kabul edilir. Şâfiiler ise her ne kadar istihsanı delil olarak kabul etmese de uygulamada örf haline gelen şartların sahih olduğuna hükmetmişlerdir. Şâfiî hukukçu Maverdi’ye göre, “*Örf ile sabit olan, şart ile sabit olmuş gibidir*”, Mâverdi, *el-Hâvî*, V, 341 (Samar, *Şart Hürriyeti*, 92’den naklen). İbn Şübrüme’ye göre ise sözleşmenin gereğine aykırı olan bir şart örf haline gelirse dahi hem şart hem de sözleşme geçerlidir. Bu görüşünü desteklemek için ise “*Müslümanlar şartlarına riayet ederler*” hadisini delil olarak gösterir. Bu konuda bkz. Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/185.

⁷⁵⁹ Samar, *Şart Hürriyeti*, 93.

⁷⁶⁰ Bir mesele hakkında uygulanan genel kuraldan ayrılırken göz önünde bulundurulacak diğer deliller ise maslahat, zaruret, icma gibi o meseleye özel olarak gelişen sebeplerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "İstihsan", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihsan> (08.05.2022).

⁷⁶¹ Mecelle m. 45, Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Samar, *Şart Hürriyeti*, 95; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 154.

⁷⁶² Merginani, *El-Hidâye*, 3/80.

⁷⁶³ Merginani, *El-Hidâye*, 3/82.

⁷⁶⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 273; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 20; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 153.

⁷⁶⁵ Mecelle m. 188, “*Mütearif ya’ni örf ve adet-i beldede cari olan şartla bey’ dahi sahih ve şart muteberdir*”; Samar, *Şart Hürriyeti*, 94.

⁷⁶⁶ İbrahim Kâfi Dönmez, "Örf", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/orf#1> (09.05.2022).

örfün, nasslara aykırı olmaması gerekir. Dolayısıyla bir yörede uzun süreden beri faiz şartı içeren sözleşmeler yapılırsa dahi bu şart hukuken örf haline gelmez⁷⁶⁷. İkinci olarak söz konusu örfün, ihtilafın çözülmesi esnasında mevcut olması gerekir. Zira sonradan örf haline gelmiş bir uygulama geçmişe yönelik uygulanamaz. Son olarak ise tarafların sözleşmede örfün aksine bir şart kararlaştırmamış olması gerekir⁷⁶⁸. Bu halde ileri sürülen şart geçerlidir.

Hanefî hukukçuların örf hakkındaki tutumu içtihat çeşitliliği ve değişen toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmesi açısından dikkat çekicidir. Mecelle’de “*Ezmanın tagayyürü ile ahkâm’ın tagayyürü inkâr olunamaz*” maddesiyle kastedilen de budur⁷⁶⁹.

Hanefî hukukçuların sahih şartların ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün kapsamını genişletmede en önemli delilleri kanımızca örfdür⁷⁷⁰. Çağdaş İslam hukukçularından Zerka, modern dönemde gelişen hukuki ve ticari ilişkiler sebebiyle, nasslara açıkça aykırı olanlar dışındaki tüm şartların Hanefî içtihadına göre sahih olabileceği görüşündedir⁷⁷¹.

C. Müfsit Şartlar

Müfsit şartlar⁷⁷²; sözleşmenin gereklerine aykırı, onu desteklemeyen, nasslarda ve örfte yer almayan, bununla birlikte taraflardan birine ya da bir üçüncü kişiye menfaat sağlayan şartlardır⁷⁷³. Kısaca sahih şartın özelliklerini taşımayan ve taraflardan birinin menfaatine olan şartlar fasittir. Çünkü bu şartlar kişinin mülkiyetinde tasarruf etmesini

⁷⁶⁷ Samar, *Şart Hürriyeti*, 94. Bu sebeple Hanefî hukukçuların bu konudaki görüşlerinin çelişkili olduğu iddiasına katılmamaktayız. Bu yöndeki görüş için bkz. Özdirek, *Aksin Sınırları*, 194.

⁷⁶⁸ Taraflar açıkça başka bir şart kararlaştırmışsa bu şartın uygulama bulacağı yönünde bkz. Dönmez, "Örf", TDV İslâm Ansiklopedisi, (09.05.2022).

⁷⁶⁹ Mecelle m. 39’a göre zamanın değişmesiyle uygulanacak hukukun da değişmesine karşı koyulamaz. Bu madde örfle verilen önemi göstermektedir. Cengiz İlhan, *Günümüz Türkçesiyle Mecelle*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 51; Samar, *Şart Hürriyeti*, 96. Mecelle’de örfle ilgili diğer maddeler ise şunlardır: Mecelle m. 36, “*Âdet muhakkemdir*”; m. 37, “*Nâs’ın isti’ mali bir hüccettir ki anımla amel vâcib olur*”; m. 43, “*Örfen ma’ruf olan şey şart kılınmış gibidir*”.

⁷⁷⁰ Samar, *Şart Hürriyeti*, 81.

⁷⁷¹ Zerka, *İslam Hukuku*, 403; Aynı yönde bkz. Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152.

⁷⁷² Hanefî ekolü dışındakiler müfsit şartları ve batıl şartları aynı anlamda kullanırlar. Fakat Hanefî ekolüne göre müfsit/batıl şartlar, sözleşmenin geçerliliğine etki eden ve etki etmeyen şartlar olarak ikiye ayrılır, bkz. Kaşıkçı, "Şart", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih> (12.05.2022).

⁷⁷³ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Abdullah, "Freedom of Contract", 366; Bilmen, *Kamus*, 6/24; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/184; Karaman, *Mukayeseli*, 185; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 273; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 20; Cezûrî, *İslam Fıkhı*, 3/1373, dpn. 151; Samar, *Şart Hürriyeti*, 106.

kısmen veya mutlak bir biçimde engeller. Bu ise sözleşmeden beklenen amaca aykırıdır⁷⁷⁴. Aynı zamanda tek taraflı menfaat sağlayarak taraflar arasında anlaşmazlığa yol açar⁷⁷⁵. Hanefilerin diğer gerekçesi ise taraflardan birine sağlanan fazladan menfaatin onlara göre faiz şüphesi taşımasıdır⁷⁷⁶. Bu durumda şartla birlikte sözleşme de geçersiz olur.

Müfsit şartlar Hanefî hukukçulara göre, iki tarafa karşılıklı borç yükleyen satış, icare, sulh gibi malî sözleşmelerde söz konusu olduğunda şartla birlikte sözleşme de geçersiz olur⁷⁷⁷. Çünkü bu tür sözleşmelerde karşılıklı edimler, sözleşmenin esaslı unsurunu, yani gereğini oluşturur. Tek tarafa menfaat sağlayan şartlar ise edimler arası eşitsizliğe ve anlaşmazlığa yol açacağından sözleşme de şartla birlikte fasit olur⁷⁷⁸. Örneğin; satıcının bir evi içinde belli bir süre içinde oturmak şartıyla satması fasittir⁷⁷⁹.

Kişinin, karşı tarafın belirli bir şeyi hibe etmesi; bir miktar borç vermesi ya da başka bir sözleşme yapması şartıyla yaptığı sözleşmeler de fasittir⁷⁸⁰. Bu sözleşmeler, bir sözleşme yapılırken ikinci bir sözleşmeyi şart olarak ileri sürmek (safkateyn)⁷⁸¹ anlamına geldiğinden, Hz. Peygamber tarafından yasaklanan şartlı sözleşmelerdir⁷⁸². Özellikle Hanbelî ekolünde dikilmesi şartıyla kumaş satın alınması gibi taraflardan birine meşru bir menfaat sağlayan şartlar sahih şartlar arasında sayılırken, Hanefî ekolünde bir sözleşmede iki sözleşme olduğu gerekçesiyle fasittir⁷⁸³. Sözleşmeye konulan şartlar belirsizlik

⁷⁷⁴ Serahsî, *Mebcut*, 13/21.

⁷⁷⁵ Samar, *Şart Hürriyeti*, 109.

⁷⁷⁶ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Samar, *Şart Hürriyeti*, 109.

⁷⁷⁷ Karaman, *Mukayeseli*, 187; Zerka, *İslam Hukuku*, 402; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 152; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 273; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 21; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 159.

⁷⁷⁸ Bilmen, *Kamus*, 6/24; Serahsî, *Mebcut*, 13/25; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 273; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 21.

⁷⁷⁹ Merginani, *El-Hidâye*, 3/81; Bilmen, *Kamus*, 6/24; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/185. Bu husus TBK m. 340’da düzenlenen bağlantılı sözleşme yasağı ile oldukça benzerdir. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kira sözleşmesinin kurulması veya devamı kiracının, kendisine hiçbir fayda sağlamayan ve kiralananın kullanımını ile doğrudan ilgisi olmayan bir borca girmesine bağlanmıyorsa bu durumda bağlantılı sözleşme söz konusu olur. Maddeye göre bahse konu bağlantılı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat İnceoğlu ve Ece Baş, “Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/2 (2012): 165 vd..

⁷⁸⁰ Serahsî, *Mebcut*, 13/22.

⁷⁸¹ “Hz. Peygamber, bir akite iki akit yapmayı nehyetti” hadisi safkateyn yasağı ya da iki safka (sözleşme) yasağı olarak adlandırılır. Buna göre bir malı alıcının bir miktar borç vermesi şartıyla satmak yahut malı satarken peşin ve vadeli iki ayrı fiyat söyleyerek satmak yasaktır. Bu durumda şartlar fasittir. Bkz. Merginani, *El-Hidâye*, 3/81, dpn. 32.

⁷⁸² Merginani, *El-Hidâye*, 3/81; Serahsî, *Mebcut*, 13/23.

⁷⁸³ Merginani, *El-Hidâye*, 3/82.

içeriyorsa Hanefî ekolünde bu sözleşmeler fasittir⁷⁸⁴. Örneğin; belli bir miktar yağ çıkarması şartıyla zeytin almak, her gün 20 kg süt vermesi şartıyla hayvan almak satıcının kesin olarak bilmesi mümkün olmayan belirsiz bir şarttır⁷⁸⁵. Bu halde hem şart hem sözleşme geçersizdir.

Hibe, ariyet, karz gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, evlenme sözleşmesinde, rehin ve kefalet gibi teminat sözleşmelerinde müfsit şart sözleşmenin sıhhatini etkilemez. Bu durumda şart yok hükmünde olup sözleşme geçerli olur⁷⁸⁶. Bunun sebebi ise bu sözleşmelerde şartın, edimler arası dengenin sağlanmasında esaslı unsur olmamasıdır⁷⁸⁷.

Mâlikî hukukçulara göre taraflara bir menfaat temin eden şartlar sözleşmenin gereğine aykırı olmadıkça sahih ve geçerlidir⁷⁸⁸. Bu şartlar sözleşmenin gereği değildir, ama sözleşmenin gereğine aykırı da değildir⁷⁸⁹. Hanefî ve Şâfiî ekolüne göre bu tür şartlar sahih kabul edilmezken Mâlikîler taraflara menfaat sağlayan şartlar konusunda esnek bir tutum sergilemişlerdir. Örneğin; satıcının satım konusu şeyi bir müddet daha kullanacağına ilişkin ileri sürdüğü şart, taraflardan birine menfaat sağladığı için Hanefî hukukçulara göre fasitken, Mâlikîlere göre sahihtir. Bu sebeple takyidi şart özgürlüğünün sınırları bu ekolde daha geniştir. Köle azadı gibi hayır ve iyilik yönü ağır basan şartlar, Şâfiî ekolünde olduğu gibi Mâlikî ekolünde de sahihtir⁷⁹⁰.

Tarafların birine menfaat sağlayan şartlar Hanefî ekolünde müfsit şartlar içerisinde değerlendirilirken Hanbelî ekolünde bu tür şartlar sözleşmenin gereğine aykırı değilse geçerlidir. Terziden, dikmesi şartı ile kumaş almak, evlenme sözleşmesinde tarafların birbirlerinde belirli vasıfların olmasını şart koşması ya da satılan malda satıcının

⁷⁸⁴ Serahsî, *Mebcut*, 13/27.

⁷⁸⁵ Serahsî, *Mebcut*, 13/28.

⁷⁸⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Karaman, *Mukayeseli*, 187; Zerka, *İslam Hukuku*, 402; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 21.

⁷⁸⁷ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 274. Şâfiî hukukçular ise sözleşmeler arasında ayırım yapmaksızın bu şartları içeren tüm sözleşme türlerinin geçersiz olduğu görüşündedir. Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 190. Şâfiîler bu yönden şart özgürlüğünü sınırlandırırken sözleşmenin menfaati, ihtiyaç ve ibadet gerekçeleriyle de bu özgürlüğün sahasını genişletmişlerdir. Hafif, *Hukuki İşlemler*, 271, dñn. 288; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 190; Çeker, *Akidler*, 116; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 162

⁷⁸⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, Çeviren: Ahmet Meylâni, C. 3, (İstanbul: Beyan Yayınları, 1991), 196; Şâtibî *el-Muvâfakât*, C. 1, 283; Karaman, *Mukayeseli*, 190.

⁷⁸⁹ Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1377, dñn. 151.

⁷⁹⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 3/197; Şâtibî *el-Muvâfakât*, C. 1, 281.

belli bir süre daha oturması gibi şartlar böyledir⁷⁹¹. Bu şartların yerine getirilmemesi halinde karşı tarafın fesih hakkı söz konusu olur⁷⁹². İbn Teymiyye'ye göre sözleşmenin gereği, sözleşmeden beklenen asıl amaçtır⁷⁹³. Dolayısıyla İbn Teymiyye'ye göre, sözleşmeden beklenen asıl amacı ortadan kaldırmadığı müddetçe tüm şartlar geçerlidir.

Hanbelî ekolü, malikin mülkiyet hakkından faydalanmayı bir miktar kısıtlayan şartlar ileri sürmeyi de diğer ekollerin aksine, hukuka uygun kabul eder. Örneğin; satıcının alıcıya sattığı mal üzerinde öncelikli alım hakkı olmasını şart olarak ileri sürmesi veya alıcının malı vakfetmesi şartıyla satışı hukuka uygun bir satıştır ve şartlar da geçerlidir. İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim ise sahih şartların kapsamını daha da genişletirler. Buna göre kanun koyucunun açıkça yasaklamamış olduğu tüm şartlar sahihtir. Çünkü Şari' sözleşmeleri yerine getirmeyi ve ahde vefayı emreder. Sözleşmelerde ileri sürülen şartlar ise insanların ihtiyacı doğrultusundadır. Nitekim dinde kolaylık vardır. Taraf iradelerine oldukça fazla önem veren Hanbelî hukukçuların bu içtihatları modern hukuk anlayışına en uygun olandır.

D. Batıl Şartlar

Batıl şartlar sahih şartın özelliklerini taşımayan ve hiç kimseye fayda sağlamayan şartlardır⁷⁹⁴. Başka bir deyişle sözleşmenin gereğine aykırı, taraflara bir faydası olmayan ve sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesine engel olan şartlar batıldır. Örneğin; satıcının alıcıya oturmaması şartıyla ev satışı veya satıcının okunmaması şartıyla kitap satışı alıcının tasarruf hakkını ortadan kaldırdığı için sözleşmenin gereğine ve ondan beklenen amaca aykırı olan ve aynı zamanda kimseye menfaat sağlamayan batıl şartlar içeren sözleşmelerdir. Bu şartlar kimsenin lehine bir menfaat içermediğinden yerine getirilmemesi de taraflar arasında anlaşmazlığa neden olmaz⁷⁹⁵. Batıl şartlar sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyip yok hükmündedir⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 276; Çeker, *Akidler*, 117.

⁷⁹² Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 277.

⁷⁹³ Fetava İbn-i Teymiyye, C. 3 (Hafif, *Hukuki İşlemler*, 277, dñn. 296'dan naklen).

⁷⁹⁴ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/185; Karaman, *Mukayeseli*, 188; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 153; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 20.

⁷⁹⁵ Merginani, *El-Hidâye*, 3/80; Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/155.

⁷⁹⁶ Serahsî, *Mebcut*, 13/20; Dönmez, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/185; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 274; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 160.

Şâfîî ekolüne göre ise sözleşmenin gereğine aykırı ve sözleşmeye bir menfaat sağlamayan şartlar batıl olup, sözleşmeyle birlikte geçersizdir⁷⁹⁷. Satışa konu şey üzerinde sahibinin tasarrufunu kısıtlayan veya faydalanmasını engelleyen şartlar böyledir. Sözleşmenin gereğine aykırı olan bir diğer şart ise sözleşme yaparken, o sözleşme içerisinde iki sözleşme yapılmasına ilişkin ileri sürülen şarttır⁷⁹⁸. Faydalı bir amaca hizmet etmeyen şartlar ise bir anlam ihtiva etmez. Bu şartlar sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz, yalnızca şart geçersiz olur⁷⁹⁹. Ayın belirli günleri kiralananın kullanılmaması şartı sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyen şarta örnek verilebilir.

Mâlikî ekolüne göre, sözleşmenin gereğine aykırı olan, sözleşmenin amacıyla çelişen ve alıcının, malı üzerindeki tasarrufunu engelleyen şartlar batıldır⁸⁰⁰. Satın alınan malın kullanılmaması, bağışlanmaması veya başkasına satılmaması şartları böyledir⁸⁰¹. Çoğunluğa göre bu şartlar sözleşmenin ve şartın geçersizliğine yol açar⁸⁰². Bir görüşe göre ise, lehine şart koşan kişinin bu şarttan vazgeçerek sözleşmeye sıhhat kazandırması da mümkündür⁸⁰³. Mâlikî hukukçular bu açıdan sözleşmenin gereğine aykırı şartların etkisini azaltmaya olanak tanır. Bir sözleşmede iki sözleşme yapılması, Mâlikî hukukçulara göre de sahih değildir⁸⁰⁴.

Hanbelîlere göre sözleşmenin gereğine aykırı olan şartlar batıl şartlardır⁸⁰⁵. Sözleşmenin gereğine aykırı şartlar, sözleşmeden beklenen menfaati ortadan kaldırır. Bu sebeple örneğin, satış sözleşmesinde mülkiyet hakkını ortadan kaldıran şartlar sözleşmenin gereğine aykırıdır. Bu şartları içeren sözleşmeler geçerli, fakat şartlar hükümsüzdür⁸⁰⁶. Taraflardan birinin menfaatine olan şart sözleşmeden beklenen amaca

⁷⁹⁷ Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1376, dpn. 151; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 271, dpn. 288; Haçkalı, “Şartlar”, 76; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 163.

⁷⁹⁸ Haçkalı, “Şartlar”, 76; Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 163. Buna Hz. Peygamber’in, bir satış içerisinde iki satışı yasaklamasına ilişkin hadisi kaynak kabul edilir.

⁷⁹⁹ Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1376, dpn. 151; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 271, dpn. 288; Haçkalı, “Şartlar”, 77.

⁸⁰⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 3/197; Şâtîbî *el-Muvâfakât*, C. 1, 282; Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1377, dpn. 151; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 190; ; Haçkalı, “Şartlar”, 72.

⁸⁰¹ Şâtîbî *el-Muvâfakât*, C. 1, 282; Cezîrî, *İslam Fıkhı*, 3/1377, dpn. 151.

⁸⁰² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 3/198.

⁸⁰³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 3/196; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, 23; Karaman, *Mukayeseli*, 191; ; Haçkalı, “Şartlar”, 73.

⁸⁰⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 3/198; Karaman, *Mukayeseli*, 191.

⁸⁰⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 154; Çeker, *Akidler*, 118; Haçkalı, “Şartlar”, 79; Özdirek, *Akdin Sınırları*, 221. Hanbelî hukukçulara göre “Şer’an sabit olan, şart ile sabit olana mukaddemdir”, bkz. Karakaya, “Akit Hürriyeti”, 169.

⁸⁰⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 154; Haçkalı, “Şartlar”, 80.

aykırıysa bu halde de yine şartın geçersizliğinden söz edilir⁸⁰⁷. Örneğin borç ifa edilmediğinde rehlin paraya çevrilmemesini veya kefile başvurulmamasını şart koştuk Hanbelî hukukçulara göre sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini engelleyen şartlardır⁸⁰⁸.

Bunun yanı sıra Kitap ve Sünnet'te yasaklanan şartlar da batıl şartlardandır. Bir sözleşme içerisinde iki sözleşme yapmak (safkateyn) Sünnet ile yasaklanan batıl şartlardandır⁸⁰⁹. Bu şartlar çoğunluğun görüşüne göre, sözleşme ile birlikte geçersiz olur⁸¹⁰. Şu var ki Hanefî ekolünde bir sözleşme içerisinde iki sözleşme olduğu gerekçesiyle fasit kabul edilen çoğu durum Hanbelî ekolünde sahih şartlar arasında yer alır⁸¹¹. Örneğin Hanefî ekolünde teslim şartlı satış sözleşmeleri, bu satışların örf haline gelmediği düşünüldüğünde, satış ve teslim olmak üzere bir sözleşmede iki sözleşme olduğu gerekçesiyle fasittir⁸¹². Buna karşılık Hanbelî ekolünde teslim şartı, taraflardan birine meşru bir menfaat sağlayan şartlar arasında olduğundan sahihtir.

E. Ekollerin Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarını belirlemede ekollerin tutumları oldukça önemlidir. Bu açıdan şart özgürlüğüne en az olanak tanıyandan en fazla olanak tanıyan ekole doğru bir sıralama yapılacak olursa en sınırlayıcı ekolün Zahirî ekolü olduğu açıktır. Çünkü Zahirî hukukçulara göre sözleşmelerde aslanan yasaklıdır. Teoride yasaklayıcı bir tutuma sahip olan Hanefî ekolünün ise şart özgürlüğünün sınırlarını örfe dayanarak büyük ölçüde genişlettiğini söylemek mümkündür. Daha sonra sırasıyla Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî ekolleri gelir. Şâfiî hukukçuların görüşleri büyük ölçüde Hanefî hukukçulara benzerdir. Fakat iyilik ve hayır anlamına gelen şartları sahih kabul ettiklerinden teoride sınırları Hanefî ekolünden daha geniştir. Mâlikîler ise sözleşmenin gereğine aykırı olmadıkça taraflara makul bir menfaat getiren şartları hukuka uygun kabul etmişlerdir⁸¹³. Çünkü onlara göre bu şartlar kişinin malik olduğu şey üzerindeki tasarruf

⁸⁰⁷ Hafif, *Hukukî İşlemler*, 277; Özdirek, *Akîdî Sınırları*, 220

⁸⁰⁸ Hafif, *Hukukî İşlemler*, 277; Özdirek, *Akîdî Sınırları*, 220.

⁸⁰⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 154; Hafif, *Hukukî İşlemler*, 277; Çeker, *Akîdler*, 118; Haçkalı, “Şartlar”, 80. Bu tür satışlar “*Rasulullah (sav) bir satım içinde iki satımı nehyetti*” hadisi sebebiyle batıl kabul edilir.

⁸¹⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 154; Haçkalı, “Şartlar”, 80; Samar, *Şart Hürriyeti*, 113.

⁸¹¹ Çeker, *Akîdler*, 120.

⁸¹² Çeker, *Akîdler*, 120.

⁸¹³ Karaman, *Mukayeseli*, 190; Bardakoğlu, “Akîd Hürriyeti”, 23; Samar, *Şart Hürriyeti*, 107.

hakkını mutlak bir şekilde kısıtlamaz. Şart konusunda en genişletici içtihadı sahip olan Hanbelî hukukçular ise sözleşmenin gereğine aykırı olan şartlar ile nasslarda açıkça yasaklanan şartlar dışında tüm şartları sahih kabul ederler⁸¹⁴. Hanbelîlere göre bir tarafa menfaat sağlayan şartlar, yalnızca sözleşmeden beklenen gayeyi ortadan kaldırıyorsa sözleşmenin gereğine aykırı olur⁸¹⁵. Bunun dışında taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlayan şartlar geçerlidir⁸¹⁶. Dolayısıyla tarafların üzerinde anlaşarak sözleşmeye dahil ettikleri tüm şartlar, nasslara aykırı olmadıkça ve sözleşmeden beklenen amacı bertaraf etmedikçe geçerlidir. Hanbelî ekolü, diğer ekollere nazaran, sözleşmeye getirilen takyidi şartlar konusunda taraflara en geniş yetkiyi veren hukuk ekolüdür⁸¹⁷. Dolayısıyla taraflar bu şartları yerine getirmekle yükümlüdür. İbn Teymiyye'nin bu görüşü sözleşme özgürlüğüne ve ahde vefa ilkesine verdiği önemi ortaya koymaktadır.

Çağdaş İslam hukukçularının takyidi şartlarla ilgili genel kanaatleri, gelişen ekonomik ve ticari hayata uyum sağlayabilmesi açısından modern hukuka en yakın içtihadın Hanbelî hukukçularına ait olduğu yönündedir⁸¹⁸.

Sözleşmenin gereğine uygun olan şartlar Türk hukukunda sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturan ve karakterini belirleyen aslî edim yükümlülüklerine benzemektedir. Nitekim aslî edim yükümlülükleri de İslam hukukunda sözleşmenin kendiliğinden gerektirdiği bu şartlar gibi tarafların ayrıca belirtmesine gerek olmaksızın yerine getirmekle yükümlü oldukları asgari borçları ihtiva eder⁸¹⁹. Tarafların sözleşmenin karakterini belirleyen, sözleşmelerdeki temel edimleri sözleşmenin aslî edim yükümlülüklerini oluşturur⁸²⁰. Kira sözleşmesinde kiracının kira ücreti ödeme borcu ve kiralayanın kiralananı teslim borcu; satış sözleşmesinde satıcının mülkiyeti devir ve teslim borcu ile alıcının bedel ödeme borcu aslî edim yükümlülükleridir⁸²¹.

⁸¹⁴ Karaman, *Mukayeseli*, 193; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 154; Çeker, *Akidler*, 118; Karakaya, "Akit Hürriyeti", 172.

⁸¹⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 154; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 24.

⁸¹⁶ Zerka, *İslam Hukuku*, 405- 406; Samar, *Şart Hürriyeti*, 107.

⁸¹⁷ Nitekim Hanbelî ekolünün önde gelen hukukçularından İbn-i Teymiyye'ye göre de sözleşmede kararlaştırılan şartlar, özel bir delille yasaklanmadıkça geçerlidir. Bu yönde bkz. Fetava İbn-i Teymiyye, 3/239 (Zerka, *İslam Hukuku*, 406'dan naklen); Samar, *Şart Hürriyeti*, 101.

⁸¹⁸ Karaman, *Mukayeseli*, 193; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 151; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", 29.

⁸¹⁹ Eren ve Dönmez, *Eren Şerhi*, 47.

⁸²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 7; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 42; Eren ve Dönmez, *Eren Şerhi*, 47.

⁸²¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 8; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 42; Eren ve Dönmez, *Eren Şerhi*, 47.

Sözleşmenin gereğini kuvvetlendiren şartlar, kanaatimizce edimin ifasına kolaylaştırması yönünden Türk hukukunda sözleşmenin yan yükümlülüklerine benzer. Zira yan yükümlülükler, edimin gereği gibi yerine getirilmesine hizmet eden yükümlülüklerdir⁸²². Nitekim Türk hukukunda da taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin esaslı unsurları dışında başkaca unsurları sözleşmeye dahil edebilir⁸²³.

⁸²² Eren, *Borçlar Genel*, 38.

⁸²³ Kılıçoğlu, *Borçlar*, 43.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR VE SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARININ İHLALİNİN YAPTIRIMI

I. TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

A. Genel Olarak

Hukuk, kişilerin ihtiyacının bir ürünüdür ve kişiler için vardır. Bu sebeple hukuk düzeni, kişilerin özel ve genel menfaatlerini korumak, ilişkilerini düzenlemek, adaleti ve kamu düzenini sağlamak amacıyla çeşitli kurallar öngörür. Aynı zamanda bu amaçların gerçekleşmesi ve sürdürülmesi için bu kurallara aykırılığı yaptırımlara bağlar. Bundan dolayı hukuki işlemlere ve bilhassa sözleşmelere uygulanan yaptırımlar, hukuk düzeninin onaylamadığı hukuki işlemlere bağlanan sonuçtur. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarına aykırılık durumunda da birtakım yaptırımların uygulanması gerekir. Buradan bahisle hukuk düzeninin taraflara sağladığı sözleşme özgürlüğünün mutlak bir özgürlük olmadığını söylemek mümkündür⁸²⁴.

Hukuki yaptırımlar esasen sözleşmelerin⁸²⁵ kurucu, geçerlilik ve tamamlayıcı unsurlarındaki eksikliklerden veya bu unsurlara aykırılıktan kaynaklanır. Sözleşmeye ilişkin unsurların her bir aşamasındaki eksikliğin yaptırımı farklıdır. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığın sonuçlarına geçmeden önce, yaptırımların mantıksal çerçevesini oluşturabilmek amacıyla sözleşmelere uygulanan yaptırımlara değinmek gerekir. Hukuki yaptırımlar her iki hukuk sisteminde de

⁸²⁴ Gural, *Hükümsüzlük*, 1.

⁸²⁵ Hukuki yaptırımlar, tüm hukuki işlemlerdeki aykırılıklar için uygulansa da biz çalışmanın sınırlarına riayet etmek amacıyla sözleşme kavramını kullanmayı tercih ettik.

sözleşmelerin taşınması gereken unsur ve şartlardaki eksikliğin sonuçlarını oluşturduğundan, yaptırımları anlatırken ilgili başlık altında kısaca sözleşmelerin taşınması gereken unsur ve şartlara değinmek uygun olacaktır.

B. Türk Hukukunda

Modern öğretide hukuki yaptırımların sınıflandırılmasında iki farklı görüş öne çıkar. Bu görüş farklılıkları, yokluğun bir hükümsüzlük türü olup olmadığı ile ilgilidir. Bu sebeple hükümsüzlük kavramı öğretideki bazı yazarlar tarafından geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılır⁸²⁶. Buna göre geniş anlamda hükümsüzlük; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük yaptırımlarının hepsini içine alırken dar anlamda hükümsüzlük ise sözleşmenin geçersiz olduğunu ifade etmek için kullanılır⁸²⁷. Dolayısıyla bu görüşe göre yokluk yaptırımı bir hükümsüzlük türüdür.

Modern öğretideki diğer görüşe göre ise, yokluk ve hükümsüzlük farklı kavramlardır⁸²⁸. Yokluk, sözleşmenin kurulma aşaması ile ilgili olup yokluk halinde sözleşme kurulmamıştır. Hükümsüzlük ise esasen kurulmuş olan, fakat geçerlilik şartlarını taşımadığı için hükümlerini doğurmayan sözleşmeler için söz konusu olur. Başka bir deyişle yokluk, sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebebin varlığının değil, sözleşmenin kurulamamış olmasının bir sonucudur⁸²⁹. Dolayısıyla yokluk bir hükümsüzlük türü değildir. Kaldı ki kurulmamış bir sözleşmenin hükümsüzlüğünden söz edilemez⁸³⁰. Kanımızca bu görüş daha isabetlidir. Bu görüşe göre Türk hukukunda sözleşmelere uygulanan yaptırımlar yokluk ve hükümsüzlük olmak üzere iki başlıkta incelenir. Hükümsüzlük türleri, bir diğer deyişle geçersizlik türleri ise kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük olmak üzere üçe ayrılır⁸³¹.

⁸²⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 174.

⁸²⁷ Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 142; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 18; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 174. Hükümsüzlüğün, modern hukuk sistemlerindeki tanımları için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 9 vd.

⁸²⁸ Antalya, *Borçlar*, 94; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 578; Eren, *Borçlar Genel*, 374.

⁸²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 578.

⁸³⁰ Antalya, *Borçlar*, 94; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 578; Eren, *Borçlar Genel*, 374; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 20.

⁸³¹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Eren, *Borçlar Genel*, 374 vd.. Bu tasniften farklı olarak Oğuzman, sözleşmenin hükümsüzlüğünü; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, kısmi hükümsüzlük ve sürekli sözleşmelerde geçersizlik olmak üzere altı alt başlıkta inceler. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 175 vd.. Dural ve Sarı'ya göre de sözleşmenin geçersizliği; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, nispi geçersizlik ve kısmi geçersizlik olarak altıya ayrılır. Bkz. Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 206 vd.. Kırkbeşoğlu ise hükümsüzlüğü, geçersizlik

1. Yokluk

Sözleşmenin kurucu unsurlarının eksikliği halinde yokluk söz konusu olur. Sözleşme, tarafların hukuki bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamaları ile kurulur⁸³². Dolayısıyla sözleşmenin kurucu unsurları hukuki bir sonuca yönelmiş irade açıklamasıdır⁸³³. İrade açıklamalarının hiç olmaması yahut karşılıklı ve birbirlerine uygun olmaması halinde yokluktan söz edilir⁸³⁴. Nitekim irade açıklaması yoksa veya irade açıklamaları birbirlerine uygun ve karşılıklı değilse bir sözleşmenin de olduğu söylenemez. Bir kimseye zorla kalem tutturularak bir sözleşmeyi imzalatması hali yokluk durumuna örnek verilebilir⁸³⁵. Burada bir iradenin varlığından söz etmek mümkün olmadığından ortada bir sözleşme yoktur⁸³⁶.

Kanun koyucu, irade açıklamalarına ayrı bir önem atfederek irade açıklamasının bulunmamasını veya karşılıklı ve birbirine uygun olmamasını en ağır yaptırıma bağlamıştır. Nitekim kişilerin niyetlerinin, irade açıklaması olmadan bilinmesi mümkün değildir. Kişilerin iradelerini dış dünyaya açması sözleşmenin kurulması için gerekli olan en temel unsurdur. Bunun yanı sıra sözleşmenin kurucu unsurları irade açıklamasından ibaret değildir⁸³⁷. Kanunda bir sözleşmeye ilişkin başka kurucu unsurlar da öngörülmüş olabilir⁸³⁸. Örneğin; evlenmenin yetkili memur önünde yapılması, evlenme sözleşmesinin

yaptırımları başlığı altında; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük olmak üzere dörde ayırır. Bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 27 vd.. Bu konuda farklı bir tasnif de Kocayusufoğlu tarafından yapılmıştır. Yazar yaptırımları yokluk ve kesin hükümsüzlük olarak ikiye ayırdıktan sonra, kesin hükümsüzlüğü de klasik ayırım ve diğer hükümsüzlük türleri olmak üzere ikiye ayırır. Klasik ayırımı, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik; diğer hükümsüzlük türlerini de eksik işlemler, sadece belirli kişilere karşı (nispi) hükümsüzlük ve hakimnin takdirine bağlı (takdiri) hükümsüzlük şeklinde tasnif eder. Bkz. Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 578 vd..

⁸³² Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 30; Murat Doğan, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 88; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 49; Eren, *Borçlar Genel*, 125; Antalya, *Borçlar*, 94.

⁸³³ Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 90; Antalya, *Borçlar*, 62; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 175; Eren, *Borçlar Genel*, 124. Atamulu, irade açıklamasını hukuki işlemin çekirdeği olarak ifade eder. Bkz. İsmail Atamulu, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 9.

⁸³⁴ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 71; Ayan, *Borçlar Genel*, 142; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 578; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 175; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 27; Eren, *Borçlar Genel*, 374.

⁸³⁵ Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 129.

⁸³⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 133; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 129.

⁸³⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 125; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 91.

⁸³⁸ Antalya, *Borçlar*, 94.

kurucu unsurlarından biri olup yetkili memur olmaksızın yapılan bir evlenme yok hükmündedir⁸³⁹.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için taşınması gereken şartlar vardır:

Bir sözleşmeden söz edebilmek için öncelikle en az iki tarafın varlığı gerekir. Tarafların sözleşme yapabilmek için fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Taraflar iradelerini bizzat açıklayabileceği gibi bir temsilci vasıtasıyla da açıklayabilirler⁸⁴⁰. Örneğin; bir tarafın birden fazla kişiden oluştuğu sözleşmelerde taraflar, iradelerini açıklaması için ortak bir temsilci tayin edebilirler. Buna örnek olarak, paylı mülkiyette hukuki işlemler için paydaşları temsilen bir vekil atanması gösterilebilir.

Sözleşmenin kurulması için irade açıklamalarının, birbirlerine uygun olması gerekir. Aksi halde sözleşme kurulmaz⁸⁴¹. Uygunluk, açıklanan iradelerin fiilen ya da anlam bakımından birbiriyle uyuşmasıdır. İrade açıklamalarının birbirlerine uygun olup olmadığı tartışmalı ise hakim iradelerin yorumuna başvurur. Uygunluğun tespitinde güven teorisi esas alınır⁸⁴². Hakim, güven teorisine göre irade açıklamalarının uygunluğunu tespit ederken tarafların karşılıklı olarak, dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği veya bilmesi lazım gelen tüm koşulları dikkate aldıklarında anlamaları gereken iradelerini araştırır ve irade açıklamalarının birbirine uygun olup olmadığına karar verir⁸⁴³. Uygunluk, iradelerin sözleşmeye dahil olan tüm objektif ve sübjektif esaslı unsurlarda uygunluğunu içerir⁸⁴⁴.

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bir diğer şart ise irade açıklamalarının karşılıklı olmasıdır⁸⁴⁵. İrade açıklamalarının karşılıklı olması, taraflardan her birinin karşı tarafa iradesini açıklarken aynı zamanda karşı tarafın irade açıklamasının da muhatabı

⁸³⁹ Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 129.

⁸⁴⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 212.

⁸⁴¹ Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 60; Köksal Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 79 (2008): 73; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 32; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 172; Antalya, *Borçlar*, 95; Eren, *Borçlar Genel*, 264.

⁸⁴² Kocaağa, “İrade Beyanları Arasındaki Uygunluk”, 74; Atamulu, *Muvazaa*, 12; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 32; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 69; Eren, *Borçlar Genel*, 261.

⁸⁴³ Kocaağa, “İrade Beyanları Arasındaki Uygunluk”, 74; Antalya, *Borçlar*, 63; Eren, *Borçlar Genel*, 262.

⁸⁴⁴ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 31; Kocaağa, “İrade Beyanları Arasındaki Uygunluk”, 80-85; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 72; Eren, *Borçlar Genel*, 263.

⁸⁴⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 275.

olmasıdır⁸⁴⁶. Bu karşılıklı irade açıklamalarına öneri ve kabul adı verilir. Sözleşme yapma teklifini içeren ve zaman yönünden önce olan irade açıklaması öneri, önerinin kabul edildiği sonraki irade açıklaması ise kabuldür⁸⁴⁷. Kabul, kendisine önerinin yöneltildiği kişi tarafından yapılır⁸⁴⁸.

Yokluk, herkes tarafından ileri sürülebilir. Yokluğun ileri sürülebilmesi için bir dava açılmasına gerek olmamakla birlikte taraflar isterse yokluğun tespiti mahiyetinde bir dava açabilir. Daha önce ileri sürülmemişse bile açılmış bir davada hakim yokluk durumunu re'sen dikkate alır⁸⁴⁹. Yargıtay'a göre yokluğun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık ya da hakkın kötüye kullanılması teşkil etse dahi bu iddialar dinlenmeksizin işlem yok sayılır⁸⁵⁰. Geçersiz bir işlemin tahvil kurumu ile ayakta tutulabilmesi veya askıda hükümsüz bir işlemin onay verilerek geçerli hale gelmesi mümkünken yokluk durumunda tahvil veya onama söz konusu olmaz⁸⁵¹. Zira ortada dönüştürülebilecek yahut onanabilecek bir işlem yoktur. Yokluk, zamanaşımına uğramaksızın her zaman ileri sürülebilir. Hakim de yokluğu re'sen dikkate alır⁸⁵².

2. Hükümsüzlük

Hükümsüzlük⁸⁵³, kurucu şartlarında eksiklik olmamakla birlikte sözleşmenin, kendisiyle amaçlanan hüküm ve sonuçlarını doğurmamasıdır⁸⁵⁴. Bu sebeple hükümsüz

⁸⁴⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 275.

⁸⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 179; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 49; Eren, *Borçlar Genel*, 276.

⁸⁴⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 65.

⁸⁴⁹ Ayan, *Borçlar Genel*, 142; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 580; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 129; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 174; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 28.

⁸⁵⁰ Yargıtay 11. HD, T. 04.12.2018, E. 2017/2090, K. 2018/7616: "...yok hükmündeki bir işleme sonradan icazet verilmesi mümkün olmadığı gibi, yokluğun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği...", <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2017-2090.htm&kw=yokluğun+ileri+sürülmesi+dürüstlük+kuralı&cr=yargıtay#fm> (12.10.2022).

⁸⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 579; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 130; Antalya, *Borçlar*, 95.

⁸⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 79; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 174; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 129; Savaş, "Evlenmenin Hükümsüzlüğü", 158.

⁸⁵³ Öğretide ve kanunda hükümsüzlük kavramıyla aynı anlama gelmek üzere geçersizlik, sakatlık, muteber olmama gibi ifadelere yer verildiği görülür. Benzer ifadeler için bkz. Gural, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 11. Başpınar, hükümsüzlük türlerini geçersizlik başlığı altında incelemiştir. Bu yönde bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21 vd. Ayrıca TMK m. 504/I'de, "Mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersizdir", TBK m. 582/II'de, "...kişi..., sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa..." ve EBK m. 19/II'de, "...muteber olmaz" ifadeleriyle de ilgili hukuki işlemlerin hükümsüz olduğu kastedilmiştir.

⁸⁵⁴ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581; Eren, *Borçlar Genel*, 375; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 20.

sözleşmelerin mevcudiyetinden bahsedilse de bu sözleşmeler hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁵⁵. Hükümsüzlüğün taksiminde, öğretide öne çıkan iki teori vardır. Bunlar; klasik ve modern teoridir.

Klasik teoriye göre hükümsüzlük; butlan ve iptal kabiliyeti olmak üzere iki kategoriye ayrılır⁸⁵⁶. Klasik teoriye göre hükümsüzlük, sözleşmelerin oluşması sırasında meydana gelen sakatlık hali olarak tanımlanır⁸⁵⁷. Bu sebeple butlan; sözleşmenin kurulması ve geçerliliği için kanunun aradığı şartların bulunmaması durumuna verilen addır⁸⁵⁸. Klasik teoriye göre sözleşmenin kurulması için gerekli şartların bulunmaması halinde sözleşme yok hükmünde olup ölü doğmuştur. Fakat geçerlilik şartları bulunmuyorsa veyahut eksikse sözleşme sakat olur⁸⁵⁹. Görüldüğü üzere klasik teoride yokluk hali fiili bir durumdan ibaret olup yaptırımı butlandır. Klasik hükümsüzlük teorisi bu açıdan klasik İslam hukukundaki hükümsüzlük teorisiyle benzerdir⁸⁶⁰.

Modern teoriye göre ise hükümsüzlük; sözleşmelerin sonuçlarına bağlanan bir yaptırımdır⁸⁶¹. Dolayısıyla hükümsüzlük klasik görüşün aksine hukuki işlemin kendisine değil, hükümlerine etki eder⁸⁶². Bu sebeple sözleşmedeki geçerlilik şartlarına aykırılıkların ve ihlal edilen normun amacına göre hükümsüzlüğün derecelendirilmesi gerektiği kabul edilir⁸⁶³. Bu doğrultuda ise hükümsüzlük türleri; kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük gibi çeşitli başlıklara ayrılır⁸⁶⁴. Çalışmada da hükümsüzlük türleri ele alınırken modern teoriye bağlı kalınmıştır.

⁸⁵⁵ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 9.

⁸⁵⁶ Nomer, *Borçlar Genel*, 65; Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 34; Eren, *Borçlar Genel*, 375.

⁸⁵⁷ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 31-32; Eren, *Borçlar Genel*, 375.

⁸⁵⁸ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 32.

⁸⁵⁹ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 32.

⁸⁶⁰ Bkz. nc Bölüm I., C., 2..

⁸⁶¹ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 92; Eren, *Borçlar Genel*, 375.

⁸⁶² Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 92.

⁸⁶³ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 94; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 20; Eren, *Borçlar Genel*, 375.

⁸⁶⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 375; Antalya, *Borçlar*, 93-94. Askıda hükümsüzlük bir diğeriyle eksiklik, tamamlayıcı şartlarındaki eksikliğin sebep olduğu bir hükümsüzlük türüdür. İzin, onama veya koşulun gerçekleşmesi, sözleşmenin tamamlayıcı şartları olmalarının yanı sıra aynı zamanda sözleşmenin geçerlilik şartlarıdır. Nitekim bu şartlar gerçekleştiğinde sözleşme geçerli bir şekilde hüküm doğurur. Fakat şartlar gerçekleşmediğinde bu durum sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar. Dolayısıyla sözleşmenin tamamlayıcı şartlarındaki eksikliğin sonucu hükümsüzlüktür. Ayan'a göre de tamamlayıcı şartları arasında yer alan izin ve onama, geçerlilik şartları arasında da değerlendirilebilir. Nitekim bu şartların eksikliği işlemin geçersizliğine yol açabilir. Bkz. Ayan, *Borçlar Genel*, 141.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için geçerlilik şartlarını taşıması gerekir⁸⁶⁵. Bu sebeple geçerlilik şartlarındaki eksiklik sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar. Tüm sözleşmelerde olması gereken geçerlilik şartları; tarafların hukuki işlem ehliyetinin olması, irade bozukluğu hallerinin olmaması, sözleşmenin muvazaalı olmaması, TBK m. 27’de sayılan sözleşmenin içeriğinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı ve imkansız olmamasıdır⁸⁶⁶. Bunlar sözleşmelerin geçersizliğine yol açan genel sebepler olmakla birlikte özellik arz eden sözleşmelerde geçerlilik şekline uygunluk (TBK m. 12/2), aşırı yararlanma halinin olmaması, tasarruf işlemlerinde tasarruf yetkisi, genel işlem şartlarının içeriğinin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte olmaması gibi hususlar da sözleşmelerin geçerlilik şartları arasındadır⁸⁶⁷.

Sözleşmenin geçerlilik şartlarına aykırılık, derecesine göre kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik yaptırımlarına yol açar.

a. Kesin Hükümsüzlük

Hükümsüzlük türlerinin içerisinde en ağır sonuçlar doğurana kesin hükümsüzlüktür. Kanun koyucu, kamu düzenini ilgilendiren sebeplerin yokluğunu kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır⁸⁶⁸. Bu sebeple TBK 27/1’de sayılan sebeplerin bulunması yahut sözleşmede şekle aykırılık, muvazaa ve ayırt etme gücünün olmaması sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne yol açar⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 91; Antalya, *Borçlar*, 73; Eren, *Borçlar Genel*, 127.

⁸⁶⁶ Nomer, *Borçlar Genel*, 64; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 91-92; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 80 vd.; Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 187; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğü*, 375; Ayan, *Borçlar Genel*, 138-139. TBK m. 27’de düzenlenen geçerlilik şartlarına çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı yer verildiğinden burada adını zikretmekle yetiniyoruz.

⁸⁶⁷ Atasoy, *Kamu Düzenine Aykırılık*, 188; Antalya, *Borçlar*, 74; Eren, *Borçlar Genel*, 127.

⁸⁶⁸ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 103; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Ayan, *Borçlar Genel*, 143.

⁸⁶⁹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 28; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581. Eren’e göre şekle aykırılık halinde kendine özgü hükümsüzlük söz konusudur. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 377. Keller/Schöbi ise şekle aykırılık halinde sözleşmenin kurulmayacağı, bu sebeple yokluğun söz konusu olacağı görüşündedir. Keller /Schöbi, 25 vd. (Eren, *Borçlar Genel*, 377, dnp. 160’tan naklen). Yine öğretilde bazı yazarlar muvazaa halinde kişilerin yapılan işlemin hukuki sonuç doğuracağına yönelik iradelerinin olmadığından bahisle bu işlemlerin kesin hükümsüzlük değil, yokluk yaptırımına uğrayacağı görüşündedirler. Eren de muvazaada görünürdeki işlemin yaptırımının yokluk olduğu görüşündedir. Zira yazara göre, her ne kadar irade ile beyan arasında görünüşte bir uygunluk olsa da işlem iradesi ve beyan iradesi yoktur. Hatta tarafların iradesi muvazaalı işlemin

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler tam ehliyetsiz olup yaptıkları sözleşmeler geçersizdir. Zira hukuki işlem ehliyetine sahip olabilmek için, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış olmak gerekir (TMK m. 10). Bu şartları sağlayan kişiler tam ehliyetlidirler. Bu sebeple kimsenin iznine yahut onayına ihtiyaç duymaksızın yaptıkları sözleşmeler geçerlidir. Kişi ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin değilse veya kısıtlanmışsa sınırlı ehliyetsiz olur ve yaptığı sözleşmenin geçerliliği yasal temsilcisinin izin veya onayına bağlıdır⁸⁷⁰. Şu kadar ki bu kişilerin, lehine yapılan karşılıksız kazandırmaları kabul etmelerinde ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kullanmalarında yasal temsilcinin iznine veya onayına ihtiyaç yoktur (TMK m. 16).

Muvazaa ise, üçüncü kişileri aldatma kastı ile yapılan ve tarafların, gerçek iradelerine uygun olmayan görünürdeki işlem yerine, gizlice yapılan sözleşmenin hüküm doğurması ya da görünürdeki işlemin hiç hüküm doğurmaması konusunda anlaşmalarına denir⁸⁷¹. Muvazaalı işlem kesin hükümsüz olup tarafların gerçek iradeleri esas alınır⁸⁷².

Kesin hükümsüz olan sözleşmeler başlangıçtan itibaren geçersiz olup hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁷³. Sözleşmenin kesin hükümsüz olması, onun kurulmasına bağlı olan rehin ve kefalet gibi hakların da doğmamasına yol açar⁸⁷⁴. Kesin hükümsüz sözleşmelerde hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa kesin hükümsüzlük iddiası dinlenmeyip sözleşme, geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kesin hükümsüz bir işleme sonradan geçerlilik kazandırmak mümkün değildir. Bu durumda işlemin hükümsüzlük sebepleri olmadan tekrar yapılması gerekir. Ne var ki kesin hükümsüz olan sözleşmelerde, sözleşmenin ayakta tutulması amacıyla tahvili de söz konusu olabilir⁸⁷⁵. Zira her ne kadar yapılması amaçlanan sözleşme kesin hükümsüz olsa da mevcut irade beyanları yokmuş gibi

meydana gelmemesi yönündedir. Bu yönde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 400; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581, dnp. 12.

⁸⁷⁰ Nomer, *Borçlar Genel*, 75; Ayan, *Borçlar Genel*, 138; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 91; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 80.

⁸⁷¹ Atamulu, *Muvazaa*, 23; Nomer, *Borçlar Genel*, 105; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 127; Antalya, *Borçlar*, 102.

⁸⁷² Atamulu, *Muvazaa*, 117; Ayan, *Borçlar Genel*, 139; Nomer, *Borçlar Genel*, 105; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 90; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 130; Antalya, *Borçlar*, 102.

⁸⁷³ Nomer, *Borçlar Genel*, 65; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 86; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 30; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 130. Aksi yönde bkz. Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 118.

⁸⁷⁴ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 30.

⁸⁷⁵ Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131.

davranmak taraf iradelerini ortadan kaldırmaz. Tahvil ise bu irade beyanlarını koruma altına alarak, kesin hükümsüz hukuki işlemi tarafların arzuları doğrultusunda benzer amaç güden başka bir hukuki işleme dönüştürme imkanı sunar⁸⁷⁶.

Tahvil, kesin hükümsüz olan bir hukuki işlemin, bu yaptırıma uğramasını önlemek ve sözleşmeyi mümkün olduğunca ayakta tutulmasını sağlamak amacıyla getirilen bir kurumdur⁸⁷⁷. Bu amaca göre geçerlilik şartlarını taşımaması sebebiyle kesin hükümsüz olan bir hukuki işlemin, şartlarını taşıdığı benzer amaç ve sonucu gerçekleştirebilecek başka bir hukuki işleme dönüştürülmesine hukuki işlemin tahvili denir⁸⁷⁸. Hukuki işlemlerin tahvilinde en sık karşılaşılan örnek, noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin kesin hükümsüz olması sebebiyle taşınmaz satış vaadine dönüştürülmesidir⁸⁷⁹. Örnekten de anlaşılabilceği gibi tahvilde, bir kesin hükümsüz olan işlem bir de şartlarını sağladığı için kendisine dönüştürülen işlem söz konusudur⁸⁸⁰.

Tahvil, tarafların bu yöndeki farazi iradesine gerek olmaksızın kendiliğinden uygulanır⁸⁸¹. Başka bir ifadeyle kesin hükümsüz bir sözleşme başka bir sözleşmenin geçerlilik şartını taşıyorsa doğrudan bu sözleşme yapılmış olur. Tarafların sözleşmenin dönüştürülmesini talep etmeleri gerekmez. Hakim de somut olayda tahvilin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen inceleyerek gerçekleştiğini tespit ettiğinde sözleşmenin tahviline karar verebilir⁸⁸².

b. İptal Edilebilirlik

İptal edilebilirlik, diğer bir deyişle iptal kabiliyeti ise sözleşmenin geçerlilik şartlarındaki eksikliğin yol açtığı yaptırımlardan bir diğeridir⁸⁸³. Sözleşmenin geçerlilik

⁸⁷⁶ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 126.

⁸⁷⁷ Ayşe Havutçu, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1984): 651; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 210; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131.

⁸⁷⁸ Havutçu, “Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, 651; von Tuhr, *Borçlar Umumi*, 225; Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 126; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 210; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 609; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131; Antalya, *Borçlar*, 98.

⁸⁷⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 177; Havutçu, “Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, 665; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131; Antalya, *Borçlar*, 98.

⁸⁸⁰ Havutçu, “Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, 652; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 614 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178.

⁸⁸¹ Havutçu, “Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, 667. Aksi yönde bkz. Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131.

⁸⁸² Havutçu, “Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, 668.

⁸⁸³ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 211; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178; Eren, *Borçlar Genel*, 387.

şartları içerisinde kamu düzeninden olmayıp daha ziyade tarafların menfaatini ilgilendiren eksiklikler söz konusuysa sözleşmenin iptal edilebilirliğinden bahsedilir⁸⁸⁴. Kanun koyucu burada sözleşmeyi doğrudan kesin hükümsüzlüğe tabi tutmayarak sözleşmenin akıbetini taraf iradelerine bırakmıştır⁸⁸⁵. İptal hakkı, ihlal edilen hükmün koruduğu kişiler tarafından ileri sürülebilir.⁸⁸⁶ İptal edilebilirlik yaptırımına yol açan sebeplerden bazıları; irade bozukluğu halleri (yanılma, aldatma ve korkutma) ve aşırı yararlanmadır⁸⁸⁷. İrade bozukluğu hallerinden birisi söz konusu olduğunda yanılan, aldatılan veya korkutulan kişi; edimler arası aşırı orantısızlık bulunması sebebiyle, aşırı yararlanma hali söz konusu olduğunda ise zarar gören kişi, kanunda belirlenen hak düşürücü süreler çerçevesinde iptal haklarını kullanarak sözleşmeyi geçersiz kılabilir⁸⁸⁸.

İptal edilebilirliğin hukuki niteliği hakkında öğretide farklı görüşler söz konusudur. İlk görüş iptal edilebilirliği düzelebilir hükümsüzlük olarak nitelendirir⁸⁸⁹. Adından da anlaşılacağı gibi bu hallerde sözleşme geçersiz bir şekilde kurulmuş olup, tarafların iradesiyle geçersizliğin düzeltilmesi mümkündür⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 100; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 211.

⁸⁸⁵ Nomer, *Borçlar Genel*, 72; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22.

⁸⁸⁶ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 107.

⁸⁸⁷ Ayan, *Borçlar Genel*, 139; Nomer, *Borçlar Genel*, 95; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 92; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 91. Klasik İslam hukukunda yanılma, aldatma ve aşırı yararlanma hallerinde yanılanın, aldatılanın aşırı yararlanmaya maruz kalan kişinin fesih hakkı olduğu kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Yunus Apaydın, "Galat", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/galat--fikih> (17.10.2022); Saffet Köse, "Hile", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hile> (17.10.2022); Ali Bardakoğlu, "Gabn", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/gabn> (17.10.2022). Korkutma, klasik İslam hukukunda ikrah kavramına karşılık gelir ve çoğunluğu oluşturan hukukçulara göre fesat sebeplerinden biridir. Bkz. Üçüncü Bölüm, II., B., 3..

⁸⁸⁸ Ayan, *Borçlar Genel*, 139; Nomer, *Borçlar Genel*, 95; Ayan, *Borçlar Genel*, 139; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 117.

⁸⁸⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178; Antalya, *Borçlar*, 108. Antalya ve Oğuzman, iptal edilebilirliğe yol açan irade bozukluğu hallerini düzelebilir hükümsüzlük, aşırı yararlanma halini ise bozulabilir geçerlilik olarak nitelendirir. Bu yönde bkz. Antalya, *Borçlar*, 108 ve 255; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178. Aynı yönde Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 211-212. Kocayusufpaşaoğlu, iptal edilebilirlik kurumunu gerçek anlamda iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik ile gerçek olmayan anlamda iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik olmak üzere ikiye ayırır. Yazara göre irade bozukluğu ile aşırı yararlanma halleri taraflara gerçek olmayan anlamda iptal hakkı verir ve bu iptal hakkının niteliği düzelebilir hükümsüzlüktür. Bunun dışındaki taraflara tanınan iptal hakkı gerçek anlamda olup bu halde bozulabilir geçerlilik söz konusudur. Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 433 ve 586 vd.

⁸⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 587; Antalya, *Borçlar*, 74; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 76.

Öğretideki ikinci görüş iptal edilebilirliğin bozulabilir geçerlilik olduğu yönündedir⁸⁹¹. Buna göre, sözleşme başından itibaren geçerli bir şekilde kurulmuş olup, taraflar iptal haklarını kullanarak sözleşmeyi başından itibaren kesin hükümsüz hale getirebilir⁸⁹². Bizim de katıldığımız bu görüşe göre iptal edilebilir sözleşmeler, kesin hükümsüz sözleşmelerin aksine geçerli bir şekilde kurulmuş olup hüküm ve sonuçlarını doğurur⁸⁹³. Ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin TMK m. 557 ve tanınanın iptaline ilişkin TMK m. 298 hükmü iptal edilebilir hukuki işlemlerin geçerli bir şekilde hüküm doğurduğunu ispat niteliğindedir⁸⁹⁴.

İptal edilebilir sözleşmelerde iptal hakkı sahibi, süresi içerisinde hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıracabileceği gibi bu hakkını kullanmayarak sözleşmenin geçerliliğini koruyabilir⁸⁹⁵. Bu durum öğretide, askıda geçerlilik olarak da ifade edilir⁸⁹⁶. Sözleşmeyi iptal etme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve kullanılması kanunda hak düşürücü süreye bağlanmıştır⁸⁹⁷. İptal hakkının kullanılması doğrudan veya dava yoluyla olabilir⁸⁹⁸. Bu hak kullanılmakla veya Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen sürenin geçmesiyle sona erer. İptal hakkı daha çok tarafların menfaati ile ilgili olduğundan hakim, iptal edilebilirliği re'sen dikkate alamaz⁸⁹⁹. Bu durumu yalnızca iptal hakkına sahip olan taraf ileri sürebilir⁹⁰⁰. Öğretide taraflardan birinin sahip olduğu iptal hakkı, tek taraflı bağlamazlık olarak da

⁸⁹¹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 387.

⁸⁹² Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 387; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131.

⁸⁹³ Eren, *Borçlar Genel*, 387.

⁸⁹⁴ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 237.

⁸⁹⁵ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 101; Nomer, *Borçlar Genel*, 73; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 586; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 481; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 387; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 131.

⁸⁹⁶ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 387; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 132.

⁸⁹⁷ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 211; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 587; Eren, *Borçlar Genel*, 388; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 76; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 132; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 481. İptal hakkının dava yoluyla ileri sürülmesi gerektiği yönünde bkz. Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 99.

⁸⁹⁸ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 212; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 388; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 132.

⁸⁹⁹ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 101.

⁹⁰⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 178; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 212; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 22; Eren, *Borçlar Genel*, 388; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 482.

nitelendirilmektedir⁹⁰¹. Esasen, iptal hakkını geçerlilik ve kesin hükümsüzlük arasında bir derece olarak ifade etmek de mümkündür⁹⁰².

c. Askıda Hükümsüzlük

Kurulmuş bir sözleşmenin hüküm doğurabilmesi, başka bir ifadeyle hukuk dünyasında etkisini gösterebilmesi için bazı tamamlayıcı unsurların varlığına ihtiyacı olabilir⁹⁰³. Sözleşmenin tamamlayıcı unsurlarındaki eksiklik askıda hükümsüzlüğe yol açar. Bu sebeple bu hukuki duruma öğretilde “*noksanlık*” adı da verilir⁹⁰⁴. Sözleşmenin tamamlayıcı unsurlarına öğretilde etkinlik veya yürürlük şartları da denir⁹⁰⁵. Bu şartlar, izin, onama ve geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde bu şartın gerçekleşmesidir⁹⁰⁶. İlgili kişi izin veya onay verdiği takdirde sözleşme geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur⁹⁰⁷.

Kurulmuş bir sözleşmedeki eksiklikler giderilinceye kadar sözleşme askıda olup eksiklik giderilirse başından itibaren geçerli hale gelir⁹⁰⁸. Eksikliklerin giderilmemesi ve giderilmeyeceğinin anlaşılması halinde ise sözleşme başından itibaren kesin hükümsüz olur⁹⁰⁹. Örneğin; ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın yaptığı sözleşmeler böyledir. Yasal temsilci işleme onay verene kadar sözleşme askıda hükümsüzdür. Yasal temsilci onay vererek askıdaki sözleşmeyi başından itibaren geçerli hale getirebileceği gibi işleme onay vermeyerek işlemi başından itibaren kesin hükümsüz kılabilir⁹¹⁰. Geciktirici koşula bağlanmış sözleşmeler de koşul

⁹⁰¹ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 21. Eren, *Borçlar Genel*, 389. İslam hukukunda sözleşmelerin taraflardan yalnızca biri için bağlayıcı olduğu hallerde kendisi için bağlayıcı olmayan tarafın sözleşmeyi fesih hakkı, bu açıdan iptal edilebilirlikle benzetilmektedir.

⁹⁰² Antalya, *Borçlar*, 93; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 482.

⁹⁰³ Ayan, *Borçlar Genel*, 140; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 213; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 94; Nomer, *Borçlar Genel*, 60; Antalya, *Borçlar*, 74.

⁹⁰⁴ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 213; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Ayan, *Borçlar Genel*, 146; Eren, *Borçlar Genel*, 376; Antalya, *Borçlar*, 112; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 482.

⁹⁰⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 127; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 94; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 170.

⁹⁰⁶ Ayan, *Borçlar Genel*, 140; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Genel*, 94; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 170; Eren, *Borçlar Genel*, 128.

⁹⁰⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 128; Ayan, *Borçlar Genel*, 147; Antalya, *Borçlar*, 113.

⁹⁰⁸ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 594; Nomer, *Borçlar Genel*, 60; Ayan, *Borçlar Genel*, 146; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 213, Antalya, *Borçlar*, 113; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21.

⁹⁰⁹ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 213; Ayan, *Borçlar Genel*, 146; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 76; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 483; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 179.

⁹¹⁰ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 213; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 594; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 77; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 179.

gerçekleşene kadar askıdadır. Koşulun gerçekleşmesiyle yürürlük kazanarak hükümlerini doğurur⁹¹¹. Ancak koşulun gerçekleşmesi imkansızlaşırsa sözleşme kesin hükümsüz olur⁹¹². Askıda hükümsüzlüğe bir başka örnek ise yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerdir⁹¹³. Bu işlemler de temsil olunan işlemi onamasıyla geçerlilik kazanır. Aksi halde kesin hükümsüzdür. Hakim sözleşmedeki eksikliği re'sen dikkate alır⁹¹⁴.

C. İslam Hukukunda

1. Genel Olarak

Klasik İslam hukuku öğretisinde sözleşmelerin, hukukun emredici kurallarına aykırılık taşımasının yaptırımı hükümsüzlüktür. Klasik dönemde çoğunluğu oluşturan hukukçular, hükümsüzlük halini tek bir derecede incelemişler ve bunu da aynı anlama gelmek üzere kimi zaman butlan kimi zamansa fesat diye adlandırmışlardır⁹¹⁵. Hanefî hukukçular ise hükümsüzlüğü, sözleşmenin şartlarındaki aykırılığın sözleşmedeki derecesini göz önüne alarak iki farklı derecede değerlendirmişler, birini butlan, diğerini fesat olarak isimlendirmişlerdir⁹¹⁶. Hanefî hukukçuların hükümsüzlük sistemini derecelendirmelerinin altında, tüm hukuka aykırılık hallerinin hukuki işlemde aynı etkiyi doğurmasının uygun olmayacağı düşüncesi yatar⁹¹⁷. Nitekim her aykırılığın sözleşmenin butlanına yol açmasının, sözleşmelerin ayakta tutulabilmesini, dolayısıyla sosyal ve ekonomik hayatın akışını önemli ölçüde güçleştireceği açıktır. Bu sebeple sözleşmenin aslına ilişkin olan hukuka aykırılık butlana, aslına ilişkin olmayıp fer'i nitelikte bir unsuruna ilişkin olan eksiklikler ise fesada yol açar⁹¹⁸.

Sözleşmenin şartları Hanefî hukukçularca inikat, sıhhat, nefaz ve lüzum olmak üzere dörde ayrılır⁹¹⁹. Hanefî hukukçular tarafından sözleşmenin kurucu (*inikat*) şartlarındaki eksikliğin yaptırımı butlan, bu derecede olmayan geçerlilik (*sıhhat*)

⁹¹¹ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 594; Eren, *Borçlar Genel*, 376; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 214; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 180; Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 482.

⁹¹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 180.

⁹¹³ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Antalya, *Borçlar*, 113; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 180.

⁹¹⁴ Kaşak, *Emredici Hükümlere Aykırılık*, 483; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 21; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 77.

⁹¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 176.

⁹¹⁶ Bardakoğlu, "Butlan", (21.06.2022); Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 176.

⁹¹⁷ Apaydın, "Hükümsüzlük", 99.

⁹¹⁸ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 177.

⁹¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 539.

şartlarındaki eksikliğin yaptırımını fesat, yürürlük şartlarını taşımayan sözleşmelerin yaptırımını ise askıda hükümsüzlük (*tevakkuf*) olarak ifade edilir⁹²⁰. Sözleşmenin lüzum (*bağlayıcılık*) şartlarını taşıması ise o sözleşmenin bağlayıcı olmamasına (*gayri lazım olmasına*) yol açar⁹²¹. Sözleşmenin bağlayıcı olmaması, geçerli bir şekilde kurulan sözleşmenin taraflara tanınan fesih hakkı ile ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan esasen hükümsüzlük türleri arasında yer almaz⁹²².

2. Hükümsüzlük

Klasik İslam hukukunda sözleşmenin kurulması için gerekli olan temel unsurlar ve bu temel unsurların taşınması gereken şartlar vardır. Klasik İslam hukukunda çoğunluğa göre sözleşmeyi oluşturan temel unsurlar; taraflar, irade açıklaması ve konudan oluşur⁹²³. Hanefî öğretisinde, sözleşmenin temel unsurlarına ilişkin her şartın, önem derecesine göre bir ayrıma tabi tutulmalarının sonucunda sözleşmeye ilişkin şartlar; kurucu, geçerlilik ve yürürlük şartları olmak üzere üç aşamada incelenir⁹²⁴. Bu şartlardan birinin sözleşmedeki eksikliği ise sırasıyla sözleşmenin batıl, fasit ve mevkuf (*askıda hükümsüz*) olması sonucunu doğurur⁹²⁵.

⁹²⁰ Zeydan, *İslam Hukuku*, 537; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Ayengin, "Rükün", (14.07.2022); Zerka, *İslam Hukuku*, 523; Apaydın, "Hükümsüzlük", 90. Askıda hükümsüzlük, orijinal kullanımı ile tevakkuf haline, Klasik İslam hukukunda hükümsüzlük türleri altında yer verilmez. Buna karşın, Apaydın tekavvuf halini bir hükümsüzlük türü olarak incelemektedir. Kanımızca da tevakkuf, hükümsüzlük başlığı altında incelenmelidir. Nitekim askıdaki işleme yürürlük kazandırılmamasının sonucunun hükümsüzlük olması da bunun bir tür hükümsüzlük olduğunu gösterir. Bu sebeple çalışmada İslam hukukundaki hükümsüzlük halleri, Hanefî ekolünün görüşü esas alınarak butlan, fesad ve tekavvuf olmak üzere üçe ayrılmıştır.

⁹²¹ Sözleşmeye ilişkin olarak; inikat şartının kuruluş şartı, sıhhat şartının geçerlilik şartı, nefaz şartının işlerlik şartı ve lüzum şartının bağlayıcılık şartı olarak Türkçeleştirilebileceğine dair bkz. Apaydın, "Mevkuf", (25.06.2022). Çalışmanın devamında inikat, sıhhat, nefaz, lüzum ve tevakkuf kavramlarının yerine sırasıyla kurucu, geçerlilik, yürürlük, bağlayıcılık ve askıda hükümsüzlük kavramları tercih edilmiştir.

⁹²² Apaydın, "Hükümsüzlük", 5.

⁹²³ Bu temel unsurlar Klasik İslam hukukunda "*akdin rükünleri*" olarak da ifade edilir. Rükün kelimesinin sözlük anlamı "*köşe, ana sütun, bir bütünün ayrılmaz parçası*"dır. İslam hukuk usulünde "*bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur*" anlamında kullanılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayengin, "Rükün", TDV İslâm Ansiklopedisi, (25.06.2022). Hanefî hukukçulara göre öneri ve kabul sözleşmenin rüknüdür. Bunlar olmaksızın bir sözleşmeden söz edilemez. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022).

⁹²⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 228; H. Yunus Apaydın, "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)", Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 7 (1989): 177-178; Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022); Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Tevhit Ayengin, "Rükün", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/rukun> (25.06.2022).

⁹²⁵ Apaydın, "Fesad", (25.06.2022).

İslam hukukunda sözleşmeler aynı zamanda sahih ve gayri sahih olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan kurucu ve geçerlilik şartlarını taşıyan sözleşmelere sahih, bu şartları taşımayan sözleşmelere ise gayri sahih denir⁹²⁶. Bu sebeple batıl ve fasit sözleşmeler gayri sahih sözleşmeler olarak ifade edilir⁹²⁷. Başka bir deyişle sözleşmenin aslî ve fer'î⁹²⁸ unsurlarında eksiklik olmayan sözleşmeler sahih olup, gayri sahihlik butlan ve fesat olmak üzere iki halde söz konusu olur. Buna göre sözleşmenin aslî unsurları eksikse butlan, fer'î unsurları eksikse fesat gündeme gelir.

Bir de aslî ve fer'î unsurları itibarıyla hukuka uygun olup harici bir sebepten yasaklanan sözleşmeler vardır. Buradaki yasaklama, sözleşmenin aslındaki veya vasfındaki bir hukuka aykırılıktan değil, kendisiyle doğrudan bağlantısı olmayan harici bir sebepten kaynaklanır⁹²⁹. Buna mücavir sebebiyle yasaklanan sözleşmeler denir. Bu tür sözleşmeler mekruh olur⁹³⁰. Bir hukuki işlemin mekruh olması; o işlemin yapılmasının asıl ve vasıf yönünden hukuka uygun olmasına rağmen meşru olmayan bir şeye yaklaştığı için yasaklanması anlamına gelir⁹³¹. Örneğin cuma ezanı vakti alışveriş yapmak, namazın kaçırılması riskine yol açtığı gerekçesiyle yasaklanmıştır. Aradaki ilişki asıl ve vasıf ayrımındaki gibi doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi değildir⁹³². Nitekim kişinin cuma ezanı vakti alışveriş yapması, kesin bir şekilde cuma namazını kaçıracağı anlamına gelmez, fakat namazı kaçırmaya sebep olabilir. Çoğunluğa göre bu tür hukuki işlemler esasen sahih, yani geçerlidir⁹³³. Bu sebeple hükümsüzlük türleri arasında yer almaz.

Hanefî ekolü dışındaki hukukçular, genel olarak hükümsüzlük türlerine ilişkin bir derecelendirme yapmayıp sözleşmenin kuruluşuna ilişkin tüm unsur ve şartları bir bütün olarak ele alırlar⁹³⁴. Bu sebeple çoğunluğa göre sözleşmeye ilişkin şartlardaki eksikliğin tek yaptırımını butlandı. Bu bölümde, Hanefî ekolünün yapmış olduğu hükümsüzlük taksimi esas alınmıştır.

⁹²⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, 202; Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 131.

⁹²⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, 117.

⁹²⁸ Klasik İslam hukukunda fer'î unsurlar çoğunlukla sözleşmenin vasfına ilişkin unsurlar olarak ifade edilir. Mecelle m. 109: “*Bey'-i fâsîd aslen sahih olup, vasfen sahih olmayan... bey'dir*”.

⁹²⁹ Serahsî, *Mebûsât*, 13/32; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 55.

⁹³⁰ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 371.

⁹³¹ Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/132; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 374.

⁹³² Apaydın, “Hükümsüzlük”, 56.

⁹³³ Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 132; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 58.

⁹³⁴ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 18.

a. Butlan

Klasik İslam hukukunda sözleşmenin kurucu şartlarının eksikliğinin yaptırımı butlandır. Bu hususta tüm ekoller aynı görüştedir⁹³⁵. Butlan halinde sözleşmeler hüküm doğurmaz⁹³⁶. Batıl olan sözleşmeler başlangıçtan itibaren geçersizdir. Başka bir deyişle butlan halinde sözleşmenin maddi bir varlığından söz edilse de hukuki bir varlığı yoktur⁹³⁷. Hukuken var olmayan bir şey ise icazet verilerek geçerli hale getirilemez⁹³⁸. Sözleşme ölü doğmuştur ve canlandırılmaz.

Klasik İslam hukukunda sözleşmeyi oluşturan temel unsurların olmadığı bir durumda bir sözleşmeden söz etmek mümkün olmaz⁹³⁹. Taraflar, irade açıklaması ve konu sözleşmenin temel unsurlarıdır. Bununla beraber Hanefî ekolüne göre sözleşmenin en temel unsurları öneri⁹⁴⁰ ve kabulden oluşan irade açıklamalarıdır⁹⁴¹. Sözleşmenin kurulmasını, sözleşme yapma ehliyetine sahip olan taraflardan çıkan öneri ve kabullerin, hukuka uygun bir konu üzerinde buluşması şeklinde tarif eden Hanefî hukukçular öneri ve kabulü sözleşmenin rüknü, bir başka ifadeyle en temel unsur olarak nitelendirirler⁹⁴². Tanımdan da anlaşıldığı gibi Hanefî hukukçular öneri ve kabulü; tarafları, irade açıklamasını ve konuyu da içine alacak şekilde tanımlarlar. Bu sebeple esasen diğer ekollerle Hanefî ekolü arasındaki bu ayrım, şekli bir ayrımdan ibarettir. Çünkü öneri ve

⁹³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 202; Apaydın, "Hükümsüzlük", 19.

⁹³⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 178.

⁹³⁷ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 367; Zeydan, *İslam Hukuku*, 537; Zerka, *İslam Hukuku*, 526. Zerka'ya göre bir şeyin hukuki varlığının olmaması onun yokluğu gibidir. Batıl bir işlem, hukuki sonuç doğurmayan ruhsuz bir işlemdir. Hukuka uygun olması ise ona hukukun ruh üflemesi gibidir.

⁹³⁸ Zerka, *İslam Hukuku*, 541; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Apaydın, "Hükümsüzlük", 108.

⁹³⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 128; Apaydın, "Hükümsüzlük", 8-9. Buradaki yokluk modern hukukta yer alan yokluk yaptırımı değil, fiili yokluktur. Nitekim Klasik İslam hukukunda yokluk adında bir yaptırım yer almamaktadır.

⁹⁴⁰ Klasik İslam hukuku ve Mecelle'deki icap kavramı, Türk Borçlar Kanunu'ndaki öneri kavramıyla eş anlamlı olup çalışmada öneri kavramı tercih edilmiştir. Mecelle m. 101: "*İcâb inşâ-yı tasarruf için ibtidâ' söylenilen sözdür ki, tasarruf onunla isbât olunur*". Bu tanıma göre de icap, sözleşmenin kurulması için başta söylenen sözdür ve öneri kavramına karşılık gelir. Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/8.

⁹⁴¹ Ahmet Güneş, "İslam Akit Sistematiği: Kâsâni Örneği", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 27 (2016): 527; Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/8.

⁹⁴² Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/9; Apaydın, "Fesad", (25.06.2022); Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 540; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 534; İrem Karakoç, "İzmir 29-30 No'lu Şer'iyeye Sicillerinde Yer Alan Kayıtlarda Kesin Satış (Bey'-i Bât) Akdi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21 (2016): 220; Mecelle m. 361: "*Bey'in in'ikadında rüknü, ehlinden yani âkil ve mümeyyizden sudûr etmek ve hükmü kaabil olan mahalle muzaaf olmak şarttır*".

kabul, sözleşmenin temel unsurları olan taraflar, irade açıklaması ve konuyu zorunlu olarak içerir.

Sözleşmenin hukuken kurulmuş olarak kabul edilmesi için temel unsurların taşınması gereken şartlar vardır⁹⁴³.

Hukuk düzeninin bir ilişkiye hüküm ve sonuç yüklemesi için asgari iki tarafın varlığı aranır. Tarafların sözleşme yapabilmesi için hukuki işlem ehliyetlerinin olması gerekir. Borçlar hukukunda ayırt etme gücüne sahip, buluğa ermiş ve ergin olmuş kişilerin hukuki işlem ehliyetinin tam olduğu kabul edilir⁹⁴⁴. Ehliyetsiz kişilerin yaptığı hukuki işlemler ise kurulmuş olmaz⁹⁴⁵. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler ve akıl hastalarının yaptığı hukuki işlemler batıldır. Hanefî ekolüne göre, buluğ şartını sağlamayan çocuğun yaptığı hukuki işlemler kurulmuş olup askıdadır. Bu işlemler veli veya vasinin icazeti ile yürürlük kazanabilir. Ancak Şâfiî ekolüne göre buluğ kurucu şartlardan olup eksikliği halinde sözleşme batıldır⁹⁴⁶.

Sözleşmenin taraflara ilişkin olan kurucu şartlarından bir diğeri ise tarafların sayısidir. Evlenme akdi dışındaki hukuki işlemlerde bir kişi hem alacaklı tarafı hem de borçlu tarafı temsil edemez⁹⁴⁷. Çünkü iki taraflı hukuki işlemlerde tarafları tek bir kişinin temsil etmesi menfaat çatışmasına sebep olabilir. Ancak babanın hem kendi adına hem de çocuğunu temsil ederek aynı sözleşmede hem alacaklı hem de borçlu olması bu kuralın istisnasını oluşturur⁹⁴⁸. Örneğin; baba, çocuğun malını kendisine satması veya kendi malını çocuğuna satması şeklinde yapacağı sözleşmelerde hem öneri hem de kabul

⁹⁴³ Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 228. Kurulmanın karşılığı olan inikat kelimesi, akit kelimesinden türemiş olup inikat şartları tam olan sözleşmeye münakit denir. Sözleşmenin münakit olması ise hukuki varlık kazanmasını ifade eder. Hanefî hukukçulara göre inikat; bir tarafın irade açıklamasının, hukuki sonuç doğuracak şekilde karşı tarafın irade açıklamasıyla buluşmasıdır. Zerka, *İslam Hukuku*, 527; Apaydın, "Fesad", (25.06.2022); Ayhan Hıra, "Hanefîlerin Fasit Akit Anlayışı ve Fasit Satım Akdinin Feshedilmesine Engel Olan Durumlar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 29 (2017): 120; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 531 vd..

⁹⁴⁴ Apaydın, "Hükümsüzlük", 23; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ehliyet> (28.08.2022).

⁹⁴⁵ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 531.

⁹⁴⁶ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 531.

⁹⁴⁷ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/9; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 540; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 532; Zuhayli, *İslam Fıkhi*, 229.

⁹⁴⁸ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/8; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 532.

beyanında bulunabilir. Bu istisna ise babanın çocuğuna olan şefkatinin menfaat çatışmasının önüne geçeceği ile gerekçelendirilir⁹⁴⁹.

İrade açıklaması ise tarafların sözleşme yapma iradelerini net bir şekilde açığa vuran öneri ve kabulden ibarettir⁹⁵⁰. İrade açıklamasında karşılıklı rıza esastır⁹⁵¹. Öneri ve kabulün, karşılıklı rızayı içeren iradenin dışı vurumu olması sebebiyle Hanefî ekolünde öneri ve kabule ayrı bir önem atfedilmiş ve zaman zaman sözleşmenin rüknü olarak nitelendirilmiştir⁹⁵². Türk hukukunda da benzer şekilde öneri ve kabul sözleşmenin en temel kurucu unsurlarını oluşturur.

Öneri, kabulden önceki beyan olup sözleşmenin kurulabilmesi için kabul beyanının öneriye uygun olması ve aynı mecliste yapılması gerekir⁹⁵³. Akit meclisi iradelerin açıklandığı hukuki ortama denir ve sözleşme sürecini ifade eder. Modern hukukta önerinin ve kabulün varması için geçerli süreye ilişkin konular, İslam hukukunda akit meclisi kavramı ile ifade edilir⁹⁵⁴. Hanefî ve Malikî ekollerine göre akit meclisi hazırlar arasında öneri ile başlar ve karşı tarafın derhal kabul etmesi ile sona erer⁹⁵⁵. Mesafeli satışlarda ise sözleşmenin, kabul beyanının ulaştığı yerde kurulacağı kabul edilir⁹⁵⁶.

Sözleşmenin kurulmasında önemli olan bir diğer husus irade açıklamalarının açıklandığı haber kipidir. Arapçada sîga olarak ifade edilir. Klasik İslam hukukunda kesinlik, bir başka deyişle olmuş bitmişlik bildirmesi sebebiyle sözleşmelerin geçmiş

⁹⁴⁹ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 532.

⁹⁵⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 221.

⁹⁵¹ Haçkalı, "Akit Serbestisi", 123; Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 147.

⁹⁵² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 197; Apaydın, "Hükümsüzlük", 12.

⁹⁵³ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 532; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 198; Zuhayli, *İslam Fıkhu*, 235.

⁹⁵⁴ Türk borçlar hukukunda sözleşmenin kurulmuş kabul edildiği an hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler bakımından farklılık arz eder. Hazırlar arasında yapılan sözleşmeler kabul beyanının açıklandığı anda kurulur. Hazır olmayanlar arasında ise sözleşmenin, kabul beyanının önerenin egemenlik alanına vardığı an kurulduğu kabul edilir. Bunun yanı sıra karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmadığı durumlarda önerinin karşı tarafın egemenlik alanına ulaştığı an sözleşmenin kurulma anı kabul edilir. Bu unsur ve şartların eksikliği halinde ortada kurulmuş bir sözleşme yoktur. Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 36; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 74; Eren, *Borçlar Genel*, 296.

⁹⁵⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 382; Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.08.2022); Bardakoğlu, "Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022).

⁹⁵⁶ Aybakan, "Meclis", TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022).

zaman (mazi) kipiyle açıklanan iradeleriyle kurulacağı kabul edilir⁹⁵⁷. Şimdiki zamanı ve gelecek zamanı içine alan muzarî kipiyle açıklanan iradelerin ise yorumuna başvurulur. İrade açıklamasında bulunan kişi muzarî kipiyle şimdiki zamanı kastediyorsa sözleşme kurulur. Fakat irade açıklaması gelecek zaman ifade ediyorsa sözleşme kurulmaz⁹⁵⁸. Bu husus esasen örfî olup Arapça dilinin yapısı ile alakalıdır. Amaç ise irade açıklamalarının açıklık ve kesinliğini sağlamaktır⁹⁵⁹.

Hanefî ekolüne göre sözlü bir öneri ve kabul olmaksızın, tarafların karşılıklı rızalarını gösterir nitelikte teâti yapmaları halinde de sözleşmeler kurulmuş kabul edilir⁹⁶⁰. Teâti, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin ve bedelin karşılıklı rıza ile değiş tokuş edilmesidir⁹⁶¹.

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bir diğer unsur ise konudur. Konu, sözleşmenin sonuçlarının kendisinde gerçekleştiği şeydir. İslam hukukunda buna “*makudun aleyh*”, başka bir ifadeyle üzerinde sözleşme yapılan şey denir. Sözleşmenin konusunun mevcut olması, imkansız olmaması ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir⁹⁶².

Anılan unsur ve şartların eksikliği klasik İslam hukukunda sözleşmelerin butlanına yol açar. Bu halde sözleşme geçersiz olup hiçbir hüküm doğurmaz. Batıl sözleşmelere sonradan geçerlilik kazandırmak mümkün olmadığından sözleşmenin baştan kurulması gerekir. Bununla beraber klasik İslam hukukunda, modern hukuktaki anlamıyla bir tahvil kurumundan söz etmek mümkün olmasa da sözleşmelerin

⁹⁵⁷ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/10; Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 222; Mecelle m. 169: “*İcab ve kabul için ekseriye mazi sığası istimal olunur*”.

⁹⁵⁸ Güneş, “İslam Akit Sistematiği”, 528; Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/10; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022). Mecelle m. 170: “*Alırım ve satarım gibi muzari sığasıyla hâl murad olunursa bey`mün`akid olur ve eğer istikbal murad olunursa mün`akid olmaz*” ve Mecelle m. 171: “*Alacağım satacağım gibi va`d-, mücerred manasına olan müstakbel sığasıyla bey`mün`akid olmaz*”.

⁹⁵⁹ Güneş, “İslam Akit Sistematiği”, 528; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022); Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 222.

⁹⁶⁰ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/12. Malikî ve tercih edilen görüşlerine göre Hanbelî ekollerinin içtihatları da bu yöndedir. Şafîî ekolü ise sözleşmenin kurulması için öneri ve kabulün sözlü olmasını şart koşarlar. Bu nedenle kural olarak teâti yoluyla yapılan sözleşmeler Şafîî ekolüne göre geçersizdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi Döndüren, “Muâtât”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muatat> (07.12.2022); Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022).

⁹⁶¹ Döndüren, “Muâtât”, TDV İslâm Ansiklopedisi. (07.12.2022); Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/12.

⁹⁶² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 540; Bardakoğlu, “Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (29.08.2022); Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 382; Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 223.

dönüştürüldüğü durumlara rastlamak mümkündür⁹⁶³. Bu yönde, açıkça bedel talep edilmeksizin yapılan bir satış sözleşmesinin bağışlamaya; ücretsiz bir kiralama sözleşmesinin ise ariyete dönüşüp dönüşmeyeceği hususu hukukçular arasında tartışmaya konu olmuştur⁹⁶⁴. Lafza değil, anlama ve amaca öncelik veren hukukçular, hukuki işlemlerin tahvilini mümkün görmüşlerdir⁹⁶⁵. Bu görüşlerini ise “*Akitlerde itibar elfaz ve mebaniye değil, maksat ve maaniyedir*”⁹⁶⁶ ve “*Sözün imali ihmalden evladır*”⁹⁶⁷ ilkeleri ile desteklemişlerdir.

Hanefî ekolünün de içinde bulunduğu bazı hukukçular ise batıl olan hukuku işlemlerin hukuken yok gibi olduğunu ve bu sebeple dönüştürülemeyeceğini ileri sürmüşlerdir⁹⁶⁸. Apaydın’a göre de bu konuda genel kuralları batıl hukuki işlemlerin tahvil edilebilmesine gerekçe göstermek pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim bu genel kurallar daha çok halihazırda hukuki varlığı bulunan işlemlerin ayakta tutulmasına ilişkindir. Batıl akitler ise ölü doğmuştur.

Buna mukabil, özellikle Hanefî ekolünde, batıl hukuki işlemlerin tahviline ilişkin bir örnek olmasa da hukukçuların geçerlilik veya yürürlük şartları olmadan kurulmuş bir sözleşmenin ayakta tutulmasına (*tashih*) yönelik bir tutum içerisinde olduklarını söylemek mümkündür⁹⁶⁹. Örneğin; ayırt etme gücüne sahip bir küçük velisinin izni olmaksızın bir hizmet sözleşmesi yapmış ve işi tamamlamışsa, normalde velisinin onayı ile geçerlilik kazanacak olan bu sözleşme onay verilmese de geçerli sayılır ve küçük, ücrete hak kazanır⁹⁷⁰. Örnekte, veli onay vermediğinde geçersiz olması gereken askıda hükümsüz bir sözleşme vardır. Fakat iş bitmiş olduğundan artık velinin onay vermemesi halinde küçüğün zarara uğraması söz konusu olur. Bu sebeple küçüğün yararı gözetilir ve işlem geçerli kabul edilir.

⁹⁶³ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 116. Aynı şekilde klasik Roma hukukunda da doğrudan bir tahvil kurumunun varlığından söz etmek güçtür. Fakat gerçek olmayan bir bedel gösterilmesi halinde bedelin yokluğu sebebiyle, bir satış sözleşmesinin bağışlama sözleşmesi olarak kabul edildiği bilinmektedir. Bkz. Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 30.

⁹⁶⁴ Zerka, *İslam Hukuku*, 537; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 116; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022). Ücretsiz kiralama sözleşmesinin fasit olacağı yönünde bkz. Ali Haydar Efendi, *Düreri'l Hükkam*, I/676.

⁹⁶⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 537-538.

⁹⁶⁶ Mecelle m. 3.

⁹⁶⁷ Mecelle m. 60.

⁹⁶⁸ Zerka, *İslam Hukuku*, 537; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

⁹⁶⁹ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 117-118.

⁹⁷⁰ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 117.

Bu mantıktan hareketle batıl olan sözleşmelerde de hukukun küçüklük, iyiniyet gibi sebeplerle koruduğu kişilerin zarara uğrama olasılıkları söz konusu olduğunda tahvilden söz etmek mümkün olabilir. Ancak bunun için her şeyden önce batıl olan sözleşmenin dönüştürüleceği sözleşmenin şartlarını taşıyor olması ve tarafların da farazi iradelerinin bu yönde olması gerekir⁹⁷¹. Örneğin; geciktirici şarta bağlı bir ibra sözleşmesi batıldır. Fakat böyle bir sözleşme bağışlayanın ölümünden sonra geçerli olmak kaydıyla akdedilmişse bunun bir vasiyet olduğu yönünde yorum yapılır⁹⁷².

b. Fesat

Temel unsurlarını ve kurucu şartlarını taşıyan sözleşmeler hukuken kurulmuş kabul edilmekle birlikte hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için geçerlilik şartlarına aykırılık olmaması gerekir⁹⁷³. Nitekim sözleşmelerin kendisinden beklenen sonucu doğurması halinde sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğundan bahsedilir⁹⁷⁴. Bu sebeple Hanefî ekolüne göre geçerlilik şartlarını taşımayan sözleşmelerin yaptırımını fesattır⁹⁷⁵.

Geçerlilik şartları, sözleşmenin konusunun esasına ilişkin değil, vasfına ilişkin taşıması gereken, başka bir ifadeyle fer'i nitelikteki şartlardır⁹⁷⁶. Geçerlilik şartları sözleşmeden sözleşmeye farklılık gösterse de genel olarak; sözleşmenin konusunun belirli ve bilinebilir olması (*garar ve cehaletin olmaması*), ikrah ve müfsit şartın bulunmaması olarak özetlenebilir⁹⁷⁷. Bu sebeplerden birinin olması sözleşmenin fesadına yol açar. Fasit sözleşmeler ise kural olarak hüküm doğurmazlar⁹⁷⁸. Geçerlilik şartları, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığın sonuçları başlığında fesat sebepleri içerisinde anlatıldığı için burada isimlerini zikretmekle yetiniyoruz.

⁹⁷¹ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 118.

⁹⁷² Apaydın, “Hükümsüzlük”, 118.

⁹⁷³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 541; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 170; Apaydın, “Fesad”, (25.06.2022); Savaş, “Evlenmenin Hükümsüzlüğü”, 13.

⁹⁷⁴ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 53. Sıhhat; Hanefî ekolünde kimi zaman butlanın kimi zamansa fesat kavramının zıttını ifade eder.

⁹⁷⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 170.

⁹⁷⁶ Güneş, “İslam Akit Sistematiği”, 540.

⁹⁷⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 249.

⁹⁷⁸ Bilmen, *Kâmus*, 1/170; Karaman, *Mukayeseli*, 255; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 385; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 138; Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 228.

c. Askıda Hükümsüzlük

Hanefî ve Mâlikî ekollerinde, geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin yürürlük şartlarını taşınamaması halinde askıda hükümsüzlükten söz edilir⁹⁷⁹. Şâfiî ve Hanbelî ekolleri hükümsüzlüğün derecelendirilmesine ilişkin bir tasnif yapmadıklarından onlara göre sözleşmelerin yürürlük şartlarını taşınamamasının yaptırımını da butlandır⁹⁸⁰. Yürürlük şartları, geçerli bir şekilde kurulmuş sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını derhal doğurması için gerekli olan şartlardır⁹⁸¹. Bir başka ifadeyle yürürlük şartları eksiksiz olan bir sözleşme; hukuken etkisini göstermiş, işlerlik kazanmış bir sözleşmedir. Bu sebeple yürürlük şartlarını, işlerlik şartları veya etkinlik şartları olarak adlandırmak da mümkündür.

Sözleşmenin askıda hükümsüzlüğüne yol açan sebepler temel olarak iki tanedir. Bunlar; yetki eksikliği ve üçüncü kişinin hakkının olmasıdır⁹⁸². Bu durumda askıdaki sözleşmenin yürürlük kazanması, yetki vermeksizin adına işlem yapılanın ve hakkı bulunan üçüncü kişinin onayına bağlıdır⁹⁸³. Bu sebeple İslam hukukunda askıdaki sözleşmelere “*bağlı akit*” de denilir⁹⁸⁴.

Yetki eksikliği; kişinin tasarruf ettiği şey üzerinde mülkiyet ya da velayetinin bulunmaması şeklinde kendini gösterir⁹⁸⁵. Kişinin tasarrufta bulunduğu şey üzerinde mülkiyeti veya velayetinin bulunmaması, o şey üzerinde hukuki işlem yapma yetkisinin bulunup bulunmaması ile ilgilidir⁹⁸⁶. Örneğin; fuzulinin yaptığı sözleşme, yetki eksikliği sebebiyle askıdadır. Fuzuli; yetkisi olmaksızın bir başkası adına hukuki işlem yapan

⁹⁷⁹ Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 186; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 174.

⁹⁸⁰ Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 179.

⁹⁸¹ Ansay, *İslam Hukuku*, 66; Zerka, *İslam Hukuku*, 356; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 243, dpn. 2; Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 178; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 375; Abdurrahman Savaş, “İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Marmara Üniversitesi SBE*, 2006): 17. Nefaz kelimesi Arapçada, yürürlük, uygulama gibi anlamlara gelir, <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/نفذ/?c=Tüm> (29.08.2022). Nefaz şartlarını taşıyan sözleşmelere nafiz sözleşme denir. Zerka, *İslam Hukuku*, 356.

⁹⁸² Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 255-256; Savaş, “Evlenmenin Hükümsüzlüğü”, 17.

⁹⁸³ Zeydan, *İslam Hukuku*, 539; Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 178; Karaman, *Mukayeseli*, 263; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 375; Savaş, “Evlenmenin Hükümsüzlüğü”, 17.

⁹⁸⁴ Mecelle m. 111: “*Bey`-i mevkuf, gayrin hakkı taallük eden bey`dir; bey`-i fuzûlî gibi*” ve Mecelle m. 113: “*Bey`-i nâfiz, gayrin hakkı taallük etmeyen bey`dir ki lâzım ve gayr-ı lâzım kısımlarına münkasim olur*”. Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 178.

⁹⁸⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü`l Hükkam*, 541; Merginani, *El-Hidâye*, 3/114; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 243.

⁹⁸⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 171; Zeydan, *İslam Hukuku*, 539; Apaydın, “Mevkuf Akitler”, 180; Savaş, “Evlenmenin Hükümsüzlüğü”, 27.

kişiye denir⁹⁸⁷. Yine, ortaklardan birinin, diğer ortağın verdiği bir yetki olmaksızın ortak mülkiyete konu olan bir malı satması böyledir⁹⁸⁸. Hanefî ve Mâlikî ekollerinde fuzulinin yaptığı işlem, adına işlem yapılan kişinin işlemi onamasıyla geçerli hale gelir⁹⁸⁹. Şâfiî ekolüne göre ise fuzulinin yaptığı hukuki işlemlerin yaptırımını butlandır⁹⁹⁰.

Yetki eksikliği sebebiyle askıda olan bir diğer hukuki işlem, ayırt etme gücüne sahip küçüğün yaptığı işlemdir⁹⁹¹. Ayırt etme gücüne sahip küçükler, tamamen zararına olan bağış gibi hukuki işlemleri yapamazlar. Bu işlemler veli ya da vasinin onamasıyla dahi geçerli olmaz⁹⁹². Küçüğün tamamen yararına olan hukuki işlemleri ise velisinin onaması olmaksızın geçerlidir ve etkinlik kazanır. Fakat küçüğün zarara uğrama ya da fayda sağlama ihtimali bulunan satış, kira, şirket sözleşmeleri gibi hukuki işlemlerin yürürlük kazanması velisinin onayına bağlıdır. Bu tür tasarruflar, ayırt etme gücüne sahip küçüğün veli ya da vasisi işleme onay verene kadar askıdadır⁹⁹³. Veli ya da vasisi onay vermezse işlem batıl olur. Aynı şekilde, kısıtlanmış olan müsrifin ve müflisin tasarruflarının etkinlik kazanması da bu kişilere atanan vasilerin işlemi onayına bağlıdır⁹⁹⁴.

Sözleşmenin konusunda üçüncü kişinin bir hakkının olmaması bir diğer yürürlük şartıdır. Bir sözleşmede üçüncü kişinin hakkı söz konusu olduğunda, bu hakkın korunması amacıyla, hakkı olan kişinin işlemi onamasına kadar sözleşmenin askıda olması söz konusu olur. Hanefî ekolündeki genel kanaat bu yöndedir⁹⁹⁵. Bu tür hukuki işlemlere; rehne konu malın satılması durumunda rehin alanın o şey üzerindeki hakkı örnek verilebilir. Bu durumda işlemin, rehin alan kişinin işlemi onamasına kadar askıda

⁹⁸⁷ Merginani, *El-Hidâye*, 3/113; Zeydan, *İslam Hukuku*, 509; Zerka, *İslam Hukuku*, 361; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 355. Gözübenli, fuzulinin yaptığı sözleşmeleri Türk hukukundaki yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere benzetmektedir. Bkz. Beşir Gözübenli, "Fuzûlî", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fuzuli--fikih> (28.07.2022). Mecelle m. 112: "Fuzûlî, bi gayr-i izn' şer'î diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir".

⁹⁸⁸ Zerka, *İslam Hukuku*, 361.

⁹⁸⁹ Merginani, *El-Hidâye*, 3/113; Gözübenli, "Fuzûlî", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.07.2022); Hafif, *Hukuki İşlemler*, 357.

⁹⁹⁰ Gözübenli, "Fuzûlî", TDV İslâm Ansiklopedisi, (28.07.2022); Zeydan, *İslam Hukuku*, 509; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 186; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 357; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 247.

⁹⁹¹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 172; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 191; Karaman, *Mukayeseli*, 263.

⁹⁹² Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 539.

⁹⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 543; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 539; Zerka, *İslam Hukuku*, 358; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 191.

⁹⁹⁴ Zerka, *İslam Hukuku*, 358.

⁹⁹⁵ Apaydın, "Mevkuf Akitler", 192; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 244.

olması söz konusudur⁹⁹⁶. Bir diğ er örnek ise kiralan an şey in durumuna ilişkindir. Kiralananın mülkiyetinin, kira süresi bitmeden önce bir başkasına devredilmesi halinde de devir işle mi kiracının onamasına kadar askıdadır⁹⁹⁷. Yine ölüm hastasının muvazaalı işlemlerle üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmesi söz konusu olabilir. Buna göre ölüm hastası, terekesinin üçte birinden fazlasını asıl iradesi bu olmamasına rağmen bağışlama, vasiyet, değ erinin altında satış gibi tasarruflarla mülkiyetinden çıkarırsa, bu işlemler tasarruf edebileceğ i miktarın fazlası olan kısmı için askıda olup mirasç ıların işle mi onamasıyla etkinlik kazanır⁹⁹⁸. İkra h da İmam Züfer'e göre hukuki işlemin askıda olmasına yol açar. Ancak Hanefi ekolündeki genel kanaat ikrahın sözleşmenin fesadına yol açtığı yönündedir⁹⁹⁹.

Sonuç olarak, sözleşmenin yürürlük şartlarında eksiklik söz konusu olduğ unda, ilgili veya yetkili kişinin işle mi onamasına kadar sözleşme askıda olur. Bu kişilerin işle mi onamasıyla işlem başından itibaren geçerli, aksi taktirde işlem hükümsüz olur. Bu hükümsüzlüğ ün türü butlandır¹⁰⁰⁰.

D. Değ erlendirme

Türk ve İslam hukukunda sözleşmelere uygulanan yaptırımlar, sözleşmenin unsur ve şartlarındaki eksikliğ i haline bağlanan sonuçlardır. Türk hukukunda sözleşmenin kurucu unsurları öneri ve kabulden oluş an irade açıklamalarıdır. Hanefi ekolünde de öneri ve kabul sözleşmenin temel unsurları olarak ifade edilir. Önerinin veya kabulün olmaması her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin kurulmamasına yol açar. Bu durumda maddi anlamda bir yokluk söz konusudur. Türk hukukunda sözleşmelerin kurulamaması durumuna öngörülen yaptırım yokluktur. İslam hukukunda ise sözleşmenin kurulamamış olmasının yol açtığı maddî yokluk durumuna bağlanan müeyyide butlandır¹⁰⁰¹.

Sonuç itibarıyla klasik İslam hukukunda yer alan butlan kavramı Türk hukukunda yokluk ve butlan kavramlarının ikisini de kapsayan bir muhtevaya sahiptir. Fakat Türk

⁹⁹⁶ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 375; Zerka, *İslam Hukuku*, 363; Karaman, *Mukayeseli*, 268; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 180; Ali Haydar Efendi, *Dürerü 'l Hükkam*, 545; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 244; Savaş, "Evlenmenin Hükümsüzlüğü", 17.

⁹⁹⁷ Apaydın, "Mevkuf Akitler", 194; Karaman, *Mukayeseli*, 268.

⁹⁹⁸ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 172; Zerka, *İslam Hukuku*, 360; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 195; Karaman, *Mukayeseli*, 268.

⁹⁹⁹ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 172.

¹⁰⁰⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 363; Apaydın, "Mevkuf Akitler", 180; Güneş, "İslam Akit Sistematiğ i", 539; Zeydan, *İslam Hukuku*, 540; Savaş, "Evlenmenin Hükümsüzlüğü", 28.

¹⁰⁰¹ Mecelle m. 107: "Bey`i gayr-ı mün`akid, bey`-i bâtıldır".

hukukunda kesin hükümsüzlüğün dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülmesine bağlanan sonuç klasik İslam hukukundaki butlan yaptırımında yer almaz.

Hanefi ekolününe ait olan fesat teorisi ise modern hükümsüzlük teorisinde olduğu gibi hükümsüzlüğün tek bir derecede değil, sözleşmenin taşıması gereken şartlardaki eksikliğin önemine göre farklı derecelerdeki hükümsüzlüklere yol açması gerekçesiyle ileri sürülür. Modern hükümsüzlük teorisine göre kamu düzenini ilgilendiren şartların eksikliği kesin hükümsüzlüğe yol açarken tarafları ilgilendiren şartların eksikliği halinde iptal edilebilirlik gündeme gelir. Hanefi ekolünün hükümsüzlük teorisine göre ise taraflar, irade açıklaması ve konuya ilişkin şartlar sözleşmenin kurucu şartlarıdır. Bunların dışında kalan fer'i nitelikteki şartlar ise sözleşmenin geçerlilik şartlarıdır. Kurucu şartların eksikliği sözleşmenin butlanına; geçerlilik şartlarının eksikliği ise sözleşmenin fesadına yol açar.

Bu açıdan klasik İslam hukukunda çoğunluğun oluşturduğu, hükümsüzlüğün yalnızca butlandan ibaret olduğu görüşünden farklı olarak Hanefi ekolünde, iki dereceli bir hükümsüzlük teorisi benimsenmiştir. Çoğunluk İslam hukukçuların tek dereceli hükümsüzlük sistemi ise bu bakımdan modern hukuktaki klasik hükümsüzlük teorisi ile benzer özellik arz eder.

Sözleşmenin yürürlük şartlarındaki eksikliğin sonucu her iki hukuk sisteminde de askıda hükümsüzlüktür. Yürürlük şartları tamamlanıncaya kadar işlem askıdadır. Bu hükümsüzlük türü her iki hukukta da sebepleri ve sonuçları bakımından oldukça benzerdir.

II. TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARININ İHLALİNİN YAPTIRIMI

A. Türk Hukukunda

1. Genel Olarak

Türk hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Buna göre sözleşmenin içeriğinin emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olması halinde

o sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü söz konusu olur. Bu durumlara kısaca içerik sakatlığı sebepleri de denilir¹⁰⁰².

İçerik sakatlığı sebeplerinin düzenlendiği TBK m. 27'nin ikinci fıkrasında ise kısmi hükümsüzlük yer alır. Buna göre sözleşmenin içeriğinin bir kısmına ilişkin olan aykırılık sözleşmenin tamamını etkilemiyorsa yalnızca aykırı olan kısım hükümsüz olur. Fakat bunun için tarafların farazi iradelerinin de sözleşmenin geriye kalan kısmıyla varlığına devam etmesi yönünde olması gerekir.

İçerik özgürlüğünün sınırlarının ihlal edilmesinin alışılmış yaptırımları kesin hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük olarak ifade edilse de bu yaptırımların mutlak bir şekilde uygulanması her zaman tatmin edici olmayabilir. Bu sebeple öğretide, sözleşme lehine yorum ilkesiyle bağlantılı olarak, özellikle kısmi hükümsüzlüğün uygulanma şekli bakımından farklı görüşler söz konusudur. Aşağıda önce kesin hükümsüzlüğe, daha sonra öğretide ileri sürülmekte olan yeni hükümsüzlük görüşlerine değinilecektir.

2. Kesin Hükümsüzlük

a. Genel Olarak

Kesin hükümsüz sözleşmeler, kurucu unsurlarında eksiklik olmayan, fakat yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmayan sözleşmelerdir¹⁰⁰³. Kesin hükümsüzlük, içerik özgürlüğünün sınırlarına aykırılık sebebiyle sözleşmelerin uğrayabileceği en ağır hükümsüzlük türüdür. Tarafların sözleşmenin yapılmasıyla amaçladıkları hüküm ve sonuçları doğurmamasına sebep olur. Buna kesin hükümsüzlüğün “*ex tunc*” etkisi denir¹⁰⁰⁴. Kesin hükümsüz sözleşmelerin başından itibaren sonuç doğurmaması, niteliği gereği ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmelerde söz konusu olmaz. Bu sözleşmelerde ifa edilen edimlerin iadesindeki

¹⁰⁰² Öğretide, TBK m. 27/1'de sayılan haller, dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri olarak ifade edilir. Geniş anlamda içerik sakatlığı ise, TBK m. 27/1'e borçlar kanunu ve diğer kanunlarda yer alan sebeplerden oluşur. Şekle aykırılık, muvazaa, sözleşme yapma ehliyetinin olmaması bunlardan bazılarıdır. Bu yönde bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 105. Çalışmamız TBK m. 27/1'de sayılan içerik özgürlüğünün sınırlarından oluştuğundan geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri incelenmemiştir.

¹⁰⁰³ Ayan, *Borçlar Genel*, 143; Nomer, *Borçlar Genel*, 65; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 86.

¹⁰⁰⁴ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 356.

zorluklar da göz önüne alındığında sürekli borç doğuran sözleşmelerin kesin hükümsüz olmasının, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdireceği kabul edilir¹⁰⁰⁵.

Kesin hükümsüz sözleşmeler yapıldığı andan itibaren geçersizdir ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁰⁰⁶. Belli bir sürenin geçmesiyle, tarafların daha sonra işlemi onamasıyla ya da edimlerini ifa etmesiyle de geçerlilik kazanamaz¹⁰⁰⁷. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açan sebebin sonradan ortadan kalkması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez¹⁰⁰⁸. Örneğin; yurt dışından satın alınması yasaklanan bir ürünün hakkındaki yasak sözleşme yapıldıktan sonra ortadan kalkmış olsa bile sözleşme geçerli hale gelmez. Çünkü sözleşmenin kurulması sırasında konusu hukuka aykırıdır¹⁰⁰⁹. Bunun yanı sıra tarafların aynı koşullarda geçerlilik şartlarını taşıyan bir sözleşme yapmaları mümkündür. Fakat bu durum kesin hükümsüz bir sözleşmenin geçerli hale gelmesi anlamına gelmez. Bu, öncekinden farklı yeni bir sözleşmedir.

Taraflar kesin hükümsüz sözleşmede ifa etmiş oldukları edimlerini tasarruf işleminin türüne göre sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası yoluyla geri alabilirler¹⁰¹⁰. Fakat TBK m. 81'e göre hukuka ve ahlaka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için yerine getirilen edimlerin iadesi istenemez.

Kamu düzeninden olduğu için, sözleşmenin kesin hükümlüğü bu sözleşmeye dayanarak menfaati olduğunu iddia eden herkesçe ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹⁰¹¹. Taraflardan birisi edimin ifasını talep ettiğinde karşı taraf sözleşmenin hükümsüz olduğu itirazında bulunabilir¹⁰¹². Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, herhangi bir süreye tabi olmayıp menfaati olduğunu iddia eden kimse, bu

¹⁰⁰⁵ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 356.

¹⁰⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581. Aksi yönde bkz. Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 118-119.

¹⁰⁰⁷ Ayan, *Borçlar Genel*, 143; Nomer, *Borçlar Genel*, 66; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 30; Eren, *Borçlar Genel*, 377.

¹⁰⁰⁸ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 357; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Eren, *Borçlar Genel*, 377.

¹⁰⁰⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 377.

¹⁰¹⁰ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 128; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 581; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 356, dñn. 11; Antalya, *Borçlar*, 284; Eren, *Borçlar Genel*, 378; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 30.

¹⁰¹¹ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 103; Nomer, *Borçlar Genel*, 66; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 586; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 357; Ayan, *Borçlar Genel*, 143; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 86; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 23; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 31; Eren, *Borçlar Genel*, 378.

¹⁰¹² Başpınar, *Kısmi Butlan*, 24; Eren, *Borçlar Genel*, 378.

durumu herkese karşı her zaman ileri sürebilir¹⁰¹³. Bununla birlikte kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmenin sınırı hakkın kötüye kullanılmasıdır¹⁰¹⁴. Edimler ifa edildikten ve karşı tarafta diğer tarafın sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeyeceği yönünde haklı bir güven inşa ettikten sonra diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz¹⁰¹⁵. Kişi kötü niyetli ise kesin hükümsüzlük iddiası dinlenmez ve sözleşme geçerli kabul edilir¹⁰¹⁶. Hakim, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini her somut olayda göz önüne alır¹⁰¹⁷. Hakkın kötüye kullanılmasının en bilinen örneği, sözleşme kurulurken kasten şekle aykırılığa sebep olan kişinin, edimlerin ifa edilmesinden sonra şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmesidir¹⁰¹⁸. Bu durumda kesin hükümsüzlük iddiası dinlenmez ve sözleşme geçerli bir sözleşmenin tüm sonuçlarını doğurur¹⁰¹⁹.

Kesin hükümsüz sözleşmeler başından itibaren hiçbir hüküm doğurmadığı için bu sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu dava yoluyla ileri sürmeye gerek yoktur. Ancak taraflar dilerse kesin hükümsüzlüğün tespitini mahkemeden isteyebilir¹⁰²⁰.

İçerik özgürlüğünün sınırlarına aykırılık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması mutlak bir sonuç değildir. Şartları uygunsa hükümsüzlüğe yol açan sebebin sözleşmeden çıkarılarak sözleşmenin geri kalan kısmıyla varlığına devam etmesi söz konusu olabilir. Sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin bir sonucu olan bu hukuki

¹⁰¹³ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 31.

¹⁰¹⁴ Nomer, *Borçlar Genel*, 70; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 87; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 176; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 31.

¹⁰¹⁵ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 104; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 207, dpn. 225.

¹⁰¹⁶ Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 207, dpn. 225; Nomer, *Borçlar Genel*, 70; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 87; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 31.

¹⁰¹⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 156. Y. 1. HD. T. 13.01.2022, E. 2021/8889, K. 2022/229: “Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, TMK'nin 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2021-8889.htm&kw=hakim+hakkın+kötüye+kullanılması&cr=yargitay#fm E.T. 14.10.2022; Y. 1. HD. T. 01.06.2022, E. 2022/1543, K. 2022/4406> <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2022-1543.htm&kw=hakim+resen+hakkın+kötüye+kullanılması&cr=yargitay#fm E.T. 14.10.2022.>

¹⁰¹⁸ Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 104; Nomer, *Borçlar Genel*, 70; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 157; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 31.

¹⁰¹⁹ Nomer, *Borçlar Genel*, 70; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 156.

¹⁰²⁰ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 585; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 356; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Genel*, 86; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 30; Eren, *Borçlar Genel*, 378. Kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün mahkemeye tespit edilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 96-97.

duruma kısmi hükümsüzlük denir¹⁰²¹. Kısmi hükümsüzlük TBK m. 27/2’de düzenlenmiştir.

b. Kısmi Hükümsüzlük

1) Genel Olarak

Sözleşmede hükümsüzlüğe yol açan bir sebep, sözleşmenin yalnızca bir kısmına sirayet edebilir ve geriye kalan kısmın ayakta tutulması sağlanabilir. Kısmi hükümsüzlük olarak ifade edilen bu yaptırım, TBK m. 27/1’de yer alan hükümsüzlük sebeplerinin, sözleşmenin sadece bir kısmını etkilemesi durumunda yalnızca bu kısmın hükümsüz olması sonucunu doğurur¹⁰²². Bunun yanı sıra öğretideki hakim görüşe göre kısmi hükümsüzlük TBK 27/1 haricinde, kanunlarda düzenlenen diğer hükümsüzlük hallerinde de uygulanabilir¹⁰²³. Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde kaleme alınmıştır: “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”.

Gerek Türk Borçlar Kanunu’nda gerekse diğer kanunlarda kısmi hükümsüzlüğe ilişkin bir tanıma rastlamak mümkün değildir. Kanun koyucu tanımların zaman içerisinde anlamını yitirebileceğinden hareketle bilinçli olarak bu tanımları öğretiyeye bırakmıştır¹⁰²⁴. Öğretide kısmi hükümsüzlüğün pek çok tanımı olmakla birlikte hakim görüşe göre kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin içeriğinin bir kısmının emredici hükümlere, kişilik haklarına, kamu düzenine veya ahlaka aykırı olması ya da imkansız olması halinde, tarafların farazi iradeleri bu yönde olmak kaydıyla sözleşmenin hükümsüz kısımlarının çıkarılıp, kalan kısımların geçerliliğine devam etmesi olarak tanımlanır¹⁰²⁵. Kırkbeşoğlu ise kısmi hükümsüzlük tanımını bir nokta ileriye taşıyarak şu tanımları yapar: “Sakatlığın sözleşmenin yalnız bir kısmına ilişkin olması halinde, tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşmenin ya sakat kısmının çıkarılarak ya da bu kısmın uygun içerikle

¹⁰²¹ Ateş, *Genel Ahlakı Aykırılık*, 280; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 29; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 205.

¹⁰²² Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri*, 136; Dural/Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, 215; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 29.

¹⁰²³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 107.

¹⁰²⁴ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 28; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 75.

¹⁰²⁵ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 28; Nomer, *Borçlar Genel*, 67; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181; Eren, *Borçlar Genel*, 380. Öğretideki diğer tanımlar için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 75.

değiştirilmesi veyahut doğrudan uygun/yasal sınıra indirilmesi/yükseltilmesi suretiyle geçerliliğinin korunduğu bir yaptırımdır”¹⁰²⁶.

Kısmi hükümsüzlük, sözleşme lehine yorum (*favor contractus*) ilkesi gereğince sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması amacına hizmet eder¹⁰²⁷. Kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin içeriğinin bir kısmının hükümsüz olması ve tarafların farazi iradelerinin bu yönde olması halinde söz konusu olabilir. Aksi halde sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasından söz edilir¹⁰²⁸. Bu bakımdan sözleşmelerde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartın sağlanması gerekir.

a) Objektif Şart

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için her şeyden önce sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının emredici hükümlere, kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı ya da imkansız olması gerekir (TBK m. 27/1, c.1)¹⁰²⁹. Bu, kısmi hükümsüzlüğün objektif şartıdır¹⁰³⁰. Bu sebeple örneğin; kefalet sözleşmesinde kefilin yazılı şekle uygun olarak kim için kefil olduğunu belirtmesi, fakat kefalet miktarını yazmaması durumunda, hükümsüzlük sözleşmenin tamamına sirayet edeceğinden burada kısmi hükümsüzlük uygulanmaz¹⁰³¹.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmına kısmi hükümsüzlük uygulanabilmesi için öncelikle “*sözleşmenin bir kısmı*” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekir. Bu konu öğretide tartışmalı olmakla birlikte iki görüş öne çıkar. Bir görüşe göre, “*sözleşmenin bir kısmı*” ifadesiyle, sözleşmede yer alan edimin sayı ve miktar bakımından bir kısmı ile tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları

¹⁰²⁶ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 359; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 76. Tanıma dahil edilen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, düşey kısmi hükümsüzlük ile diğer kısmi hükümsüzlük türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 203 vd.; ayrıca bkz. Başpınar, *Kısmi Butlan*, 152 vd.

¹⁰²⁷ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 281; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 598; Antalya, *Borçlar*, 284; Eren, *Borçlar Genel*, 380; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 105.

¹⁰²⁸ Sözleşmenin tamamının hükümsüz oluşunu kısmi hükümsüzlükten ayırt etmek için öğretide tam hükümsüzlük kavramı da kullanılır. Bu yönde bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 32; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 359.

¹⁰²⁹ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 282; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181.

¹⁰³⁰ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 54; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181, dpn, 498; Eren, *Borçlar Genel*, 381.

¹⁰³¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181, dpn. 498.

bireysel anlaşmalar kastedilir¹⁰³². Edimi bölerek kısmi hükümsüzlük uygulanabileceğini savunan söz konusu yazarlara göre en yüksek sınırı aşan sürenin kanunda öngörülen azami sınıra indirilmesi de mümkündür¹⁰³³.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise bu ifadeyle edimin sayı veya ölçü bakımından bir kısmı anlaşılmaz. Burada kastedilen, sözleşmenin içeriğinde yer alan anlaşmalardan her biri, tarafların koyduğu kayıtlar ve sözleşmede yer alan hükümler anlaşılır¹⁰³⁴. Bu sebeple sözleşmenin bölünebilir olması ile edimin bölünebilir olması farklı kavramlardır¹⁰³⁵. Dolayısıyla sözleşmenin geniş anlamda içeriğine dahil olan ifa yeri, ifa zamanı, cezai şart gibi hususlar, basit sözleşmelerde edimin dışında, sözleşmede kararlaştırılan bireysel anlaşmalar olup sözleşmenin kısımlarını oluşturur¹⁰³⁶. Bu bireysel anlaşmalardan birinde hukuka aykırılık olması durumunda kısmi hükümsüzlük gündeme gelir. Bunun yanı sıra söz konusu bireysel anlaşmaların kendi içlerinde alt anlaşmalara bölünerek bireysel anlaşmanın bir kısmının hükümsüz, bir kısmının ise geçerli olması söz konusu olmaz¹⁰³⁷. Örneğin; 40 yıllık süreyle yapılan bir sözleşmenin ahlaka aykırı düşecek şekilde uzun bir süre olduğu ve bu sürenin 20 yılının azami süre olduğu kabul edilecek olursa, fazlaya ilişkin sürenin geçersiz sayılarak sözleşmenin 20 yıllık süreyle geçerli olacağına ilişkin bir kısmi hükümsüzlük uygulaması yapılamaz¹⁰³⁸. Çünkü kanımızca TBK m. 27/2’de “sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması” lafzından da tarafların kararlaştırdığı anlaşmalardan her biri kastedilmektedir. Bu sebeple bu anlaşmaların kendi içinde bölünerek bir kısmının hükümsüz olması değil anlaşmanın tamamı hükümsüz sayılarak kanunda öngörülen yedek hükmün geçmesi söz

¹⁰³² Eren/Dönmez, *Eren Şerhi*, 787. Öğretide bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 366, d. 55 ve Başpınar, *Kısmi Butlan*, 61, d. 43’te adı geçen yazarlar.

¹⁰³³ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 61, d. 44’te adı geçen yazarlar. Bu görüş öğretide eleştirilmiştir. Zira edimin bölünmesi suretiyle uygulanan bir kısmi hükümsüzlükte taraflara asla sahip olmadıkları bir farazi irade atfedilmektedir. Kaldı ki edimin bölünerek bir kısmının geçersiz kabul edilmesi durumunda özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim dengesi bozulmuş olacağından edimin bölünmesi suretiyle kısmi hükümsüzlük uygulanamaz. Ancak değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe ilişkin haller saklıdır. Bu yönde bkz. Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 283; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 367.

¹⁰³⁴ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 282-283; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 62; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 366.

¹⁰³⁵ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 283.

¹⁰³⁶ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 117; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 63; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 605; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 365.

¹⁰³⁷ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 65. Aksi yönde bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 119.

¹⁰³⁸ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 366.

konusu olmalıdır. Dolayısıyla tarafların süreye ilişkin anlaşmaları da sözleşmenin içerisindeki anlaşmalardan biri olup, bu anlaşmaları kendi içerisinde bölmek suretiyle kısmi hükümsüzlük uygulamak kanımızca mümkün değildir. Ancak burada yasal sınıra indirmek yerine, sakat kısmın yerine kanunda öngörülen ikame kuralın geçmesi suretiyle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük uygulanabilir¹⁰³⁹. Aynı zamanda kural olarak bu anlaşmaların, sözleşmenin objektif esaslı unsurlarına ilişkin olmaması gerekir¹⁰⁴⁰. Objektif esaslı unsurlar sözleşmenin olmazsa olmaz unsurunu oluşturduğundan tarafların bunların olmadığı bir sözleşmeyi devam ettirmek isteyebilecekleri düşünülemez. Bu halde sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur¹⁰⁴¹.

Öğretide bileşik sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması durumunda kısmi hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. Bileşik sözleşme, aralarında ekonomik ve işlevsel bir ilişki olan birden fazla sözleşmenin, niteliklerini kaybetmeksizin bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmedir¹⁰⁴². Örneğin; bir pastane kiralayan kimsenin, bu pastanenin işletilmesi için gerekli olan yiyecek ve içeceklerinin de kiralayan kimseden satın alacağını taahhüt etmesi durumunda, kira ve satış sözleşmesi olmak üzere iki sözleşmeden oluşan bir bileşik sözleşme söz konusudur¹⁰⁴³. Sözleşmelerden her biri bileşik sözleşmenin bir kısmını oluşturur. Bir görüşe göre kısmi hükümsüzlük sadece bileşik sözleşmelerde uygulanır¹⁰⁴⁴. Bu durumda bileşik sözleşmenin kısımlarını oluşturan sözleşmelerden biri hükümsüz olup diğerleri geçerliliğini koruyabilir¹⁰⁴⁵. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise kural olarak niteliği gereği bileşik sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük uygulanmaz. Bileşik sözleşmeler birbirlerine ekonomik yönden bağımlı ve bağlı olduklarından birinin hükümsüzlüğü diğerlerini de etkiler. Çünkü bu sözleşmeler bir bütün olup sözleşmelerden her biri diğerinin sebebini veya zorunlu şartını oluşturur¹⁰⁴⁶. Dolayısıyla sözleşmelerden birinin hükümsüzlüğü halinde bileşik sözleşmeyi oluşturan tüm sözleşmeler kesin hükümsüz

¹⁰³⁹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 75; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 367.

¹⁰⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 608; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 361; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 125; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 66.

¹⁰⁴¹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 66; Antalya, *Borçlar*, 285; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 361; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 125.

¹⁰⁴² Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 128; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 68.

¹⁰⁴³ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 68.

¹⁰⁴⁴ Oser/Schönenberger, Art. 20, Nr. 63 (Başpınar, *Kısmi Butlan*, 69, dpn. 74'ten naklen).

¹⁰⁴⁵ Oser/Schönenberger, Art. 20, Nr. 63 (Başpınar, *Kısmi Butlan*, 69, dpn. 74'ten naklen).

¹⁰⁴⁶ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 128-129; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 70.

olacaktır¹⁰⁴⁷. Bunun yanı sıra bileşik sözleşmenin içerdiği bireysel sözleşmelerden birinin bir kısmının hükümsüz olması söz konusu olabilir¹⁰⁴⁸. Bu durumda tarafların farazi iradelerine bakılarak bileşik sözleşmenin geçerli olup olmayacağı tespit edilir.

Türk hukukunda hakim olan sebebe bağlılık ilkesi gereği, borçlandırıcı işlemin geçersiz olması tasarruf işleminin de geçersizliğine yol açar. Dolayısıyla bu işlemlerin bölünmesi suretiyle kısmi hükümsüzlüğün uygulanması mümkün değildir¹⁰⁴⁹.

b) Sübjektif Şart

Tarafların farazi ortak iradesi kısmi hükümsüzlüğün sübjektif şartını oluşturur¹⁰⁵⁰. Farazi irade tarafların, gerçek iradeleri olmayıp muhtemel iradeleridir. Farazi iradenin tespitinde, “*Taraflar, sözleşmenin hükümsüz olan kısmının bilincinde olsalardı nasıl hareket ederler ve nasıl bir karar varırlardı?*” sorusunun cevabı araştırılır¹⁰⁵¹. Buna göre tarafların farazi ortak iradesi, hükümsüz kısım olmadan da sözleşmeye devam etmek isteyecekleri yönüdeyse sübjektif şart sağlanmış olur. Başka bir deyişle tarafların farazi iradeleri sözleşmenin hükümsüz kısmı çıktıktan sonra geriye kalan haliyle sözleşmeyi yapmak istemeleri yönünde olmalıdır¹⁰⁵². Fakat hükümsüz kısım çıktıktan sonra ortada bir sözleşmeden bahsedilemiyorsa kısmi hükümsüzlük uygulanmaz¹⁰⁵³. Tarafların farazi iradeleri tespit edilirken güven teorisine göre dürüst ve makul olan tarafların, sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olduğunu bilselerdi sözleşmeyi ayakta tutmak isteyip istemeyecekleri tespit edilir¹⁰⁵⁴. Tarafların menfaat durumları da göz önüne alınarak

¹⁰⁴⁷ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 70.

¹⁰⁴⁸ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 71.

¹⁰⁴⁹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 57; Eren, *Borçlar Genel*, 383.

¹⁰⁵⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181, dpn. 500; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 368; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 189; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 33; Eren, *Borçlar Genel*, 385.

¹⁰⁵¹ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 190; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 89.

¹⁰⁵² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 181; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 33; Antalya, *Borçlar*, 285; Eren, *Borçlar Genel*, 385.

¹⁰⁵³ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 32; Eren, *Borçlar Genel*, 385.

¹⁰⁵⁴ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 96-97; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 191; Eren, *Borçlar Genel*, 385. Öğretide bazı yazarların görüşü, tarafların farazi iradelerinin tespitinin sübjektif ölçütler çerçevesinde yapılması gerektiği yönündedir. Buna göre tarafların iradelerinin tespitinde kişisel özellikleri, güçlü ve zayıf yönleri göz önüne alınarak tarafların sözleşmenin yapıldığı esnadaki gerçek iradelerinin tespit edilmesi gerekir. Bu teori, sübjektif teori olarak adlandırılır. Bu yönde bkz. Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 369, dpn. 68’te anılan yazarlar. Kocayusufpaşaoğlu ise, güven teorisine göre tespit edilen farazi iradelerin, tarafların gerçek iradeleriyle hiç uyuşmaması riski taşıması sebebiyle bu yöntemi eleştirmiştir. Yazara göre farazi iradelerin tespitinde *iki aşamalı inceleme görüşü* esas alınmalı ve hakim ilk olarak tarafların sözleşmenin yapılması sırasındaki sübjektif arzularını araştırmalıdır. Eğer bu şekilde sonuca ulaşmak mümkün değilse hakim objektif kriterlere dayanan güven teorisine göre değerlendirme yapmalıdır. Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 599.

hükümsüz kısım olmadan da sözleşmeye devam etmek isteyecekleri anlaşılabilirse kısmi hükümsüzlük uygulanır.

Bazı durumlarda tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın kısmi hükümsüzlüğün uygulanması söz konusu olabilir. TBK m. 27/2, zarar gören tarafı koruyucu bir hüküm niteliğindedir. Bu sebeple, sözleşmenin kısmi hükümsüz olmasından zarar gören taraf yine de kısmi hükümsüz sözleşmeyle bağlı olmak istediğini belirttiğinde hakim sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasına karar veremez¹⁰⁵⁵. Bu durumda kısmi hükümsüzlükten fayda sağlayan tarafın, sözleşmenin geçersiz kısmı olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki itirazı da dinlenmez ve kısmi hükümsüzlük uygulanır¹⁰⁵⁶. Bunun dışında, kanunlarda hükümsüzlüğü öngören diğer maddelerin amacı ve dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin sözleşmenin geçersiz kısmı olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki itirazı yine dinlenmez¹⁰⁵⁷. Sosyo ekonomik açıdan zayıf tarafı koruyucu hükümler böyledir. Örneğin; bir sözleşmede TBK m. 115'e aykırı bir şekilde, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmışsa, hükümsüzlük sözleşmenin tamamına sirayet etmez. Borçlu sorumsuzluk anlaşması olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürse bile sözleşme zayıf tarafın korunmasına hizmet ettiğinden borçlunun bu itirazı dinlenmez¹⁰⁵⁸.

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının bir diğer şartı ise tarafların hükümsüzlük anlaşması yapmamış olmasıdır¹⁰⁵⁹. Taraflar sözleşmeyi kurarken sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması halinde diğer kısımların akıbetine ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa bu anlaşma uygulanır¹⁰⁶⁰. Zira bu anlaşma tarafların gerçek iradelerini gösterir¹⁰⁶¹. Bu durumda farazi iradelerin araştırılmasına gerek olmaz. Taraflar hükümsüzlük anlaşmasında sözleşmedeki belirli kısımların sakatlığı halinde sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, sözleşmenin kesin

¹⁰⁵⁵ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 99; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 59; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 600; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 373. Aksi yönde bkz. Ateş, *Genel Ahlakı Aykırılık*, 285.

¹⁰⁵⁶ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 60; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 373; Eren, *Borçlar Genel*, 386.

¹⁰⁵⁷ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 600.

¹⁰⁵⁸ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 600.

¹⁰⁵⁹ Ateş, *Genel Ahlakı Aykırılık*, 282; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 362; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 601; Eren, *Borçlar Genel*, 386.

¹⁰⁶⁰ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 362; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 106; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 78; Eren, *Borçlar Genel*, 386.

¹⁰⁶¹ Ateş, *Genel Ahlakı Aykırılık*, 284; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 191.

hükümsüz olması durumunda geçerliliğine devam etmesi istenen hükümleri de kararlaştırabilirler¹⁰⁶². Bunun yanı sıra taraflar hükümsüzlük anlaşmasında hükümsüz kısmın yerine geçecek ikame hükümler de öngörebilirler¹⁰⁶³.

Sözleşmedeki sakat kısım sübjektif esaslı unursa kanımızca bu durumda da sözleşmenin kesin hükümsüz olması gerekir. Zira taraflardan biri için dahi sakat kısım olmaksızın sözleşme akdedilmeyecekse tarafların sözleşmenin geçerli olması yönünde ortak farazi iradeleri oluşmamış olacağından sözleşmenin kesin hükümsüz olması gerekir¹⁰⁶⁴. Fakat bu durumda değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük de uygulanabilir¹⁰⁶⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilen süre kaydının, kanunda belirlenen yasal sınır üzerinden geçerli olması yönünde karar vermiştir¹⁰⁶⁶.

Şimdiye kadar anlatılmış olan ve TBK m. 27/2’de öngörülen, geçersiz kısımların sözleşmeden çıkarılması ve kalan kısımla sözleşmenin geçerli olduğu kısmi hükümsüzlüğe basit kısmi hükümsüzlük denir¹⁰⁶⁷. Bunun yanı sıra kanunda öngörülmemiş olmakla birlikte öğreti ile kabul edilen iki kısmi hükümsüzlük türü daha vardır. Bunlar; değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlüktür. Basit kısmi hükümsüzlük kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanmaz¹⁰⁶⁸. Bu sözleşmelerde edimler arasında karşılıklılık ilişkisi olduğundan edimlerden birinin hükümsüz olması, diğer edimin karşılıksız kalmasına yol açar¹⁰⁶⁹. Bu sebeple basit kısmi hükümsüzlük, bağışlama, kefalet sözleşmeleri gibi tek tarafa borç yükleyen ve vekalet, tüketim öduncü sözleşmeleri gibi eksik iki tarafa borç yükleyen

¹⁰⁶² Öğretide buna muhafaza kayıtları denir. Bu yönde bkz. Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 363; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 83; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 601.

¹⁰⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 601; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 364; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 84.

¹⁰⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 609; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 364; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 126.

¹⁰⁶⁵ Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 364; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 126.

¹⁰⁶⁶ BGE 96 II 132. Karar için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 127, dpn. 77.

¹⁰⁶⁷ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 152; Ateş, *Genel Ahlakı Aykırılık*, 286; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 375-376.

¹⁰⁶⁸ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 113; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 56; Eren, *Borçlar Genel*, 382. Öğretide tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının önünde bir engel olmadığına dair görüş için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 114 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 609.

¹⁰⁶⁹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 56; Eren, *Borçlar Genel*, 382.

sözleşmelerde söz konusu olur¹⁰⁷⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde basit kısmi hükümsüzlük uygulanamazsa da değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması mümkündür¹⁰⁷¹.

2) Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük

TBK m. 27'de düzenlenen kesin hükümsüzlük ve basit kısmi hükümsüzlük yaptırımlarının yanı sıra, öğretide maddenin konuluş amacından yola çıkılarak kısmi hükümsüzlüğün bir türü olan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün de uygulanabileceği ileri sürülür¹⁰⁷². Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, geçersiz olan kısmın yerine kanunda öngörülen ya da hakimin tarafların farazi iradelerini dikkate alarak tespit ettiği ikame bir hükmün geçmesidir¹⁰⁷³. TBK m. 27/2'de açıkça öngörülmemesine karşın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşme lehine yorum ilkesinin bir görünümüdür¹⁰⁷⁴.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük iki şekilde söz konusu olabilir. Bunlar; sözleşmenin geçersiz olan kısmının yerine emredici veya tamamlayıcı bir hükmün geçmesi, hakimin tarafların farazi iradelerini dikkate alarak uygun gördüğü ikame bir hüküm tesis etmesi şeklindedir¹⁰⁷⁵. Sözleşmenin geçersiz kısmının yerine kanunda belirlenen emredici bir hüküm öngörülmüşse diğer değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük halleri uygulama bulmaz. Çünkü niteliği gereği emredici hüküm öncelikli uygulanır¹⁰⁷⁶. Emredici hükmün olmadığı durumda tamamlayıcı hükmün uygulanması söz konusu olabilir. Fakat tamamlayıcı hüküm sözleşmenin geçersiz olan kısmının yerini aldığı anda sözleşmenin içeriği ile uyumsuzsa hakim bu defa tarafların farazi iradelerine göre ikame bir hüküm tesis eder¹⁰⁷⁷. TBK m. 182/3'te hakime aşırı ceza koşulunun indirilmesi

¹⁰⁷⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 382.

¹⁰⁷¹ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 113; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 182.

¹⁰⁷² Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 375; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 288; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 153.

¹⁰⁷³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 182; Eren, *Borçlar Genel*, 382; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 152-153; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 203; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 288; Antalya, *Borçlar*, 286; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 376.

¹⁰⁷⁴ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 288; Ünal, *Kelepçeleme*, 217; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 209; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 152.

¹⁰⁷⁵ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 288; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 153; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 376; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 602-603.

¹⁰⁷⁶ Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel I*, 603; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 383; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 156.

¹⁰⁷⁷ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 210.

konusunda takdir yetkisinin verilmesi bu duruma örnek teşkil eder¹⁰⁷⁸. Bununla amaçlanan, sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulmasıdır.

Sözleşmedeki geçersiz kısmın kanunda öngörülen en yüksek yasal sınır üzerinden yapılmış kabul edilmesi, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün türleri arasında ayrı bir öneme sahiptir. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27’nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz*”. En yüksek yasal sınır üzerinden yapılmasını öngören bu yaptırıma öğretide, indirim yaptırımı veya düşey kısmi hükümsüzlük de denilmektedir¹⁰⁷⁹. Fakat kanımızca burada gerçek anlamda bir indirim değil, en yüksek sınırı aşan sürenin veya bedelin tamamen geçersiz olup yerine kanunda öngörülen yasal sınırın geçmesi söz konusudur¹⁰⁸⁰. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün Türk Borçlar Kanunu'ndaki bir başka örneği TBK m. 525'te, borçlunun talebi üzerine hakime, hizmet sözleşmelerinde kararlaştırılan aşırı ücretin hakkaniyete uygun olarak indirme yetkisi verilmesidir¹⁰⁸¹.

3) Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük

Kısmi hükümsüzlüğün bir türü olan genişletilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin geçersiz olan bir kısmının beraberinde başka hükümlerinde geçersizliğini doğurması şeklinde öngörülen yaptırımdır¹⁰⁸². Başka bir ifadeyle sözleşmenin bir

¹⁰⁷⁸ Ateş, *Genel Ahlakta Aykırılık*, 267.

¹⁰⁷⁹ Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 222.

¹⁰⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 607; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 169; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 389; . Sözleşmenin geçersiz kısmının yerine kanunda belirlenen en yüksek sınırın geçmesini düşey kısmi hükümsüzlük olarak tanımlayan görüş için bkz. Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 219 vd. Düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımı TBK m. 27'den değil ilgili maddenin lafzından kaynaklanır. Dolayısıyla tarafların farazi iradelerine bakılmaksızın doğrudan ilgili hükmün uygulanması söz konusudur. İsmail Özgün Karaahmetoğlu, “TTK M. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2021): 591.

¹⁰⁸¹ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 158; Eren, *Borçlar Genel*, 382.

¹⁰⁸² Ateş, *Genel Ahlakta Aykırılık*, 294; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 172; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 215; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 392

kısımının hükümsüz olması sonucunda bu kısımlar olmaksızın sözleşmedeki geçerli bazı kısımların da kararlaştırılmayacağı anlaşılıyorsa bu kısımların da hükümsüz olması sonucuna varılır¹⁰⁸³. Buna genişletilmiş kısmi hükümsüzlük denir. Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük de diğer kısmi hükümsüzlük hallerinde olduğu gibi sözleşmeyi ayakta tutma amacıyla ileri sürülen bir yaptırımdır. Bu yaptırım genellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim dengesini sağlamak maksadıyla gündeme gelir¹⁰⁸⁴.

B. İslam Hukukunda

1. Genel Olarak

Hanefi ekolüne göre, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarının ihlali halinde sözleşmenin batıl ya da fasit olması söz konusu olur. Bu yaptırımlar arasındaki temel farklılık sözleşmenin içeriğindeki aykırılıkların sözleşmedeki önem derecesidir. Sözleşmenin içeriğindeki esaslı aykırılıklar butlana yol açarken fer'i nitelikteki aykırılıklar sözleşmenin fesat olmasına yol açar.

2. Butlan

a. Genel Olarak

Butlan kelimesi sözlükte “*beyhudelik, yok olma, boşa gitme, lağvolma*” gibi anlamlara gelir¹⁰⁸⁵. Sözleşmelerin hüküm ifade etmemesine butlan, bu işlemlere ise batıl denir. Batıl kelimesi aynı zamanda hak kelimesinin karşıtı olarak da karşımıza çıkar ve güvenilir olmayan, asılsız, dayanaksız olan şeylere denir¹⁰⁸⁶.

Sözleşmenin temel unsurlarında ve kurucu şartlarında eksiklik olmasının yaptırımı butlandır¹⁰⁸⁷. Bu sebeple modern hukukta yokluk ve kesin hükümsüzlük yaptırımlarının her ikisini de kapsayacak bir anlam ifade eder¹⁰⁸⁸. Sözleşmenin temel

¹⁰⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel I*, 604; Başpınar, *Kısmi Butlan*, 172; Kırkbeşoğlu, *Kısmi Hükümsüzlük*, 215; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 392.

¹⁰⁸⁴ Başpınar, *Kısmi Butlan*, 175; Ateş, *Genel Ahlakta Aykırılık*, 294; Karabağ Bulut, *Kişilik Hakkı*, 394.

¹⁰⁸⁵ Develioğlu, *Ansiklopedik Lügat*, 115; <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/بطلان/?c=Tüm> (30.08.2022); Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Fahrettin Atar, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Mşv. Dönmez, 4/213.

¹⁰⁸⁶ Zerka, *İslam Hukuku*, 524.

¹⁰⁸⁷ Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 226; Pala, “Emredici-Yedek”, 254.

¹⁰⁸⁸ Pala, “Emredici-Yedek”, 254.

unsurları ve kurucu şartları o sözleşmenin aslını oluşturur¹⁰⁸⁹. Bu sebeple Hanefi ekolüne ait olan bu taksime göre batıl sözleşmeler, asıl itibarıyla meşru olmayan şekilde tanımlanır¹⁰⁹⁰. Mecelle m. 110'da da “*Bey`-i bâtil, asla sahih olmayan bey`dir*” şeklinde kaleme alınmıştır¹⁰⁹¹. Anılan maddede “*asıl itibarıyla sahih olmayan*” ifadesiyle kastedilen de sözleşmenin temel unsurlarında ve kurucu (inikat) şartlarında eksiklik ya da bu şartlara aykırılık bulunmasıdır¹⁰⁹². Örneğin; akıl hastasının ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin yaptıkları sözleşmeler, temel unsurlarında eksiklik olması sebebiyle batıldır. Bu kişilerin yapmış olduğu sözleşmeler, veli veya vasilerin onayı ile dahi geçerli hale gelmez¹⁰⁹³. Sözleşmenin konusunun mevcut, mümkün ve mütekavim olmaması ise sözleşmenin kurucu şartlarında eksiklik olması sonucu butlana yol açar.

Butlan durumunda sözleşme hiç kurulmamış gibidir. Her ne kadar şeklen bir sözleşme varsa da hukuken bir sözleşmenin varlığından söz edilemez¹⁰⁹⁴. Dolayısıyla batıl sözleşme hiçbir hukuki sonuç doğurmaz¹⁰⁹⁵. Sözleşmelerin batıl olması, ona bağlı olarak yapılan diğer hukuki işlemlerin de butlanını gerektirir¹⁰⁹⁶. Bu durum Mecelle m. 52'de, “*Bir şey bâtil oldukta, onun zımındaki şey dahi bâtil olur*” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu sebeple örneğin; kişinin mülkiyetinde olmayan bir şeyi satması batıl olduğundan bu satış sözleşmesine bağlı olarak yapılan kefalet, rehin gibi işlemler de batıl olur. Aynı şekilde, batıl bir sözleşmede tarafların karşılıklı anlaşarak belirlemiş oldukları diğer şartlar da sözleşmenin batıl olması sebebiyle tarafları bağlamaz¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁸⁹ Çeker, *Akidler*, 99-100.

¹⁰⁹⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstilâhları Kâmusu* (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997): 1/168; Zerka, *İslam Hukuku*, 530; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 177.

¹⁰⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 202-203.

¹⁰⁹² Atar, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, 4/214; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 367; Zerka, *İslam Hukuku*, 527; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022). Klasik İslam hukukunda yokluk ve butlan şeklinde ayrı bir ayırım yapılmaz. Türk hukukundaki anlamıyla yokluk oluşturan hususlar İslam hukukunda butlan başlığı altında incelenir. Sözleşmenin rüknü olarak adlandırılan ve bir sözleşmeden söz edebilmek için en temel unsurlar olan öneri ve kabulün yokluğu halinde bir sözleşmeden söz edilemez, fakat Türk hukukundan farklı olarak öneri ve kabulün yokluğunun yaptırımı İslam hukukunda butlandır. Bkz. Apaydın, “Hükümsüzlük”, 99.

¹⁰⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 542.

¹⁰⁹⁴ Karakoç, “Kesin Satış Akdi”, 226.

¹⁰⁹⁵ Mecelle m. 370: “*Bey`-i bâtil asla hüküm ifade etmez*”.

¹⁰⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 117; Zerka, *İslam Hukuku*, 538; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 104; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

¹⁰⁹⁷ Zerka, *İslam Hukuku*, 538; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 105; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

Batıl sözleşmelerin zamanaşımına uğramasına gelince; bu durum teslimin¹⁰⁹⁸ gerçekleşmesinden öncesi ve sonrası olmak üzere iki aşamada incelenir. Teslim gerçekleşmemişse sözleşmenin butlanı, her zaman ileri sürülebilir. Dolayısıyla taraflardan biri zamanaşımı süresi geçmesine rağmen karşı taraftan edimin veya bedelin ifasını isterse karşı taraf sözleşmenin butlanını defî olarak ileri sürebilir¹⁰⁹⁹.

Teslimin gerçekleşmesi halinde batıl olan sözleşmenin akıbetinin ne olacağı ise İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Çoğunluğa göre, tıpkı teslimden önce olduğu gibi teslimden sonra da butlanı ileri sürme hakkı zamanaşımına uğramaz¹¹⁰⁰. Öte yandan bazı hukukçulara göre ise teslimin üzerinden zamanaşımı süresinin geçmesi halinde taraflardan biri sözleşmenin butlanını ileri sürerek edimlerin iadesini isterse karşı taraf, sözleşmenin batıl olduğunu ikrar etmeksizin zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürebilir¹¹⁰¹. Burada zamanaşımı, batıl olan sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Yalnızca kişinin butlanı ileri sürme hakkı sona erer¹¹⁰². Bu durumda zamanaşımı süresi teslim tarihinden itibaren hesaplanır¹¹⁰³.

Batıl olan sözleşmeler hüküm ve sonuç doğurmaz¹¹⁰⁴. Dolayısıyla butlan yaptırımın sonucu, kişilerin o sözleşmenin yapılmasıyla amaçladıkları sonucun doğmamasıdır. Batıl olan sözleşmeler, taraflar arasında borç doğurmaz. Borçlu olduğu

¹⁰⁹⁸ Klasik İslam hukukunda sözleşmenin konusunun karşı tarafça teslim alınması için tercih edilen kelime kabzdır. Kabz; sözlükte kavramak, elle tutmak, mala sahip olmak gibi anlamlara gelir. <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/القَبْض/?c=Tüm> 30.08.2022). Fakat çalışmada terim birliği olması açısından teslim kelimesi tercih edilmiştir. Hukukta, Mâlikî'nin sözleşmenin konusu üzerindeki fiili hakimiyetini ifade eden kabz kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Yunus Apaydın, "Kabz", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kabz--fikih> (30.08.2022); Mustafa Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satılan Malın Kabzı ve Hükümleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 16 (2010): 478 vd.

¹⁰⁹⁹ Zerka, *İslam Hukuku*, 544; Apaydın, "Hükümsüzlük", 111.

¹¹⁰⁰ Apaydın, "Hükümsüzlük", 111.

¹¹⁰¹ Zerka, *İslam Hukuku*, 544. Bazı hukukçulara göre geçerli bir sebebi olmaksızın otuz üç yıl hakkını aramamış kimsenin hakkının zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Apaydın, "Hükümsüzlük", 111. Ayrıca İslam hukukçularının kötü niyetli davaların önüne geçmek maksadıyla genellikle otuz altı yıllık zamanaşımı süresi öngördüklerine dair bkz. Ansay, *İslam Hukuku*, 155.

¹¹⁰² Zerka, *İslam Hukuku*, 544; Apaydın, "Hükümsüzlük", 112; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

¹¹⁰³ Apaydın, "Hükümsüzlük", 112.

¹¹⁰⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 553; Zerka, *İslam Hukuku*, 534; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Apaydın, "Hükümsüzlük", 114; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

düşünümlere ifa edilen edimlerin ise iadesi gerekir¹¹⁰⁵. Bunun yanı sıra hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç güdümlere verilen şeylerin iadesi istenemez¹¹⁰⁶.

Sözleşmenin batıl olduğunu bilmeyen iyiniyetli kişinin durumu, başka bir ifadeyle iyiniyetli kişinin sözleşmenin batıl olmasıyla uğradığı zararı tazmin edip edemeyeceği meselesi, Türk hukukunun aksine Klasik İslam hukukunda tartışılmamıştır. Butlan halinde hukuken yok hükmünde olan bir sözleşme söz konusu olduğundan burada akdi bir sorumluluğa gidilemeyeceği kabul edilir¹¹⁰⁷. Dolayısıyla iyiniyetli kişinin sözleşmeye dayanarak bir tazminat talep etmesi söz konusu olmaz. Fakat batıl sözleşmelerde iyiniyetli taraf, edimlerin iadesi söz konusu olduğunda elde ettiği semereleri iadede muaf tutulabilir¹¹⁰⁸.

Her ne kadar butlan halinde sözleşmeler ilave bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden geçersiz hale gelse de bazı hallerde butlanı ileri sürecek kişinin butlan halinin varlığına ilişkin bir tespit davası açması gerekebilir¹¹⁰⁹. Tespit davası genellikle edimlerin teslim edilmesinden sonra ya da sözleşmenin batıl olup olmadığı konusunda bir şüphe varsa gündeme gelir. Verilenlerin iadesi amacıyla açılan dava konusunun niteliğine göre istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası niteliğinde olmakla birlikte esasen bir tespit davasıdır. Mahkemenin bu davalar sonunda vereceği karar kurucu değil açıklayıcı niteliktedir¹¹¹⁰.

Butlan hali re'sen gözetilir ve menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir¹¹¹¹. Bu sebeple menfaati olmayan ve batıl olan sözleşmeye bağlı bir hakkı bulunmayan kişiler sözleşmenin butlanını ileri süremez. Aksi halde bu durum butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılması teşkil eder¹¹¹². Doğrudan menfaati olmamasına rağmen kişisel bir tatmin için butlanın ileri sürülmesi böyledir. Taraflar, butlana yol açan sebebe razı olduklarını bildirerek ya da sebebi ortadan kaldırarak batıl bir sözleşmeyi geçerli bir

¹¹⁰⁵ Zerka, *İslam Hukuku*, 539; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 227.

¹¹⁰⁶ Apaydın, "Hükümsüzlük", 113.

¹¹⁰⁷ Apaydın, "Hükümsüzlük", 125.

¹¹⁰⁸ Apaydın, "Hükümsüzlük", 125.

¹¹⁰⁹ Zerka, *İslam Hukuku*, 543; Apaydın, "Hükümsüzlük", 113; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022).

¹¹¹⁰ Zerka, *İslam Hukuku*, 543; Apaydın, "Hükümsüzlük", 114.

¹¹¹¹ Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Apaydın, "Hükümsüzlük", 109.

¹¹¹² Apaydın, "Hükümsüzlük", 109.

sözleşme yapamazlar¹¹¹³. Çoğunluğun görüşü de bu yöndedir.¹¹¹⁴ Taraflar istiyorlarsa butlana yol açacak herhangi bir sebep olmamak kaydıyla yeniden bir sözleşme kurabilirler.

Klasik İslam hukukunda batıl sözleşmelere teslimin gerçekleşip gerçekleşmemesine göre farklı sonuçlar öngörülmüştür. Kural olarak batıl sözleşmelere hukuki sonuç bağlanmaz. Bu sebeple örneğin bir satış sözleşmesi batılsa satış sözleşmesinden beklenen mülkiyetin devri gerçekleşmez¹¹¹⁵. Buna rağmen taraflar rızaları ile edimlerini ifa etmiş ve teslim gerçekleşmişse ve sözleşmenin konusu alıcının elinde yok olmuşsa tazminat meselesi gündeme gelir. Tazminat meselesi Klasik İslam hukukunda tartışmalıdır. Teslim gerçekleşmemişse tarafların bir iade borcu doğmamış olacağından tazminat söz konusu olmaz.¹¹¹⁶ Fakat taraflar batıl bir sözleşme yapıp edimlerini ifa ettikten sonra sözleşmenin konusu yok olursa tarafların uğradığı zarar tazmin edilebilir mi? Bu soruya olumlu ve olumsuz cevap veren iki görüş söz konusudur.

Çoğunluğa göre batıl bir sözleşmede, sözleşmenin konusu borçlu tarafın izniyle alacaklı tarafa teslim edildikten sonra yok olmuşsa alacaklının sözleşmenin konusunu tazmin etmesi gerekir¹¹¹⁷. Fakat ortada hukuken mevcut bir sözleşme olmadığı için bu tazminatın hangi hukuki gerekçeye dayanacağı ise ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkar.

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed; tazminatın gerekçesi olarak ise sözleşmenin konusunun karşılıklı bedel esası üzerine karşı tarafa teslim edilmiş olmasını gösterirler¹¹¹⁸. Örneğin; bir satış sözleşmesinde, satıcının sözleşmenin konusunu karşı taraftan bir ivaz bekleyerek teslim ettiği kabul edilir. Apaydın, bu gerekçeden kastedilenin taraflar arasında farazi bir garanti sözleşmesi olduğu, alıcının tazminat sorumluluğunun da bu garanti sözleşmesi kapsamında olduğu görüşündedir¹¹¹⁹. Diğer bir

¹¹¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Apaydın, "Hükümsüzlük", 106.

¹¹¹⁴ Apaydın, "Hükümsüzlük", 108.

¹¹¹⁵ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/161.

¹¹¹⁶ Apaydın, "Hükümsüzlük", 125.

¹¹¹⁷ Hamza Aktan, "Damân", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/daman> (31.08.2022); Apaydın, "Hükümsüzlük", 129; Zerka, *İslam Hukuku*, 536; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 385; Bardakoğlu, "Butlan", (14.07.2022); Hafif, *Hukuki İşlemler*, 499.

¹¹¹⁸ Zerka, *İslam Hukuku*, 536.

¹¹¹⁹ Garanti sözleşmesi (damânü'd-derek), sözleşmenin konusunda önceden var olan bir ayıbın veya üçüncü kişinin bir hakkının söz konusu olması durumunda satıcının aldığı bedeli alıcıya geri vereceğine ilişkin taahhütte bulunmasıdır. Hamza Aktan, "Derek", TDV İslâm Ansiklopedisi,

gerekçe ise “*sevm-i şira*” kuralının bu meseleye evleviyetle uygulanmasıdır¹¹²⁰. İslam hukukunda bir satış sözleşmesinde satıcı ve alıcının fiyatta anlaşmaları bir şeyi alıcının beğenirse satın almak üzere yanına almasına *sevm-i şira* denir¹¹²¹. Bu yolla alınan bir şeyin alıcı elinde yok olması halinde İslam hukukunda o şeyin tazmin edileceği kabul edilir¹¹²². Bu görüşe göre buradaki tazminat sorumluluğunun, batıl sözleşmelerde de evleviyetle uygulanması gerekir¹¹²³. Tazminat, sözleşmenin konusu mislî bir malsa misli ile, kıyemî bir mal ise kıymeti ile ödenir¹¹²⁴.

Ebu Hanife’ye ait olduğu düşünülen ikinci görüşe göre, sözleşmenin konusu borçlunun izniyle alacaklıya teslim edildiğinde, ortada sözleşme olmaksızın yalnızca bir teslimin varlığından söz edilir. Zira sözleşme batıl olduğu için mülkiyet intikal etmemiştir. Bu sebeple bu görüşe göre sözleşmenin konusu, sahibinin rızasıyla teslim edildiği için karşı tarafın elinde emanet niteliğindedir¹¹²⁵. Emanet ise emanet verilen kişinin elinde kusuru olmaksızın yok olursa tazminat yükümlülüğün olmayacağı kabul edilir¹¹²⁶. Buradan bahisle Ebu Hanife’ye göre, tarafların rızası ile karşı tarafa verilen şeyler emanet hükmünde olduğundan, batıl sözleşmede de konunun rıza ile teslim edilmesinden sonra konu yok olmuşsa tazmini gerekmez¹¹²⁷.

<https://islamansiklopedisi.org.tr/derek> (14.09.2022). Garanti sözleşmesini gerekçe gösteren bu görüşe göre, alıcı sözleşmenin konusunu teslim aldıktan sonra konu yok olursa, karşılıklılık esasına göre satıcıya sözleşmenin konusunun bedelini ödemesi gerekir. Apaydın’a göre her ne kadar Klasik öğretilerde yer almasa da tazmin yükümlülüğünü sebepsiz zenginleşme ile açıklamak mümkündür. Bununla birlikte farazi bir garanti sözleşmesinin varlığından da söz edilebilir. Apaydın, “Hükümsüzlük”, 126.

¹¹²⁰ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 289; Zerka, *İslam Hukuku*, 536; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 127; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 499.

¹¹²¹ Cengiz Kallek, "Müsâveme", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/musaveme> (31.08.2022).

¹¹²² Kallek, "Müsâveme", TDV İslâm Ansiklopedisi, (31.08.2022); Serahsî, *Mebûsât*, 13/32. Mecelle m. 298: “*Sevm-i şirâ tarikiyle ya ni tesmiye-i semen olunarak iştirâ etmek üzere müşteri kabz edip götürdüğü mâl müşteri yedinde telef zâyi` oldukda, kıyemiyâtta olduğu takdirde kıymetini ve misliyiâtta olduğu takdirde mislini bâyiâ vermesi lâzım gelir*”.

¹¹²³ Zerka, *İslam Hukuku*, 536; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 127.

¹¹²⁴ Kallek, "Müsâveme", TDV İslâm Ansiklopedisi, (31.08.2022); Şeyhîzâde, *Mecme’ul Enhur*, 4/162; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 119; Zerka, *İslam Hukuku*, 540; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 499.

¹¹²⁵ Şeyhîzâde, *Mecme’ul Enhur*, 4/162; Bilmen, *Kâmus*, 1/168; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 553.

¹¹²⁶ Şeyhîzâde, *Mecme’ul Enhur*, 4/162; Bilmen, *Kâmus*, 1/168; Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 154; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 85; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, 553.

¹¹²⁷ Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 289; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 499; Zerka, *İslam Hukuku*, 535; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 125.

Tazminin gerekmeyeceğini savunan bazı hukukçular ise gerekçe olarak batıl sözleşmelerde verilen rızanın geçerli olduğu fikrinden hareket ederler. Buna göre, bir Müslüman, bir gayrimüslimden bir içki satın alsa ve içkiyi tüketse, bedelini ödemek veya içkiyi tazmin etmek zorunda değildir. Çünkü ortada batıl bir sözleşme vardır ve satıcının rızası söz konusudur¹¹²⁸. Fakat bunun suiistimale açık bir görüş olduğunu kabul etmek gerekir.

b. Kısmi Butlan

İslam hukukunda kısmi butlana, Klasik İslam hukukundaki ifadesiyle sözleşmenin bölünmesine ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur.

Ebu Hanife'ye göre, sözleşmeler kural olarak bölünemez. Fakat sözleşmeye konu edilmesi hukuka aykırı olan şeyleri “*nass ve icma ile yasaklanan*” ve “*içtihat ile yasaklanan*” şeyler olmak üzere ikiye ayıran Ebu Hanife, kısmi butlan konusunda da bu ayrımı yapmıştır. Buna göre nass ve icma ile yasaklanan şeylerle birlikte hukuka aykırı olmayan başka şeylerin bir sözleşmeye konu edilmesi durumunda nass ve icma ile yasaklanan şey sözleşmenin tümüne sirayet eder. Bu sebeple sözleşmenin tamamı batıl olur¹¹²⁹. Örneğin; içki ile suyun birlikte satımı böyledir. Fakat sözleşmeye konu edilen şey, vakıf malının satışı veya sahibinin çocuğunu doğuran cariye'nin satışı gibi içtihat yoluyla yasaklanan bir şeyse sözleşme bölünebilir. Bu durumda hukuka aykırı kısım çıkarılır ve hukuka uygun olan kısım sözleşme geçerliliğini korur¹¹³⁰.

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise bir sözleşmede bedelleri ayrı ayrı belirtilmek kaydıyla, hukuka uygun olan ve olmayan iki şeyin yer alması halinde, sözleşme bölünebilir ve hukuka uygun olan kısım için geçerli kabul edilir¹¹³¹. Bu halde taraflar sözleşmenin ayakta kalan kısmını kabul edip etmemekte muhayyerdir. Ancak bunun için sözleşmeyi yaparken söz konusu hukuka aykırılığı bilmiyor olmaları gerekir¹¹³². Fakat bedelleri ayrı ayrı belirtilmemişse sözleşmenin tamamı butlan yaptırımına uğrar¹¹³³.

¹¹²⁸ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 126.

¹¹²⁹ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 119.

¹¹³⁰ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 120.

¹¹³¹ Zerka, *İslam Hukuku*, 532; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 120; Bardakoğlu, "Butlan", TDV İslâm Ansiklopedisi, (14.07.2022).

¹¹³² Apaydın, “Hükümsüzlük”, 121.

¹¹³³ Zerka, *İslam Hukuku*, 532.

Bir diğerk Hanefi hukukçu Züfer'e göre ise, sözleşmenin konusu birisi hukuken yasaklanmış olan iki şey içeriyorsa; batıl olan kısım olmaksızın sözleşme akdedilmeyecekti ise sözleşmenin tamamı batıl olur. Fakat taraflar batıl olan kısım olmaksızın da sözleşmeyle istedikleri amaca ulaşıyorlarsa, bölünmeden zarar görecekt olan kişi sözleşmeyi kalan kısmı ile kabul edip etmemekte muhayyerdir¹¹³⁴.

Diğerk ekollerde de kısmi hükümsüzlüğe imkan tanıyan benzer görüşler vardır¹¹³⁵. İslam hukukunda kısmi hükümsüzlük, genel olarak sözleşmenin bölünmeye uygun olup olmaması etrafında şekillenmiştir. Bu noktada Türk hukukuna en yakın görüşün ise Züfer'e ait olduğunu söylemek mümkündür.

3. Fesat

Kelime anlamı olarak “sağlam ve düzgün bir şeyin sonradan bozulması, vasıflarını kaybetmesi” anlamına gelen fesat kavramı, İslam hukukunda kurulmuş bir sözleşmenin vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk nedeniyle hükümsüz olması durumuna verilen addır¹¹³⁶. Bu durumdaki sözleşmeye ise fâsit denir¹¹³⁷. Fesat, kurucu şartlarında eksiklik bulunmayan sözleşmelerde söz konusu olur. Dolayısıyla fasit sözleşmeler halihazırda kurulmuş olup, sözleşmenin esasına ilişkin olmayan, fer'i nitelikteki unsurlarında hukuka aykırılık söz konusudur¹¹³⁸. Bu durumda fasit sözleşmeler ya feshedilerek ortadan kaldırılmalı ya da fesada yol açan sebep giderilerek sözleşme geçerli hale getirilmelidir¹¹³⁹.

Fesat teorisi, Hanefi ekolüne ait bir içtihatır¹¹⁴⁰. Hanefi hukukçular, çoğunluğu oluşturan hukukçulardan farklı olarak sözleşmelerin asli ve fer'i unsurlarında meydana gelen eksikliklerin yaptırımının aynı derecede olamayacağını ve dolayısıyla sözleşmenin batıl olması ile sahîh olması arasında bir kademe daha olması gerektiğini savunarak

¹¹³⁴ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 121.

¹¹³⁵ Bu görüşler için bkz. Apaydın, “Hükümsüzlük”, 121 vd.

¹¹³⁶ Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021); Zeydan, *İslam Hukuku*, 537; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 376; Zerka, *İslam*, 546; Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 178; Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 118.

¹¹³⁷ Apaydın, "Fesat", (24.08.2021).

¹¹³⁸ Bilmen, *Kâmus*, 1/169; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 203.

¹¹³⁹ Çeker, *Akidler*, 103.

¹¹⁴⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 368; Zerka, *İslam*, 546.

hükümsüzlükte ikili bir taksim yaparlar¹¹⁴¹. Asıl ve vasıf ayrımı şeklinde yapılan bu taksimin neticesinde fasit olan sözleşmeler için “*asıl itibariyle meşrû, vasıf itibariyle gayri meşrû*” denilir¹¹⁴². Hanefî ekolü dışındaki İslam hukukçuları ise butlan ve fesat kavramlarını eş anlamlı olarak kullanırlar¹¹⁴³. Onlara göre sözleşme bir bütündür ve asıl-vasıf ayrımı yapılamaz. Dolayısıyla bir sözleşmenin gerek aslında gerekse vasfında meydana gelen eksikliklerin tek bir sonucu vardır, o da butlandır¹¹⁴⁴.

Sözleşmenin vasfında yer alan hukuka aykırılık genellikle sözleşmenin konusunun hukuka uygun olmaması, diğer bir deyişle kanun koyucunun sözleşmeye konu olan şeyde yasakladığı bir vasfın olması halinde söz konusu olur¹¹⁴⁵. Örneğin; sözleşmede faiz kararlaştırılması sözleşmenin fasit olmasına yol açar¹¹⁴⁶. Gerçekten de faizli sözleşmede sözleşmenin aslî unsurlarında bir eksiklik olmayıp öneri ve kabul ile kurulmuştur. Fakat konusu kanun koyucunun yasakladığı bir vasfı içerdiğinden fasittir.

Fesat ve butlan ayırımının evlenme sözleşmesi için yapılıp yapılamayacağı Hanefî ekolünde tartışmalıdır. Fakat çoğunluğun oluşturduğu görüşe göre evlenme sözleşmesinin batıl veya fasit olup olmaması arasında fark yoktur¹¹⁴⁷. Bunun gerekçesi ise kadınla cinsel ilişkinin helal olması için geçerli bir evlenmenin gerekmesidir¹¹⁴⁸. Batıl ve fasit evlenmenin her ikisinde de evlenme sözleşmesini sahih hale getirmek söz konusu olmadığından aralarında hüküm yönünden fark yoktur.

Fesada yol açan sebepler sözleşmeden sözleşmeye değişiklik gösterse de genel fesat sebeplerini; garar (*belirsizlik*) ve cehalet (*bilinmezlik*), ikrah ve müfsit şartlar¹¹⁴⁹ olarak sınıflandırmak mümkündür.

¹¹⁴¹ Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/131; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021); Zerka, *İslam*, 546. Asıl-vasıf ayırımına İslam hukukunda “*li-aynihi-li-gayrihi*” ayrımı da denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, “Hükümsüzlük”, 54 vd.

¹¹⁴² Merginani, *El-Hidâye*, 3/84; Ansay, *İslam Hukuku*, 66; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 371; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 100; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021); Zerka, *İslam*, 548; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 203.

¹¹⁴³ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 369; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021).

¹¹⁴⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384.

¹¹⁴⁵ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 367; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021).

¹¹⁴⁶ Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (24.08.2021).

¹¹⁴⁷ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 374; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁴⁸ Apaydın, "Fesat", (15.09.2021).

¹¹⁴⁹ Sözleşmenin fesadına yol açan şartlardan bahsederken; fesada yol açan şart için, cümle içerisinde şartın sıfatı olarak kullanılması halinde “*müfsit şart*” terimini, fesat sebebiyle ortaya çıkan işlemin sonucunu ifade ederken “*fasit*” terimini kullanmayı tercih ettik.

Garar ve cehaletin, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarından birisi olduğuna daha önce değinmiştik¹¹⁵⁰. Garar; kelime anlamı olarak belirsizlik, tehlike, risk anlamlarına gelmektedir. Genel olarak sözleşmenin konusunda belirsizlik söz konusu ise garardan; bilgisizlik söz konusu ise cehaletten söz edilir¹¹⁵¹. Karâfi, bu kavramlar arasındaki farkı “*Garar elde edilip edilmeyeceği bilinmeyen şeyi, cehalet ise elde edilmesine dair belirsizlik olmamakla birlikte vasıfları bilinmeyen şeyi ifade eder*” şeklinde ortaya koymuştur¹¹⁵². Hanefilere göre sözleşmenin konusunun aslında söz konusu olan garar butlan sonucunu doğururken, konunun vasıf, miktar ve fer’i unsurlarındaki garar fesat sonucunu doğurur¹¹⁵³. Yine Hanefî içtihatlarına göre cehaletin fesada yol açması için bilgisizliğin fahiş ve çözümsüz bir ihtilafa sebep olması gerekmektedir¹¹⁵⁴. Kendisinde olması istenen vasıf ve özellikleri belirlenmeden bir sürüden bir koyun almak böyledir. Böyle bir sözleşmede satıcı zayıf ve çelimsiz bir koyun vermek, alıcı ise iyi beslenmiş bir koyun almak isteyebilir. Burada vasıfları belirlenmediğinden aşırı bilgisizlik taraflar arasında ihtilafa sebep olur¹¹⁵⁵. Bu sebeple böyle bir sözleşme fasittir. Aynı şekilde bedeli para dışında bir şey olan bir sözleşmenin bedelindeki bilgisizlik de fesat sonucunu doğurur¹¹⁵⁶. Ancak çözümsüzlüğe ve ihtilafa sebep olmayan bilgisizlik sözleşmeye zarar vermez¹¹⁵⁷. Örneğin; bedel unsuru eksik bir satış sözleşmesinde sözleşmenin konusunun örfen uygulanagelen rayiç bir bedeli varsa, yani bedel belirlenebilir nitelikte ise bu durum ihtilafa sebebiyet vermez. Bu nedenle buradaki bilgisizlik sözleşmenin fesadına yol açmaz.

İkrah, hukuk literatüründe bir kimseye zor kullanarak sözleşme yaptırmak, kişiyi bir şeyi yapmaya zorlamak anlamlarına gelir. Hanefî hukukçular arasında ikrahın sözleşmenin fesadına mı yoksa askıda olmasına yol açacağı tartışmalıdır¹¹⁵⁸. Ebu Hanife’nin görüşüne göre ikrah sözleşmenin fesadına yol açar ve fasit sözleşmelere

¹¹⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm I., B., c..

¹¹⁵¹ Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021); Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021); Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 542.

¹¹⁵² Dönmez, "Garar", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021)’den naklen.

¹¹⁵³ Zerka, *İslam*, 559; Apaydın, "Fesat", (15.09.2021); Çeker, *Akidler*, 104.

¹¹⁵⁴ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 542; Çeker, *Akidler*, 105; Zerka, *İslam*, 557.

¹¹⁵⁵ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 542; Çeker, *Akidler*, 105.

¹¹⁵⁶ Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁵⁷ Abdullah, "Freedom of Contract", 372.

¹¹⁵⁸ Zerka, *İslam*, 561; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

uygulanan hükümler burada da uygulanır¹¹⁵⁹. Zira ikrah, rızayı ortadan kaldırır¹¹⁶⁰. Rıza ise sözleşmenin kurucu şartı değil, sıhhat şartıdır¹¹⁶¹. İmam Züfer ise ikrahın sözleşmenin mevkuf olmasına yol açacağı görüşündedir¹¹⁶². Ona göre ikrah, yürürlük şartlarına aykırılık teşkil edeceğinden işlem askıdadır. Gerekçesi ise ikrah sona erdikten sonra işleme onay verilerek etkinlik kazandırabileceği yönünde İslam hukukçularının görüş birliğinin olmasıdır¹¹⁶³. Zira fasit bir sözleşmede onama sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Çağdaş İslam hukukçularının görüşü de İmam Züfer'in gerekçesinin daha güçlü olduğu yönündedir¹¹⁶⁴.

Fesada yol açan genel sebeplerin sonuncusu olan müfsit şart, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünde yer verilen sözleşmenin gereğine aykırı olan takyidi şartlardır¹¹⁶⁵. Bu şartlar, tek taraflı fayda sağladığı, yasaklanmış bir hususu içerdiği, sözleşmenin içeriğine, amacına veya teamüle aykırı olduğu için yasaklanan şartlardır¹¹⁶⁶. Bu şartlar bütün ivazlı sözleşmelerin fesadına yol açar¹¹⁶⁷. Örneğin; faiz şartı içeren satışlar böyledir¹¹⁶⁸.

Genel sebepler haricinde her sözleşmenin özel sıhhat şartları çerçevesinde fesadına yol açan özel şartlar söz konusu olabilir. Örneğin satış sözleşmesinde süre tayin edilmesi sözleşmeyi fasit hale getiren bir sebepken, kira sözleşmesinde ise süre tayin edilmemesi sözleşmeyi fasit hale getiren bir sebeptir¹¹⁶⁹.

Fasit sözleşmenin hukuki ve maddi bir varlığı söz konusudur¹¹⁷⁰. Fasit sözleşmeler geçerlilik şartlarını taşımasa da hukuken kurulmuştur. Dolayısıyla ortadan

¹¹⁵⁹ Zerka, *İslam*, 561; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁶⁰ Merginani, *El-Hidâye*, 3/433.

¹¹⁶¹ Ali Bardakoğlu, "İkrah", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrah> (16.09.2021).

¹¹⁶² Zerka, *İslam*, 561; Bardakoğlu, "İkrah", TDV İslâm Ansiklopedisi, (16.09.2021); Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁶³ Zerka, *İslam*, 561; Bardakoğlu, "İkrah", TDV İslâm Ansiklopedisi, (16.09.2021).

¹¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zerka, *İslam*, 561; Abdürrezzâk Ahmed es-Senhûrî, I, 211-212 (naklen Bardakoğlu, "İkrah", 16.09.2021)).

¹¹⁶⁵ Şeyhîzâde, *Mecme-ul Enhur (Damad)*, 4/155; Bilmen, *Hukukî İslamiyye* 6/24; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 542; Hafif, *Hukukî İşlemler*, 372.

¹¹⁶⁶ Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 158; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁶⁷ Zerka, *İslam*, 562; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁶⁸ Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021); Bilmen, *Hukukî İslamiyye* 6/24.

¹¹⁶⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 542; Zerka, *İslam*, 556; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (15.09.2021).

¹¹⁷⁰ Karaman, *Mukayeseli*, 256.

kaldırılması için feshi gerekir¹¹⁷¹. Fakat öncelikle belirtmek gerekir ki fasit sözleşmelerde fesih, bir haktan ziyade taraflara verilmiş bir yetki mahiyetindedir¹¹⁷². Çünkü fasit sözleşmenin feshi bir gereklilik, feshedilmemesi ise günahtır¹¹⁷³. Bu sebeple tarafların fasit sözleşmeyi feshetmemesi esasen hukuka aykırı bir durumdur. Taraflardan her biri, diğerinin rızasına ihtiyaç duymadan tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi feshederek ortadan kaldırabilir¹¹⁷⁴. Fasit sözleşmenin feshinin bir gereklilik olmasının başka bir sonucu ise tarafların fesada yol açan sebebe rıza göstermeleriyle dahi sözleşmenin geçerlilik kazanamamasıdır¹¹⁷⁵. Ancak fesat sebebinin giderilmesi imkanı varsa taraflar sözleşmeyi feshetmek yerine fesat sebebini ortadan kaldırabilir¹¹⁷⁶. Örneğin; belirsiz bir vadeye bağlanmış sözleşme belirsizlik sebebiyle fasittir. Fakat bu belirsizliğin giderilmesi mümkünse ve giderilirse sözleşme geçerlilik kazanarak geçerli bir sözleşmenin tüm sonuçlarını doğurur¹¹⁷⁷.

Fasit sözleşmeler teslimden önce hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz¹¹⁷⁸. Buna bağlı olarak teslimden önce mülkiyetin devri gerçekleşmez ve bu aşamada hasar sorumluluğu satıcıya ait olur¹¹⁷⁹. Fakat fasit bir sözleşmede teslim gerçekleşmişse bu duruma birtakım sonuçlar bağlanır. Sözleşmenin konusunun satıcının izniyle karşıya teslim edilmesi halinde, Hanefî ekolüne göre mülkiyetin ve hasar sorumluluğunun karşı tarafa geçtiği

¹¹⁷¹ Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (16.09.2021); Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 228; Zeydan, *İslam Hukuku*, 537.

¹¹⁷² Apaydın, "Hükümsüzlük", 137; Hıra, "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 124.

¹¹⁷³ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 540; Ansay, *İslam Hukuku*, 66; Bilmen, *Kâmus*, 1/171; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 556; Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 99. Çeker, *Akidler*, 105; Hafif, *Hukuki İşlemler*, 368; Karaman, *Mukayeseli*, 256; Bardakoğlu, "Fesih", TDV İslâm Ansiklopedisi, (01.09.2021); Zuhayli, *İslam Fıkhı*, 208. Hanefî hukukçulara göre fasit sözleşmelerin feshi vaciptir. Bu sebeple buradaki fesih işlemine hak demek kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla buradaki feshedilebilirliğin taraflara tam olarak bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü verdiği de söylenemez. Bu yönde bkz. Apaydın, "Hükümsüzlük", 137.

¹¹⁷⁴ Merginani, *El-Hidâye*, 3/85; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 540.

¹¹⁷⁵ Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 540.

¹¹⁷⁶ Apaydın, "Hükümsüzlük", 137; Çeker, *Akidler*, 105; Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 228; Karaman, *Mukayeseli*, 256.

¹¹⁷⁷ Karaman, *Mukayeseli*, 256; Apaydın, "Hükümsüzlük", 137.

¹¹⁷⁸ Bilmen, *Kâmus*, 1/170; Karaman, *Mukayeseli*, 255; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 385; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138; Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 228.

¹¹⁷⁹ Talip Türcan, "İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi Sorunu", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 1 (2003): 173; Kisbet, "Satılan Malın Kabzı", 488; Hıra, "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 121. Hasar sorumluluğunun teslimle alıcıya geçeceği yönündeki görüş Hanefî ve Şâfiî ekollerine göredir. Mâlikî ve Hanbelî ekollerine göre hasar sorumluluğu sözleşmenin yapılmasıyla alıcıya geçer. Bu yönde bkz. Türcan, "Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi", 173 vd; Kisbet, "Satılan Malın Kabzı", 488 vd.

kabul edilir¹¹⁸⁰. Hasar sorumluluğu alıcıya geçtikten sonra sözleşmenin konusu yok olursa alıcı, sözleşmenin konusunun mislini ya da kıymetini tazmin etmekle yükümlü olur¹¹⁸¹. Her ne kadar fasit sözleşmelerde teslim mülkiyet ifade etse de teslimle tarafların fesih hakkı düşmez. Bu sebeple taraflardan birisi fasit bir sözleşmeyi teslimden önce veya sonra her zaman feshedebilir¹¹⁸².

Teslimin, fesat halinin sözleşmenin bedeline ilişkin olup olmamasına göre farklı sonuçları vardır. Fesat halinin bedele ilişkin olması, sözleşmenin esasına ilişkin bir fesat sebebinin bulunması anlamına gelir. Örneğin; satış sözleşmesinde bedel olarak içkinin kararlaştırılması durumunda fesat bedele ilişkindir¹¹⁸³. Fesat hali bedelden kaynaklanıyorsa taraflar, teslimden sonra da sözleşmeyi diğer tarafın rızası gerekmeksizin her zaman feshedebilir¹¹⁸⁴. Çünkü sözleşme, konudan ve bedelden ibarettir. Bu sebeple bedele ilişkin bir aykırılık sözleşmenin aslına etki eder¹¹⁸⁵.

Fesat hali bedele ilişkin değilse ve karşı tarafın aleyhine bir durum yaratan fasit şarttan kaynaklanmışsa fesih yetkisi, İmam Muhammed'e göre müfsit şarttan menfaat sağlayan tarafa aittir¹¹⁸⁶. Zira bu kişinin lehine olan şarttan vazgeçerek sözleşmeyi sahih hale getirmesi de mümkündür¹¹⁸⁷. Ancak karşı tarafa da fesih yetkisi verilirse lehine şart koşulan kişinin menfaatleri zarar görebilir¹¹⁸⁸. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre ise her iki taraf da fesih yetkisini haizdir¹¹⁸⁹. Çünkü sözleşmede fesada yol açan bir sebep vardır. Sebep giderilerek sözleşmeye sıhhat kazandırılabilmesi mümkünse de giderilmediği sürece sözleşme geçersiz olduğundan iki tarafı da bağlamaz¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁰ Ansay, *İslam Hukuku*, 66; Serahsî, *Mebûsât*, 13/31; Bilmen, *Kâmus*, 1/170; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 554; Güneş, "İslam Akit Sistematiği", 541; Hıra, "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 121; Karakoç, "Kesin Satış Akdi", 228.

¹¹⁸¹ Türcan, "Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi", 174.

¹¹⁸² Hıra, "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 124; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138.

¹¹⁸³ Apaydın, "Hükümsüzlük", 137; Karaman, *Mukayeseli*, 257.

¹¹⁸⁴ Bilmen, *Kâmus*, 1/171. Zira fesih tek taraflı irade açıklamasıyla ileri sürülebilen bir yetkidir. Kaldı ki hukuken feshedilmesi gereken bir sözleşme için tarafların rızası aranmaz.

¹¹⁸⁵ Merginani, *El-Hidâye*, 3/85; Hıra "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 124; Karaman, *Mukayeseli*, 257.

¹¹⁸⁶ Merginani, *El-Hidâye*, 3/85; Zerka, *İslam*, 567; Karaman, *Mukayeseli*, 257; Apaydın, "Fesat", TDV İslâm Ansiklopedisi, (16.09.2021); Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 557; Hıra "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 124.

¹¹⁸⁷ Merginani, *El-Hidâye*, 3/85; Zerka, *İslam*, 567; Karaman, *Mukayeseli*, 257; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138; Hıra, "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı", 124.

¹¹⁸⁸ Karaman, *Mukayeseli*, 257; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138.

¹¹⁸⁹ Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 99; Karaman, *Mukayeseli*, 257; Apaydın, "Hükümsüzlük", 138; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, 555.

¹¹⁹⁰ Apaydın, "Hükümsüzlük", 138; Ceylan, "Akdin Bağlayıcılığı", 100.

Fasit sözleşmelerde feshin haktan ziyade bir yetki, bir görev mahiyetinde olması, fasit sözleşmelerin feshinin gerekli oluşuyla alakalıdır. Ancak taraflar, fasit sözleşmeyi feshetmek istemiyorlarsa hakimin sözleşmeyi re'sen feshedip edemeyeceği Hanefi hukukçular arasında tartışmalıdır. Bazı hukukçular; hakimin de taraflara sormaksızın sözleşmenin ortadan kaldırılmasına karar verebileceğini ileri sürmüştür¹¹⁹¹. Bazıları ise hakimin sözleşmeye müdahale edemeyeceğini ve sözleşmenin akıbetinin tarafların takdirine bırakılması gerektiğini savunmuşlardır¹¹⁹². Orta yolu bulan bir diğer görüş ise hakimin sözleşmeyi tarafların rızası olmaksızın yalnızca kamu yararını ilgilendiren konularda feshedebileceğini, bunun dışında sadece feshe yetkili olan tarafın sözleşmeyi feshedebileceği yönündedir¹¹⁹³. Hanefi ekolü, fasit sözleşmelerin feshedilmesine ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir¹¹⁹⁴. Bu da fesat halinin kamu düzeni boyutuyla yakından ilgilidir.

Fasit sözleşmeler teslimle mülkiyet ifade etse de geçerli hale gelmez. Burada yalnızca mevcut fiili duruma bir hüküm bağlanması söz konusudur. Bu sebeple tarafların fesih yetkisi de devam eder. Ancak bazı durumlarda tarafların fesih yetkilerinin düşmesi söz konusu olabilir. Mecelle'de fesih yetkisinin düşmesine sebep olan haller; sözleşmenin konusunun alıcının elinde yok olması ya da alıcının sözleşmenin konusunu tüketmesi, alıcının konuyu bir üçüncü kişiye satması veya bağışlaması gibi işlemlerle elinden çıkarmış olması, sözleşmenin konusuna alıcı tarafından bir şey eklenmesi ya da konunun yapısının değiştirilmesi olarak sayılır¹¹⁹⁵.

Sözleşmenin konusunun alıcının elinde yok olması (*telef*) ya da alıcı tarafından kullanılarak tüketilmesi (*istihlâk*) halinde fesih yetkisi düşer¹¹⁹⁶. Sözleşmenin konusunun yok olmasıyla; konu bir hayvansa ölmesi, bir eşyaysa yanması gibi artık kendisinden faydalanılması mümkün olmayacak hale gelmesi kastedilir. Sözleşmenin konusu

¹¹⁹¹ Hafif, *Hukuki İşlemler*, 369; Zerka, *İslam*, 562; Karaman, *Mukayeseli*, 255.

¹¹⁹² Bu yönde bkz. Apaydın, "Hükümsüzlük", 139, dpn. 123.

¹¹⁹³ Apaydın, "Hükümsüzlük", 139.

¹¹⁹⁴ Apaydın, "Hükümsüzlük", 142.

¹¹⁹⁵ Mecelle m. 372: "*Bey`-i fâsidede âkideynden her birinin bey`i fesh etmeğe hakkı vardır. Fakat mebi` eğer müşteri yedinde telef olur ise yahut müşteri onu istihlak veya diğere bey`-i sahih ile bey` ya hibe gibi bir suretle elinden çıkarırsa veyahut mebi` hane olup da tamir olunmak veya arsa olup da ağaç dikilmek gibi bir suretle müşteri tarafından mebia bir şey ilâve veyahut buğday olup da tahn ile un edilmek gibi mebi`in ismi değişecek surette tağyir edilirse hakk-ı fesh olmaz*".

¹¹⁹⁶ Bilmen, *Kâmus*, 1/172.

tüketilerek biten bir şeye ve bu suretle yok olmuşsa bu halde de fesih yetkisinin düşmesi söz konusu olur¹¹⁹⁷. Bu durumda alıcı sözleşmenin konusu mislî bir mal ise mislini, kıyemî bir mal ise konunun yok olduğu zamanki kıymetini satıcıya ödemekle yükümlüdür¹¹⁹⁸.

Alıcının teslimden sonra sözleşmenin konusunu satış veya bağış gibi mülkiyetin devrini içeren sözleşmelerle elinden çıkarması halinde bu sözleşmeler geçerli olup alıcının fasit sözleşmeden doğan fesih yetkisi düşer¹¹⁹⁹. Bu durumda yine sözleşmenin konusunun kıymetini ya da mislini karşı tarafa vermekle yükümlü olur¹²⁰⁰. Burada sözleşmede kararlaştırılan bedel yerine kıymetinin ödenmesi, fasit sözleşmeye değil, fiili duruma sonuç bağlanması sebebiyledir¹²⁰¹. Başka bir deyişle ortada geçerli bir sözleşme olmadığı için tazmin borcu sözleşmenin konusunun kıymeti üzerinden takdir edilir. Fasit sözleşmelerde teslimden sonra yapılan hukuki tasarruflar geçerli kabul edilmişse de alıcının sözleşmenin konusundan yemek, içmek, giymek, kullanmak vb. suretle bizzat faydalanmasına izin verilmemiştir¹²⁰².

Sözleşmenin konusunda artma veya değişiklik olmuşsa fesih yetkisinin düşmesi söz konusu olabilir. Ebu Hanife'ye ait olan görüşe göre eğer sözleşmenin konusunun aslından teşekkül etmeyen bir artış olursa ve bu artışın sözleşmenin konusundan ayrılması mümkün olmazsa fesih yetkisi düşer ve sözleşmenin konusunun kıymetinin ödenmesi gerekir¹²⁰³. Bu artışa örnek olarak fasit sözleşmenin konusu olan bir arsaya, alıcının teslimden sonra bir taşınmaz inşa etmesi veya bir ağaç dikmesi verilebilir¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁷ Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 126.

¹¹⁹⁸ Türcan, “Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi”, 173. Fasit sözleşmelerde teslim edilen mallara, gaspa ilişkin hükümler uygulanacağı yönünde bkz. Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 127; Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/168.

¹¹⁹⁹ Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 127; Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/169-170; Bilmen, *Kâmus*, 1/172; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 555.

¹²⁰⁰ Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/171; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 555; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 140; Güneş, “İslam Akit Sistematiği”, 541; Karaman, *Mukayeseli*, 258.

¹²⁰¹ Merginani, *El-Hidâye*, 3/86; Karaman, *Mukayeseli*, 258.

¹²⁰² Apaydın, “Hükümsüzlük”, 141; Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 123; Karaman, *Mukayeseli*, 257.

¹²⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkam*, 561; Karaman, *Mukayeseli*, 259; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 141.

¹²⁰⁴ Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 132. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre fesih yetkisi düşmeyip alıcının arsa üzerindeki taşınmazı yıkararak ya da dikilen ağacı sökerek arsayı satıcıya teslim etmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Merginani, *El-Hidâye*, 3/86; Apaydın, “Hükümsüzlük”, 141; Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 132; Şeyhîzâde, *Mecme'ul Enhur*, 4/171.

Sözleşmenin konusunda eksilme meydana gelmesi ise fesih yetkisine etki etmez¹²⁰⁵. Sözleşme feshedildikten sonra teslim alan sözleşmenin konusundaki eksilmenin değerini karşı tarafa öder¹²⁰⁶.

Sözleşmenin konusunun değişikliğe uğraması durumunda ise, konunun eski hale dönmesi mümkün değilse fesih yetkisi düşer. Değişiklik, Mecelle’de malın isminin değişmesi olarak ifade edilir¹²⁰⁷. Kanımızca bu ifade ile kastedilen, malın farklı bir forma bürünerek niteliğinin değişmesidir. Zeytinin yağını çıkarmak, buğdayı öğütmek, hayvanı kesmek gibi fiiller konunun değişikliğe uğramasına örnektir¹²⁰⁸. Bu durumda sözleşmenin konusunda değişiklik yapan alıcı, sözleşmenin konusunun bedelini karşı tarafa tazmin etmekle yükümlüdür¹²⁰⁹.

C. Değerlendirme

Türk hukukunda sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarının ihlalinin yaptırımının kesin hükümsüz olması karşısında bu yaptırımın katılığı kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile yumuşatılmış ve sözleşmelerin olabildiğince ayakta tutulması yönünde bir anlayış kabul edilmiştir. İslam hukukunda ise butlan yaptırımının katı yapısının, fesat teorisi ile yumuşatıldığı görülür. Türk hukukundaki kesin hükümsüzlük ve İslam hukukundaki butlan yaptırımları, sebep ve sonuçları itibarıyla büyük benzerlik gösterir. Fakat Hanefî hukukçulara ait olan fesat teorisini Türk hukukunda doğrudan karşılayan bir teorinin olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte fesat, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin klasik İslam hukukundaki bir görünümü olması sebebiyle kısmi hükümsüzlük kavramı ile benzetilmektedir.

Kısmi hükümsüzlük ve fesat; sözleşmenin hukuka aykırılık taşıyan kısmının çıkarılarak kalan kısmıyla devam etmesini amaçlayan bir hükümsüzlük türü olması bakımından benzerdir. Her iki yaptırımda da hukuka aykırılık taşıyan kısım çıkarılmadan sözleşme geçerlilik kazanamaz. Ne var ki fesat halinde sözleşmedeki hukuka aykırı kısmın düzeltilmesi suretiyle sözleşmenin hüküm doğurabilir hale gelmesi mümkünken,

¹²⁰⁵ Karaman, *Mukayeseli*, 259.

¹²⁰⁶ Bilmen, *Kâmus*, 1/171.

¹²⁰⁷ Mecelle m. 899: “*Gasıp mal-ı mağsûbu ismi değışecek surette tağıyir ederse zâmin olur ve ol mal kendine kalır*”.

¹²⁰⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkam*, 560; Karaman, *Mukayeseli*, 259.

¹²⁰⁹ Hıra, “Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı”, 134.

basit kısmi hükümsüzlükte ilgili hükümsüz kısmın sözleşmeden çıkarılması gerekir. Buna karşın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile bu imkan da sağlanmış görünmektedir.

Fesat teorisi, dönemin sosyal koşulları çerçevesinde sözleşmeyi ayakta tutmaya imkan veren bir kurum olup favor contractus ilkesinin karakteristik özelliklerini taşımaktadır. Bu da İslam hukukunun taraf iradelerine verdiği önemin bir sonucudur. Çalışmada yer verilen fesat sebepleri dönemin sosyal koşullarına ve örf ve adete göre esneklik gösterebilir¹²¹⁰. Örneğin; sözleşmenin konusuna ilişkin belirsizlik veya bilinmezliğin, zaman, yer ve konu itibarıyla objektif olarak giderilmesi, başka bir ifadeyle edimin belirlenebilir nitelikte olması mümkünse, kanımızca bu belirsizlik veya bilgisizliğin sözleşmeye zarar vermeyeceğinin kabulü gerekir. Türk hukukunda edimin konusunun belirli değilse bile belirlenebilir olmasının yeterli görülmesi, İslam hukuku için de söz konusu olabilir. TBK m. 207/3'te bedelin belirlenmesine ilişkin “*Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir*” hükmünde olduğu gibi belirlenmesi mümkün olan bedelin sözleşmenin fesadına yol açmayacağı kabul edilebilir. Zira anılan fesat sebebi taraflar arasında anlaşmazlığa yer vermemesi amacıyla getirilmiş bir önlemdir. Aynı şekilde müfsit şartların zaman içerisinde örf haline gelmesi sonucu meşru hale gelebileceğinden ikinci bölümde bahsedilmişti. Bu sebeplerle fesat teorisinin Hanefî ekolüne ait, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesini gözetken esnek bir hükümsüzlük türü olduğunu söylemek mümkündür. Apaydın'a göre de fesat teorisi, Hanefî hukukçuların sözleşmeyi mümkün olduğunca butlandan koruma amacının bir yansımasıdır¹²¹¹.

¹²¹⁰ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 143.

¹²¹¹ Apaydın, “Hükümsüzlük”, 144.

SONUÇ

Sözleşme; tarafların, hukuki bir sonuca yönelmiş karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulur. Kişiler kural olarak sözleşme özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük; sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini belirleme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerini içinde barındırır. Fakat sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir biçimde tanınması birtakım adaletsizlikleri de beraberinde getirir. Nitekim tarihsel süreçte özellikle Sanayi Devrimi esnasında sözleşme özgürlüğü başta sosyal ve ekonomik olmak üzere pek çok adaletsizliklere yol açmıştır. Bu sebeple sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bir zorunluluk haline gelmiştir.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü hukuk sistemlerinde belli ölçütlerle sınırlandırılmıştır. Tarafların kararlaştırdıkları ve yerine getirmekle yükümlü oldukları edimler, yan edimler, yan yükümlülükler, sözleşmenin veya ihtarın şekline ilişkin belirlemeler, ifa yeri, ifa zamanı gibi hususlar sözleşmenin içeriğini oluşturur.

Türk hukukunda içerik özgürlüğünün sınırlandırılması Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile yapılmıştır. Buna göre sözleşmenin içeriği emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı ve imkansız olamaz.

Klasik İslam hukukunda bu şekilde bir tasnif yapılmamışsa da içerik özgürlüğü, sözleşmelerin yol açabileceği anlaşmazlıklar sebebiyle belirli ölçütlerle sınırlandırılmıştır. Buna göre sözleşmelerin içeriği kendisinden hukuken yararlanmaya uygun, belirli veya bilinebilir, mümkün ve mevcut olmalıdır. Sözleşmeye dahil edilen takyidi şartlar da hukukun çizdiği çerçeveye uygun olmalıdır. Klasik İslam hukukunda modern hukuktaki gibi bir sistematığın olmaması emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni gibi unsurların gözetilmediği anlamına gelmez. Aksine İslam hukuku, kişilerin ve toplumun, dünyevi ve uhrevi faydalarını gözeten ve bu amacı gerçekleştirmek için

emredici hükümler öngören dinamik bir hukuk sistemidir. Bu sebeple modern hukuktaki tasnifin İslam hukukunda da yapılması mümkündür.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün ilk sınırı emredici hükümlere aykırılıktır. Dolayısıyla sözleşmenin içeriği emredici hükümlere aykırı bir şekilde düzenlenemez. Bir hükmün emredici olduğu o hükmün lafzından, amacından veya yorumundan anlaşılabilir.

Klasik İslam hukukunda sözleşmenin konusu hukukun kendisinden yararlanmayı yasaklamadığı şeylerden oluşabilir. Bunlara mütekavvim mallar denir. Ayrıca sözleşmenin konusunun belirli veya bilinebilir olması da emredici bir hükümdür.

Sözleşmenin içeriği ahlaka aykırı bir şekilde düzenlenemez. Burada kastedilen ahlak genel ahlaktır. Genel ahlak kuralları, belirli bir toplumda ve belirli bir dönemde dürüst, makul ve orta zekalı bireylerin düşünce ve zihniyetlerine uygun düşen kurallardan oluşur. Genel ahlak kuralları, topluma ve zamana göre değişkenlik gösterebilir.

Sözleşmenin içeriği kamu düzenine aykırılık oluşturamaz. Gerek Türk gerekse İslam hukukunda toplumun yararına ve hukuk düzeninin korunmasına hizmet eden kurallar kamu düzenindedir. Kamu düzeni kuralları sınırları hiçbir zaman çizilemeyen, nispi ve değişken kurallardır. İslam hukukunda maslahat ilkesi, dünyevi faydaların gözetilmesi yönüyle kamu düzeni kuralları ile örtüşmektedir. Bu sebeple maslahat ilkesinin bir yönünün kamu düzenini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür.

İçerik özgürlüğünün bir diğer sınırını ise kişilik haklarına aykırılık oluşturur. Kişi, hukukun ve toplumun temel süjesi olduğundan kişilik haklarının korunması tüm hukuk sistemlerinde zorunludur. Türk hukukunda başta Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda olmak üzere kişiliği koruyucu pek çok hüküm bulunur. Klasik İslam hukukunda ise kişiliğin korunması, insanın yaratılmışlar içerisinde en üstünü olması ile temellendirilir. Bu sebeple her iki hukuk sisteminde de kişilik haklarına aykırı sözleşmeler yapılamaz.

Son olarak sözleşmenin içeriği imkansız olamaz. Buradaki imkansızlıkla kastedilen, edimin başlangıçtan itibaren sürekli ve objektif olarak ifa edilemez olmasıdır. Klasik İslam hukukunda kişinin yanında ya da elinde olmayan şeyin sözleşmenin konusu haline getirilmesi ise teslimdeki imkansızlık olarak değerlendirilir. Teslimdeki

imkansızlık ihtiyaç, örf-adet, toplumsal değişim gibi gerekçelerle değişebilir ve imkansız olmaktan çıkabilir. Kira ve eser sözleşmeleri bu duruma örnektir.

İslam hukukunda sözleşmenin içeriğine dahil olan bir diğer husus takyidi şartlarıdır. Takyidi şartlar; sözleşmenin asli veya yan edimleri gibi içeriği oluşturan unsurlara ilişkin olan, sözleşme yapılırken ileri sürülen ve onun içeriğini değiştiren, düzenleyen veya belirleyen şartlardır. Dolayısıyla takyidi şartlar geniş anlamda sözleşmenin içeriğine dahildir. Klasik İslam hukukunda hangi şartların sahih ve geçerli olduğu hukukçular arasında tartışmalıdır. Bu konuda en daraltıcı görüş Zahirî hukukçulara; en fazla serbestlik tanıyan görüş ise Hanbelî hukukçulara aittir. Malikî ekolü de Hanbelî ekolüne yakın bir tutum benimser. Hanefî ve Şafîî hukukçular ise takyidi şart özgürlüğü konusunda orta yollu bir tutuma sahiptir. Takyidi şartların geçerliliğinde tüm ekoller sözleşmenin gereği teorisinden hareket eder. Sözleşmenin gereğine uygun, edimin ifasına yardımcı olan şartlar Zahirîler dışındaki dört ekole göre de sahih ve geçerlidir. Takyidi şartlara en fazla özgürlük tanıyan ekol teoride Hanbelî ekolü olsa da Hanefî ekolü uygulamada örfe dayanarak takyidi şartların kapsamını büyük ölçüde genişletmişlerdir.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarının ihlal edilmesi halinde her iki hukuk sisteminde de birtakım yaptırımlar gündeme gelir. Türk hukukunda içerik özgürlüğünün sınırlarının ihlali halinde uygulanacak yaptırım kural olarak kesin hükümsüzlüktür. Fakat tarafların farazi iradesi, hükümsüz kısım olmaksızın da sözleşmenin yapılacağı yönünde ise kısmi hükümsüzlük söz konusu olabilir.

Klasik İslam hukukunda ise sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarının ihlali durumunda, ihlalin derecesine göre farklı hükümsüzlük türleri söz konusu olur. Aykırılık sözleşmenin asli nitelikteki unsurlarına ilişkinse butlandan, fer'i nitelikteki unsurlarına ilişkin ise fesattan söz edilir. Hükümsüzlüğün bu tasnifi Hanefî ekolüne aittir. Türk hukukunda düzenlenen kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile klasik İslam hukukunda düzenlenen fesat yaptırımı, sözleşmenin ve taraf iradelerinin ayakta tutulması amacıyla kabul edilen hükümsüzlük türleridir.

Her iki hukuk sisteminde de prensip olarak sözleşme özgürlüğü kabul edilmişse de bu özgürlük sosyal adaletin sağlanması ve kamu düzeninin korunması gerekçeleriyle sınırlandırılmıştır. Bu sınırlara aykırılık ise yaptırımlara bağlanmıştır. Fakat her iki hukuk

sistemi de bu yaptırımları uygularken mümkün olduğunca tarafların iradelerine önem vermiş ve sözleşmenin ayakta tutulmasına imkan tanımıştır.

Hukuk sistemlerinin insana dair olması sebebiyle, geliştirilen hukuki kurumların ve öngörülen yaptırımların benzer olması gayet tabii ve kaçınılmazdır. Nitekim İslam hukukunun hükme ulaşırken esas aldığı temel kaidelerden örf, maslahat ve ihtiyaç, esasında her hukuk sisteminin gözettiği kaidelerdir.

Nihayet çalışmayı sona erdirirken elinizdeki bu tezde öne çıkarılmak istenen hususu en iyi şekilde özetleyeceği kanaatiyle Mecelle'den bir madde ile bitirmek uygun olacaktır. İslam hukukunun dinamik yapısını ortaya koyan Mecelle m. 39 şu şekilde kaleme alınmıştır: *“Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz”*.

KAYNAKÇA

- Abdullah, Atıkkullah. "The Doctrine of the Freedom of Contract". *Islamic Studies*. 3/4 (2011): 365-381.
- Acar, H. İbrahim. "Talâk". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 29.12.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/talak>
- Akgündüz, Ahmet. "Hâkim". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 25.12.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakim--fikih-usulu>
- Aktan, Hamza. "Damân". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 31.08.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/daman>
- Aktan, Hamza. "Derek". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 14.09.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/derek>
- Aktan, Hamza. "İstisnâ". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.01.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istisna--akit>
- Aktan, Hamza. *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*. İstanbul: İşaret Yayınları, 1991.
- Akyol, Şener. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Altunkaya, Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005.
- Anayasa Mahkemesi. K. 1964/8 (T. 28.01.1964), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>
- Anayasa Mahkemesi. K.2009/5 (T.08.01.2009), <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2009N27160S200487>
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Bilimine Başlangıç*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınları, 2002.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Apaydın, H. Yunus. "İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 1989. (Hükümsüzlük)
- Apaydın, Hacı Yunus. "Fesad". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 03.06.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fesad--fikih>
- Apaydın, Hacı Yunus. "Galat". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/galat--fikih>
- Apaydın, Hacı Yunus. "İhtiyat". TDV İslâm Ansiklopedisi, Erişim Tarihi 04.11.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ihtiyat>
- Apaydın, Hacı Yunus. "Kabz". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 30.08.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kabz--fikih>
- Apaydın, Hacı Yunus. "Lüzum". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 05.12.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/luzum--fikih>
- Apaydın, Hacı Yunus. "Muhayyerlik". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.09.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhayyerlik>
- Apaydın, Hacı Yunus. "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)". *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 7 (1989): 177-200.
- Apaydın, Hacı Yunus. *İslam Hukuk Usulü*. Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018.
- Aral, Vecdi. "Hukukta İrade Özgürlüğü". *Journal of Istanbul University Law Faculty*. 48 (2011): 249-282.

- Armağan, Servet. *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2019.
- Arvas, M. Sait. "Mirasın İntikali ve Rızâî-Kazâî Taksim Konusunda İslâm Hukuku ile Türk Medeni Kanunu'nun Karşılaştırılması". *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. (2021): 89-112.
- Aslan, Nasi ve Fatıma Ünsal. "İslam ve Batı Dünyasında Kamu Yararı Bağlamında İçkinin Yasaklanması: Mukayeseli Bir Araştırma". *Bilimname*. 1/44 (2021): 7-48.
- Astarlı, Muhittin. *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*. Ankara: Turhan Kirabevi 2013.
- Atamer, Yeşim. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Atamulu, İsmail. *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*. İstanbul: MÜİF Vakfı Yayınları, 1988.
- Atar, Fahrettin. *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşamın Ansiklopedisi*. Editör İbrahim Kâfi Dönmez. C. 4. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1997.
- Atasoy, Kemal. *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.
- Ateş Karaman, Derya. "İrade Özerkliği Kapsamında MK. M. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*. 65/2 (2007): 135-148.
- Ateş, Derya. "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları". *TBB Dergisi*. 72 (2007): 75-93.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakaya Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aybakan, Bilal. "İkale". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 12.08.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikale>
- Aybakan, Bilal. "İnfisâh". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 11.11.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/infisah>
- Aybakan, Bilal. "Meclis". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 06.12.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/meclis--fikih>
- Aybakan, Bilal. "Muâvaza". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 02.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muavaza>
- Aybakan, Bilal. "Selem". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 15.01.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/selem>
- Aydın, Mehmet Âkif ve Muhammed Hamîdullah. "Köle". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 22.03.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kole#1>
- Aydın, Mehmet Âkif. *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Ayengin, Tevhit. "Rükün", TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 25.06.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/rukun>

- Ayrancı, Hasan. “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 52 (2003): 229-252.
- Bardakoğlu, Ali. "Bey". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 27.01.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bey--fikih>
- Bardakoğlu, Ali. "Din". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 22.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/din#6>
- Bardakoğlu, Ali. "Ehliyet". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 28.08.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ehliyet>.
- Bardakoğlu, Ali. "Fesih". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 01.09.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fesih>
- Bardakoğlu, Ali. "Gabn". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/gabn>
- Bardakoğlu, Ali. "Hak". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 26.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hak#2-fikih>
- Bardakoğlu, Ali. "İcâre". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 14.01.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icare>
- Bardakoğlu, Ali. "İkrah", TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 16.09.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrah>
- Bardakoğlu, Ali. "İstihsan". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 08.07.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihsan>
- Bardakoğlu, Ali. "İstishâb". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 10.02.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istishab>
- Bardakoğlu, Ali. “Ahlâkın Fıkıh Kuralları Arasında Buharlaşması”. *Eskiyeni*. 35 (2017): 51-94.
- Bardakoğlu, Ali. “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”. *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (Ayrı Basım)*. 1 (1984): 9-29. (Akit Hürriyeti)
- Başalp, Nilgün. “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimın Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”. *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011: 221-238
- Başpınar, Veysel. *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Bayındır, Abdülaziz. "Âdâb". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 27.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/adab>
- Baysa, Hüseyin. “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Konusunu Seçme Özgürlüğünün Temel Dinamikleri”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 12/23 (2014): 157-172.
- Berki, Ali Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkamı Adliyye)*. İstanbul: Hikmet Yayınları, 1990.
- Bıçer, Ramazan ve Osman Sezgin. “Teo Psikolojik Açısından Maturidi’de İrade Özgürlüğü”, *Bilig*. (2017): 239-263.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstilâhları Kâmusu*. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.

- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*. C. 6. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*. C. 6. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Boynukalın, Ertuğrul. "Makāsîdü'ş-Şerîa". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 24.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seriia>
- Bulut, Nil Karabağ. *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Ceylan, Hadi Ensar. "İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı". Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2017.
- Cezîrî, Abdurrahman. *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*. Çeviren Mehmet Keskin. C. 3. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1994.
- Çağrı, Mustafa. "Ahlâk". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 27.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ahlak#1>
- Çalış, Halit. "İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları". *Dini Araştırmalar Dergisi*. 7/19 (2004): 269-295.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler*. İstanbul: Ahi Yayıncılık, 2006. (Akitler)
- Develioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 1998.
- Doğan, Murat, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Döndüren, Hamdi. "Muâtât". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarih 08.12.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muatat>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Cehâlet". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 22.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cehalet--fikih>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Garar". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 03.06.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/garar>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Maslahat". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 14.03.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Müt'a". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 11.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muta>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Örf". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 09.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/orf#1>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Sedd-i Zerâi'". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 08.03.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sedd-i-zerai>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Şahıs". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 22.03.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sahis>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Şüf'a". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 18.09.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sufa>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Vâcip". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 29.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/vacip--fikih>
- Dönmez, İbrahim Kâfi. *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*. C. 4, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1997.

- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri)*. C. 1. İstanbul: Filiz Yayınevi, 2015.
- Dural, Mustafa. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Düstur. 2. Tertip. 6. Cilt. İstanbul: Matba-i Amire, 1334.
- Ebu Zehra, Muhammed. *İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*. Çeviren Abdulkadir Şener. Ankara: Fecr Yayınları, 1986.
- el-Hafif, Ali. *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*. Çeviren Rahmi Yaran. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2020. (Hukuki İşlemler)
- Ercoşkun Şenol, Hatice Kübra. "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27. "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 74 (2016): 709-737.
- Ercoşkun Şenol, Hatice Kübra. *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Erdoğan, İhsan *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2013.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2010.
- Erdoğan, Mehmet. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*. C. 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Erkuş, Burhan. "İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı". Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Erman, Hasan. "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 38 (2011): 601-620.
- Erul, Bünyamin. "Vedâ Hutbesi". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 06.11.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/veda-hutbesi>
- es-Serahsî, Şemsü'l-eimme Ebî Sehl Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed. *Mebûsût*. C. 12. Çeviren: Hüseyin Kayapınar ve M. Talha Odabaşı. Editör: Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- es-Serahsî, Şemsü'l-eimme Ebî Sehl Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed. *Mebûsût*. Çeviren: Abdusselam Arı ve Hüseyin Kayapınar. C. 13. Editör: Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- eş-Şâtîbî, Ebu İshak. *el-Muvâfakât*. Çeviren Mehmet Erdoğan. C. 1 ve 3. İstanbul: İz Yayıncılık, 2010): 118.
- et-Tehanevî, Eşref Ali et-Tehanevî ve Zafer Ahmed el-Osman. *Hadislerle Hanefî Fıkhi*. Çeviren: Tahir Tural, Mehmet Canbulat ve İbrahim Tüfekçi. C. 13. İstanbul: Misvak Neşriyat, 2018.
- et-Tehanevî, Eşref Ali ve Zafer Ahmed el-Osman et-Tehanevî. *Hadislerle Hanefî Fıkhi*. Çeviren: Macit Bilge ve Abdulhalik Duman. C. 17. İstanbul: Misvak Neşriyat, 2018.
- ez-Zerka, Mustafa Ahmed. *İslam Hukuku I*. Çeviren: Servet Armağan. İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006. (İslam Hukuku)
- ez-Zerka, Mustafa Ahmed. *İslam Hukuku II*. Çeviren: Servet Armağan. İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006.

- Gazzâlî. *Mustasfâ*. Çeviren: H. Yunus Apaydın. İstanbul: Klasik Yayınları, 2019.
- Gerek, Hasan Nüvit. “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. 31 (2011): 43-58.
- Girgin, Ömer Ali. “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1 (2019): 135-155.
- Göç, Emine Esin. “İslam Borçlar Hukukunda İkâle”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2010.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. *İslam’da Şahsiyet Hakları*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- Gözübenli, Beşir. "Fuzûlî". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 28.07.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fuzuli--fikih>
- Günay, Cevdet İlhan. “İkale Sözleşmesi”, *Çimento İşveren Dergisi*. 5 (2009): 4-25.
- Gündoğar, Hamdi. “Kur’an’da Allah’ın Mutlak İradesi ve İlmi Karşısında İnsanın İrade Özgürlüğü”. *Marife Dergisi*. 10/3 (2010): 115-133.
- Güneş, Ahmet. “İslam Akit Sistematiği: Kâsâni Örneği”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 14/27 (2016): 521-551.
- Güney, Necmeddin. “İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. (2010): 491-502.
- Güney, Necmeddin. “Toplumsal Hayatı Düzenleyen Kurallar ve Fıkıh İlmi”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 17/33 (2010): 159-176.
- Güral, Jale. *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu’nun Sistemi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- Hacak, Hasan. "Mal". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 28.02.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mal>
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*. 5/13 (2002): 119-136.
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 1995.
- Halebî, İbrâhim. *Mevkûfat Mültekâ Tercümesi*. Şerheden: Mehmet Mevkûfâtî. Sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu. C: 3. İstanbul: Saadet Yayınevi, 1991.
- Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hâtemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Havutçu, Ayşe. “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3/1-4 (1984): 640-681.
- Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

- Hıra, Ayhan. "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı ve Fasit Satım Akdinin Feshedilmesine Engel Olan Durumlar". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 29 (2017): 115-135.
- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*. C. I. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016.
- İşıқтаç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- İbn Rüşd. *Bidâyetü'l Müctehid*. Çeviren: Ahmet Meylâni. C. 3. İstanbul: Beyan Yayınları, 1991.
- İlhan, Cengiz. *Günümüz Türkçesiyle Mecelle*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- İnce, İrfan. "Organ Nakli". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 07.11.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/organ-nakli>
- İnceoğlu, Murat ve Ece Baş. "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 70/2 (2012): 165-182.
- Kahveci, Nuri. "İslam Borçlar Hukuku Açısından "Kusursuz İmkansızlık Hali"nin Edimin İfasına Etkisi". *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*. 11/3 (2011): 117-131.
- Kallek, Cengiz. "Müsâveme". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 31.08.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/musaveme>
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. "TTK M. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2021): 565-610.
- Karakaya, Hüseyin. "İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2019. (Akit Hürriyeti)
- Karakoç, İrem. "İzmir 29-30 No'lu Şer'iyeye Sicillerinde Yer Alan Kayıtlarda Kesin Satış (Bey`-i Bât) Akdi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 21/2 (2016): 173-210.
- Karaman, Hayreddin. "Akid". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 03.06.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/akid>
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. C. 2. İstanbul: İz Yayıncılık, 2012. (Mukayeseli)
- Kaşak, Fahri Erdem. "Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio). *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/10 (2019): 548-562.
- Kaşak, Fahri Erdem. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Kaşıkcı, Osman. "Şart". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 01.04.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih>
- Kaşıkcı, Osman. "Şart". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 18.09.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sart--fikih#2-furu-i-fikih>
- Kayapınar, Hüseyin. "Müzâraa". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 19.09.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muzaraa>
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Kisbet, Mustafa. "İslam Hukukuna Göre Satılan Malın Kabzı ve Hükümleri". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 8/16 (2010): 477-490.
- Kisbet, Mustafa. *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*. İstanbul: Semerkand Yayınları, 2015.
- Koca, Ferhat. "İslam Hukukunda Maslahat-ı Mürsele ve Necmeddin et-Tûfi'nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi". *İlam Araştırma Dergisi*. 1/1 (1996): 93-122.
- Kocaağa, Köksal. "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 79 (2008): 73-102.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm. Rona Serozan İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. C. 3. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Köse, Saffet. "Hile". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hile>
- Köse, Saffet. "Hülle". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 11.10.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hulle>
- Köse, Saffet. "Hukuk mu Ahlak mı? -İslam Nokta-i Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 17 (2011): 15-50.
- Köse, Saffet. "İslam Hukukunun Modern Hukuka Katkıları Konusunda Bir Deneme". *Makâlât*. 1 (1999): 7-33.
- Küçükyalçın, Arzu. "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması". *AÜHFD*. 53/4 (2005): 101-124. (Özgürlük)
- M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013),
- Merginani, Burhanüddin Ebu'l Hasan Ali b. Ebu Bekir. *İslam Fıkhdan El-Hidâye Tercemesi* C. 3. Çeviren Ahmed Meylânî. İstanbul: Kahraman Yayınları, 1991.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2018.
- Okur, Kaşif, Hamdi. "İslam Hukuku Açısından Toplum Hukuk İlişkisi". *Kocaeli İlahiyat Dergisi*. 2/4 (2020): 7-46.
- Öğüt, Salim. "Emir". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 23.02.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/emir>
- Özdirek, Recep. *İslam Hukukunda Akdin Sınırları*. İstanbul: Yedirenk Yayınları, 2010.
- Özen, Şükrü. "İstislâh". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 08.07.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/istislah>

- Pala, Ali İhsan “Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkanı”, *İLTED*. 2/46 (2016): 13-49.
- Pala, Ali İhsan. *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*. Ankara: Fecr Yayınları, 2009.
- Reinhart, A. Kevin. “İslam Ahlakı Olarak İslam Hukuku”. Çeviren: Abdurrahman Candan. *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*. 11/ 2 (2011): 239-260.
- Sağlam, Hadi. “İslam Fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu”. *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 2/17 (2012): 365-415.
- Samar, Mahmut. *Akitlerde Şart Hürriyeti*. Kahramanmaraş: Samer Yayınları, 2020.
- Sava Paşa. *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*. C. I-II. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Savaş, Abdurrahman. “İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2006.
- Savaş, Abdurrahman. “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 26 (2016): 125-141.
- Schacht, Joseph. “*İslâm Hukukuna Giriş*”. Çeviren Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sirmen, Lale. “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”. *Cahit Oğuzoğlu'na Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972: 441-472.
- Şa'bân, Zekiyüddîn. *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkıh)*. Çeviren İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2011.
- Şahin, Hasan. “Akitlerde Muhayyerlik Teorisi”. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2016.
- Şahin, İrfan. “Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2008.
- Şen Doğramacı, Hayriye. “Türk Borçlar Kanununun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Özgürlüğü Mü? Sözleşme Adaleti Mi?”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan. 2/38 (2013): 1279-1297.
- Şener, Abdulkadir. *İslam Hukuku Dersleri I*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992.
- Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman. *Büyük İslam Hukuku Mecme'ul Enhur (Mültekâ'l Ebhur'un Şerhi)*, Damad Tercümesi. Çeviren Mehmet Çelik. C. 4 İstanbul: Yasin Yayınevi, 2011.
- Şimşirgil, Ahmet ve Ekrem Buğra Ekinci. *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.
- Taşkent, Savaş. “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”. *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*. 11/4 (2011): 1-7.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

- Topal, Şevket. *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi (Kötülüğe Götüren Yolların Kapatılması)*. Van: Ahenk Yayınları, 2007.
- Türcan, Talip. "İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 1/1 (2003): 167-186.
- Türcan, Talip. "Şeriat". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 25.12.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/seriat#1>
- Uzunpostalcı, Mustafa. "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 4/7 (2006): 55-87.
- Üçer, Mehmet. *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Ünal, Akın. *Kelepçeleme Sözleşmeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Ünsal, Ahmet. *İslâm Hukukunda Fayda İlkesi*. İstanbul: Nüans Yayıncılık, 2006.
- Üzüm, İlyas. "Hüküm". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 28.05.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukum#1>
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*. Çeviren: Cevat Edege. Cilt :1-2. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.
- Yaman, Ahmet. "Fıkıh-Ahlak İlişkisi: İslâm Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş". *Usûl: İslam Araştırmaları*. 9 (2008): 87-118.
- Yaşar, Ahmet. "İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukuki Sonuçları". Yayımlanmamış Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 1993.
- Yavuz, Yusuf Şevki. "Ehl-i Sünnet". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 26.11.2022, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ehl-i-sunnet>
- Yeniçeri, Celal. "Mülame". TDV İslâm Ansiklopedisi. Erişim Tarihi 17.02.2021, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mulame>
- Zeydan, Abdülkerim. *İslam Hukukuna Giriş*. Çeviren: Ali Şafak. İstanbul: Kayıhan Yayınları, 1995. (İslam Hukuku)
- Zeydan, Abdülkerim. *İslam'da Fert ve Devlet*. Çeviren: Cemal Arzu. İstanbul: Düşünce Yayınları, 1980.
- Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*. Çeviren: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız. Cilt: 5. İstanbul: Risale Yayınları, 1994. (İslam Fıkıhı).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://kuran.diyaret.gov.tr>

- "tr.wikipedia.org", Erişim Tarihi 22.02.2021, https://tr.wikipedia.org/wiki/Ekonomik_liberalizm
- "luggat.com". Erişim Tarihi 30.11.2021, <https://www.luggat.com/ca%27li/1/1>
- "luggat.com". Erişim Tarihi 25.05.2022, <https://www.luggat.com/index.php#ceviri>
- "almaany.com". Erişim Tarihi 29.08.2022, <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/نفاذ/?c=Tüm> (29.08.2022)
- "almaany.com". Erişim Tarihi 30.08.2022, <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/يطلان/?c=Tüm>

“almaany.com”. Erişim Tarihi 01.09.2022, <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/المعاوضة/?c=Tüm>

“tr.wikipedia.org”, Erişim Tarihi 17.09.2022, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Dirijizm>

“almaany.com”. Erişim Tarihi 26.10.2022. <https://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/خُلُق/?c=Tüm>

“kurul.diyenet.gov.tr”. Erişim Tarihi 07.11.2022, <https://kurul.diyenet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/9669/organ-naklinin-dini-hukmu>

YARGI KARARLARI

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi K. 2022/4406 (T. 01.06.2022), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2022-1543.htm&kw=hakim+resen+hakkın+kötüye+kullanılması&cr=yargitay#fm>

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi. K. 2022/229 (T. 13.01.2022), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2021-8889.htm&kw=hakim+hakkın+kötüye+kullanılması&cr=yargitay#fm>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2018/7616 (T. 04.12.2018), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2017-2090.htm&kw=yokluğun+ileri+sürülmesi+dürüstlük+kuralı&cr=yargitay#fm>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2914/12577 (T. 01.07.2014), <http://kazanci.com.tr/gunluk/1hd-2014-6520.htm>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 1996/91 (T. 16.01.1996), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1996-10.htm>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 1996/91 (T. 16.01.1996), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1996-10.htm>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 2011/13318 (T. 29.9.2011), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2011-5231.htm&kw=sözleşme+yapma+mecburiyeti&cr=yargitay#fm>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 2012/26319 (T. 22.11.2012), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-2012-17865.htm>

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 1998/6098 (T. 2.6.1998), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-1998-4263.htm&kw=iltihaki+sözleşmeler++&cr=yargitay#fm>

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. K. 1985/5606 (T. 03.06.1985), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/4hd-1985-2315.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1992/232 (T. 01.04.1992), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1992-6-107.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2003/740 (T. 10.12.2003) <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=27927>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2003/740 (T. 10.12.2003), <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?&sort=tarih+desc&q=T.+10.12.2003%2C+E.+%222003%2F4-693%2C%22+K.+%222003%2F740%22&fq=daire:%22hgk%22>

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2009/621 (T. 30.12.2009),
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2009-1-560.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm>
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2013/1406 (T. 25.9.2013),
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2012-3-1927.htm&kw=sözleşme+yapma+mecburiyeti&cr=yargitay#fm>
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2014/973 (T. 26.11.2014),
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-11-1135.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm>
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2021/671 (T. 03.06.2021),
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-11-52.htm&kw=kamu+düzeni&cr=yargitay#fm>
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2021/71 (T. 11.2.2021),
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2016-22-2367.htm&kw=ikale-bozma+sözleşmesi++&cr=yargitay#fm>